REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

Diecisiete (17) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105001-**2022-00126**-01
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	HECTOR BLADIMIR PAZ BENAVIDEZ
Demandadas:	▪ COLPENSIONES ▪ PORVENIR S.A.
Asunto:	**confirma sentencia** – Ineficacia de traslado al RAIS
Sentencia escrita No.	**71**

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, pasa esta Sala de Decisión Laboral, a proferir sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de PORVENIR S.A., contra la sentencia No.19 emitida el 02 de marzo de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán. Asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, dentro del asunto de la referencia.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante se declare: **i)** La ineficacia del traslado efectuado por el actor al RAIS través de PORVENIR S.A.; **ii)** Se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores de su cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados; y finalmente **iii)** Se conde en costas y agencias en derecho a las demandadas (Págs. 1 a 20 – Archivo PDF: "*01DemandaAnexos.pdf*"– Cdno 1ª instancia – Expediente digital).

2. Contestaciones de la demanda.

Las demandadas PORVENIR S.A.[1] y COLPENSIONES[2], dieron contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones. La Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social[3] emitió concepto preliminar dentro del presente asunto.

En virtud del principio de economía procesal no se estima necesario reproducir *in extenso* las piezas procesales en comento (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

La A quo emitió sentencia No. 19 de 2 de marzo de 2023. En su parte resolutiva, decidió: **Primero**, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., suscrita el **1° de julio de 1998**, por los motivos expuestos, declarando que, para todos los efectos legales que el demandante nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Segundo**, condenó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a efectuar el traslado a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales (si los hubiere y estuvieren bajo la administración de la AFP), con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Así mismo, deberá trasladar a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las sumas adicionales de la aseguradora únicamente si se hubieren causado y el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, todos estos valores, debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y demás información relevante que los justifiquen, valores estos que deberán ser recibidos por COLPENSIONES. **Tercero**, ordenó a PORVENIR S.A. normalizar la afiliación del demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de sus aportes, al igual que su historia laboral debidamente actualizada. **Cuarto**, Ordenó a COLPENSIONES, reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante al RPM y a recibir la devolución de los dineros ordenados en el proveído. **Quinto**, negó las excepciones de mérito. **Sexto**, Condenó en costas a PORVENIR S.A. **Séptimo,** No condenó en costas a Colpensiones. (…)

---

[1] Archivo PDF: "*CONTESTACION DEMANDA HECTOR PAEZ.6"* Subcarpeta: "*10CONTESTACION DEMANDA PORVENIR"* – Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

[2]Archivo PDF: "*Contestación HECTOR BLADIMIR PAZ BENAVIDES"* Subcarpeta: *"13CONTESTACIÓN_DEMANDA_COLPENSISONES*"– Ibidem.

[3] Archivo PDF: "*15CONCEPTO PRELIMINAR ineficacia 2022-126*" Ibidem.

Para adoptar tal determinación, adujo que, en el expediente no fue posible verificar que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. hubiera cumplido con el deber de suministrarle al actor, de manera clara y precisa, los eventos favorables y desfavorables de la decisión de traslado de régimen pensional. Al negar al demandante que dicha información le fue suministrada, la carga de la prueba se invierte y correspondía al fondo privado demostrar que si cumplió con la misma. En ese entendido, se generó la ineficacia de la afiliación al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Por último, señaló que la declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse el fenómeno prescriptivo.

4. Recursos de apelación.

4.1 Apelación PORVENIR S.A.

Reprochó la condena por el traslado de los **gastos de administración, prima de seguros previsionales e indexación de sumas a devolver.** Advierte que estos ordenamientos, desconocen que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse, lo que constituye una excepción a los efectos de la ineficacia. Asimismo, se excluyen las reglas sobre restituciones mutuas (art. 1746 del C.C.) y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa. Es inviable retrotraer las gestiones de administración de los recursos del afiliado. Que están a cargo de las AFP´s las obligaciones previstas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, dentro de las que se encuentra la gestión necesaria de invertir los recursos para garantizar una rentabilidad mínima en el RAIS. Además, no es factible retrotraer lo ejecutado por las partes.

Que cuando se trata de prestaciones de hacer distintas a las de entregar cosas o de no hacer, la regla general es que lo ejecutado no es susceptible de retrotraerse. No es posible eliminar un comportamiento humano como si éste nunca se hubiere presentado.

Que existe un doble fundamento para las restituciones mutuas, la equidad y la prevención del enriquecimiento sin causa. Que debe haber una correspondencia entre lo que se recibió y lo que se restituye. Que quien satisfizo su obligación tiene derecho a conservar las prestaciones que haya recibido como contrapartida. Aceptar lo contrario, desconocería los postulados del enriquecimiento sin causa. Que una parte se vería beneficiada por el comportamiento de la otra, sin pagar contraprestación alguna.

Que existen condiciones especiales frente a la distribución de la cotización que realiza el RAIS en aplicación del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Que el 3% del I.B.C. se debe destinar para cubrir las cuotas de administración de los dineros depositados en las cuentas de ahorro individual y para pagar los seguros de invalidez y muerte. Las AFP deben contratar con la aseguradora de su preferencia a fin de contar con el valor de la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia, según corresponda.

De otro lado, recalcó que el demandante es una persona capaz, sujeto de derechos y obligaciones. Al suscribir el formulario de afiliación se generaron obligaciones para ambas partes. Para la afiliada la obligación de pagar los aportes y para la AFP la administración de dichos recursos. Los rendimientos en la cuenta individual del promotor de la acción son producto de esas buenas gestiones y administración. En tal contexto, adujo que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración. Ello, por cuanto los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, han tenido unos rendimientos gracias a las gestiones de la AFP.

Finalmente, solicita se revoque también la orden de indexación respecto de los valores a devolver a COLPENSIONES, pues se ordenó la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta de ahorros del demandante, dado que con este ordenamiento se estaría incurriendo en una doble condena sobre el mismo asunto, pues ya se está ordenando la entrega de los rendimientos financieros y estos hacen las veces de la actualización de los valores y al ordenar la indexación se estaría ordenando una doble condena por el mismo concepto, siendo estos valores excluyentes.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión en aplicación del artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020[4], se pronunciaron, así:

5.1.1. COLPENSIONES:

Señaló que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, por cuanto el fundamento de la sentencia de primera instancia es que la AFP no brindó la debida asesoría al demandante, sin tener en cuenta que para el momento del traslado del actor no les era exigible a los fondos documentar las

[4] *La Ley 2213 del 13 de junio de 2022 adoptó como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto 806 de 2020.*

asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, pues esta es una carga que la jurisprudencia impuso, en este asunto no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento efectuó el actor, pues el actor no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo.

5.1.2. DEMANDANTE:

Reiteró los argumentos frente a la afectación de la validez de la afiliación al RAIS y solicitó se confirme la decisión de primera instancia.

5.1.3. PORVENIR S.A.

Refirió que en el fallo de primer grado se desconocen los límites al deber de información, el principio de confianza legítima, las reglas sobre la carga de la prueba, valoración probatoria y restituciones mutuas. Exigió se revoque el fallo de primer grado respecto a la ineficacia del traslado. De manera subsidiaria, la absolución por concepto de cuotas de administración.

III.CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problemas jurídicos.

En virtud al recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, corresponde a la Sala establecer:

1.1. ¿Fue ajustada a derecho la decisión adoptada por la *A quo* al declarar la ineficacia del acto de traslado del demandante del RPM al RAIS?

1.2. ¿Es acertado que, en virtud de la declaratoria de ineficacia, además de las cotizaciones, se traslade a COLPENSIONES, los rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere, gastos de administración indexados, sumas adicionales de la aseguradora, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales?

2. Respuesta al primer interrogante.

La respuesta es **positiva**. Es acertada la decisión de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. El actor previa vinculación al RAIS estuvo afiliado al RPM. Correspondía al fondo privado, demostrar que la afiliación del demandante al RAIS, fue una decisión informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al incumplir con esa carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.1. Ineficacia del traslado de régimen pensional

La selección de uno de los regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte del afiliado. El literal b) del artículo 13 *ibíd*, dispone que esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su patrón. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación. Para su validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, el empleador y la AFP.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador. Por tanto, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los citados regímenes, así como el derecho a obtener información debida y relevante, constituyen elementos intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias 31989 y 31314 del 09 de septiembre de 2008, SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4811-2020, SL3202-2021 y SL3035-2021, entre otras, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

En esta dirección, en sentencia SL3349-2021 del 28 de julio de 2021, radicación No. 88826, se sintetizó la evolución normativa del deber de información, así:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las AFP´s a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 (…)	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010.	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle.
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016.	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales[5].

En todo caso, recalcó que el mentado deber de información ha existido desde el inicio mismo del Sistema General de Pensiones, esto a partir del 1° de abril de 1994, por cuanto se encuentra plasmado en normas vigentes para la época. Luego, dicho proceso se ha reajustado con el propósito de que los usuarios-afiliados, tengan cada vez mayor acceso a una información que de suyo debe ser oportuna, veraz y transparente. Lo anterior, pasando de un deber de información necesaria, al de asesoría y de buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

En providencia SL3199-2021 del 14 de julio de 2021, radicación No. 84288, se recordó que, desde su fundación, las AFP´s tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Desde esa perspectiva, concluyó que las AFP´s ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente sobre las características del RAIS y del RPM.

Asimismo, reiteró que la firma del formulario de vinculación y/o traslado, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos de las AFP, tales como: "«*la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones»*" u otro tipo de leyendas de este tipo, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. Por tanto, el acto de traslado: "*debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*" (SL2937-2021).

Finalmente, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, se ha enseñado

[5] *Cuadro basado en el contenido en sentencia CSJ SL3349-2021 del 28 de julio de 2021.*

que si el usuario alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En ese sentido, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (SL3202-2021).

2.2. Caso en concreto.

Descendiendo al *sub lite* se desprende de la historia laboral de COLPENSIONES[6], relación de aportes de PORVENIR S.A.[7], el historial de vinculación de ASOFONDOS[8], certificado de afiliación emitido por PORVENIR S.A.[9] y el formulario de traslado a *PORVENIR S.A.*[10], que el demandante ha estado vinculado al Sistema Pensional, así:

i) En el Régimen de Prima Media, a través del ISS hoy COLPENSIONES.

ii) El 26 de mayo de 1998, se registra traslado al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A, con fecha de efectividad a partir del 1º de julio de 1998, ultima AFP a la que ha continuado cotizando.

Ahora bien, revisado el material probatorio adosado al plenario, advierte esta Sala Laboral, que brillan por su ausencia aquellas que conduzcan a determinar que el fondo privado, al momento del traslado del accionante del RPM al RAIS, le hubiere brindado la información y asesoría suficiente para llevar a cabo tal acto. Nótese que si bien el actor suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR S.A, del mismo no se deduce que los asesores de la AFP, le hayan informado lo necesario a fin de tomar una decisión tan trascendental, como lo era el fondo y el régimen al que podía trasladarse y su futuro derecho pensional, explicándole los pormenores de los dos regímenes que subsisten. Por tanto, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. En efecto, la simple firma del formulario y su contenido, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. A su vez, las otras documentales aportadas al expediente, solo dan cuenta de las historias laborales y las administradoras a las que ha estado afiliado del demandante.

---

[6] *Archivo PDF: "10540493 - HLU 27_05_2022"* - Subcarpeta: *"17Expediente administrativo (3)"– Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.*

[7] *Archivo PDF: "Relación aportes CC 10540493"* – Subcarpeta: "*10CONTESTACION DEMANDA PORVENIR*" *Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.*

[8] *Archivo PDF: "Vinculación SIAFP CC 10540493" – Ibidem.*

[9] *Archivo PDF: "Certificado afiliación CC 10540493" – ibidem.*

[10] *Archivo PDF: "Formulario afiliación CC 10540493" – Ibidem.*

Recuérdese que, a luz de los precedentes jurisprudenciales aludidos, la falta al deber de información de las AFP, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Además, de acuerdo con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento del 03 de septiembre de 2014, radicación No. 46292, solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador puede avalar el mismo. A los Jueces no nos debe bastar con advertir que existió un traslado al RAIS, sino que es menester, para la solución, advertir que el mismo era válido[11].

Nótese, además, que no se observa en el plenario que el promotor de la acción hubiese recibido en correcta forma la información respecto del monto proyectado de la pensión, la diferencia en el pago de aportes y las consecuencias frente al monto de su pensión, aspectos fundamentales para el presente caso, pues la cuantía de la misma se vería seriamente mermada al continuar en el RAIS, por lo que se concluye, que para el traslado no se cumplió con el deber de información debida y transparente.

En consecuencia, la determinación de la *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, se atempera al amplio precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL-1688-2019, SL-1689-2019, SL4373-2020, SL4811-2020, SL3202-2021 y SL3035-2021), en las cuales presupone las directrices o subreglas pertinentes para que se configure la ineficacia del traslado de aquellas personas que habiendo estando afiliadas en el RPM, se trasladaron al RAIS, indicando que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado (Arts. 271 y 272 Ley 100 de 1993).

Frente al argumento referente a que se suministró la información en favor de el demandante de conformidad con las normas vigentes para la data del traslado, deviene reiterar que, las AFP desde su fundación e incorporación al Sistema de Protección Social, tienen el deber de proporcionar a sus potenciales afiliados una información objetiva, comparada y transparente, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta

---

[11] "…tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable".

complejidad, premisa que implica dar a conocer: *"«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»"*, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (SL3199-2021). El cumplimiento de dichas exigencias no se acredita en el *sub litium*.

Adicionalmente, ni la legislación ni la jurisprudencia, tienen establecido que el afiliado debe ser titular de régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia de la afiliación o traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL4373-2020 y SL2953-2021).

Se advierte, además, que la declaratoria de ineficacia, no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones. Ello, por cuanto los recursos que debe reintegrar el fondo privado a COLPENSIONES, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020, STL11947-2020, entre otras).

Colofón de lo expuesto, toda vez que la ineficacia del traslado priva al acto jurídico de sus efectos a tal punto de considerar que nunca existió, el demandante conservará todos los beneficios del RPM. Por tanto, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

La respuesta es **positiva**. PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales -si *los hubiere*-, los gastos de administración indexados, las sumas adicionales de la aseguradora, si se hubieren causado, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, indexados.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.1. Rendimientos financieros: El inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, prevé que el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. Los literales a) y b) del artículo 60 *ibídem*, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones de dicho régimen, dependerá, entre otros, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Nótese que estos conceptos se producen por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, por lo cual, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, toda vez que el dueño de lo principal también lo será de

lo accesorio (SL2877-2020, SL4811-2020 y SL3199-2021). Valor que no puede equipararse con la indexación, como equivocadamente lo pretende la apoderada judicial de PORVENIR S.A., pues la indexación busca compensar y equilibrar el fenómeno de la depreciación que sufre la moneda nacional por efecto de la pérdida de su poder adquisitivo, debido a las fluctuaciones del sistema económico del país, mientras que los rendimientos financieros, son los beneficios económicos que se generan con la inversión de los recursos. En consecuencia, se despachará de manera desfavorable el argumento expresado por la apoderada judicial del fondo privado.

3.2. Bonos pensionales: El literal a) del artículo 113 del Ley 100 de 1993, prevé que cuando el traslado se produce del RPM al RAIS, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales (SL3199-2021, SL3349-2021 y SL4609-2021). Dicha orden debe entenderse bajo la condición que el accionante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y estuviere bajo la administración de la AFP.

3.3. Gastos de administración indexados: La comisión de administración son valores que debieron ingresar al RPM. Máxime cuando el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En aplicación del artículo 1746 del Código Civil, la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En consecuencia, si COLPENSIONES era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde al fondo privado de pensiones, asumir la devolución de estos conceptos.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que la declaratoria de ineficacia obliga al fondo pensional del RAIS a devolver al RPM los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES (SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021, SL1022-2022, SL1125-2022, SL1126-2022). Por tanto, los argumentos de la apoderada judicial de PORVENIR S.A. no tienen vocación de prosperidad.

Asimismo, tal como lo dispuso la *A quo* procede su reintegro **indexado** a COLPENSIONES. Ello, con el propósito de mantener su poder adquisitivo inicial (SL4062-2021, SL4863-2021 y SL4803-2021, entre otras).

3.4. Porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima: El artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, señala que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al RPM, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al RPM (SL2937-2021, SL3349-2021 y SL4609-2021, entre otras).

3.5. Primas de los Seguros Previsionales: La Sala de Casación Laboral de la C.S.J., determinó la viabilidad de retornar dicho concepto al RPM administrado por COLPENSIONES. En sentencias SL4025-2021, SL4609-2021, SL3719-2021, SL5680-2021, SL4174-2021, SL755-2022, SL756-2022 y SL655-2022, resolvió que las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, deben trasladarse **de manera indexada** por parte del fondo privado, con cargo a sus propios recursos. En consecuencia, se adicionará el fallo de primer grado en aplicación del art. 69 del C.P.T. y de la S.S.

3.6. Sumas adicionales de la aseguradora: La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en fallo del 08 de septiembre de 2008, radicación No. 31989, consideró que es procedente la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora. Lo anterior, ha sido ratificado en providencias SL2611-2020, SL4863-2021 y SL2601-2021. Asimismo, lo determinó en sede de instancia y en sus partes resolutivas en fallos SL1467-2021 y SL2953-2021.

Ahora bien, en virtud del artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el rubro denominado "*sumas adicionales de la aseguradora"* no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado. Tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las AFP´s. Ello por cuanto de la revisión de artículos 70 y 77 *ibídem*, lo que se observa es que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional. Lo anterior, en el evento en que no exista en la cuenta de ahorro individual el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes, según sea el caso.

Luego entonces, como en el *sub lite* no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado. En tal sentido, no es procedente ordenar su pago indexado, como lo ordenó la falladora de primera instancia, y al haber sido objeto de apelación por parte de la demandada PORVENIR S.A. Se modificará la decisión y en su lugar se ordenará el pago de las sumas adicionales de la aseguradora sin indexación.

Por último, la orden impartida por la *A quo* atinente a que al momento de efectuarse el traslado de los conceptos enunciados, deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y demás información relevante que los justifiquen, se acompasa con el precedente jurisprudencial fijado por la C.S.J. SL en recientes fallos SL3719-2021, SL5680-2021, SL755-2022, SL756-2022 y SL655-2022, en los que se dispuso que al momento del retornar dichos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

4. Excepciones formuladas por pasiva

Por todo lo anterior, las excepciones de mérito formuladas por COLPENSIONES respecto de la cual, se surte la consulta, no tienen vocación de prosperidad. Frente a la excepción de prescripción, deviene señalar que se torna inaplicable frente a la ineficacia de afiliación inicial o traslado de régimen pensional. Ello, por cuanto sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el RPM. Asimismo, deviene inoperante ese medio exceptivo, por su nexo de causalidad con el derecho pensional (SL2611-2020, SL2953-2021 y SL4025-2021).

5. Costas.

De conformidad con el artículo 365 del C.G.P. y el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, emanado del C.S. de la J., teniendo en cuenta la prosperidad parcial del recurso de apelación incoado por PORVENIR S.A. no se le condenará en costas. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta. Las agencias en derecho se fijarán en auto aparte.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutiva de la sentencia objeto de apelación y consulta, en el sentido de que PORVENIR S.A deberá regresar a COLPENSIONES las asumas ahí ordenadas, salvo la indexación de las sumas adicionales de la aseguradora, puesto que estas sumas deben devolverse a COLPENSIONES sin indexación.

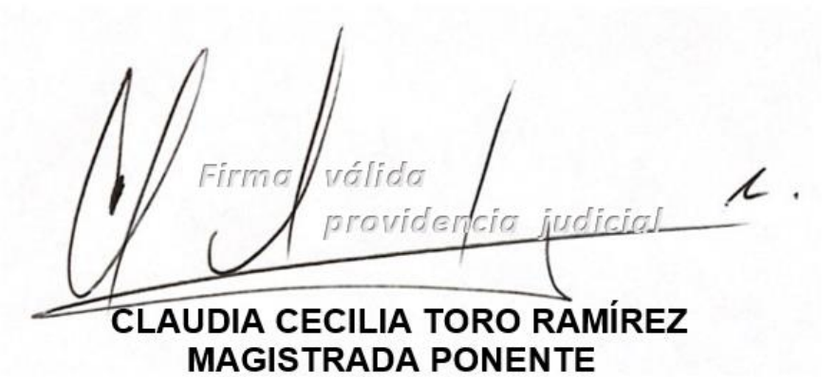
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante, la providencia objeto de apelación y consulta, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A., y en favor del demandante. Las agencias en derecho se fijarán en auto aparte.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el artículo 9° de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inclusión de esta providencia. Asimismo, por edicto, el que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C.P.T. y de la S.S.

En firme esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA PONENTE

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HECTOR BLADIMIR PAZ BENAVIDEZ, CONTRA PORVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2022-00126.

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros provisionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de los aportes de cada afiliado y a su vez Colpensiones del fondo común, toda vez que los beneficiarios del seguro son los afiliados.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros de buena fe, sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL