



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

Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ  
Magistrada Ponente

Primero (01) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

<b>Proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	190013105003-2018-00207-01
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Tercero Laboral del Circuito de Popayán
<b>Demandante:</b>	JORGE ALBERTO ORTIZ VIVAS
<b>Demandadas:</b>	▪ PORVENIR S.A.
<b>Vinculada:</b>	▪ COLPENSIONES ▪ PROTECCIÓN S.A.
<b>Asunto:</b>	<b>Adiciona sentencia</b> – Ineficacia de afiliación inicial al RAIS
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>16</b>

## 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 los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la sentencia emitida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de COLPENSIONES.

## II. ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

Procura el demandante se declare: **i)** La nulidad del traslado efectuado por el actor al RAIS través de PORVENIR S.A.; y **ii)** Se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los gastos de administración, todos los valores de su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados. Finalmente, la condena en costas y agencias en derecho (Págs. 1 a 31 – Archivo PDF: “03.Demanda”– Cdo 1ª instancia – Expediente digital).

Con el Auto admisorio de la demanda que data del 24 de agosto de 2018, se ordenó la vinculación de COLPENSIONES<sup>1</sup> y en auto proferido en audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS y que se llevó a efecto el 16 de septiembre de 2020, se ordenó la vinculación de PROTECCIÓN S.A.<sup>2</sup>

## 2. Contestaciones de la demanda.

La demandada PORVENIR S.A.<sup>3</sup>, y las vinculadas PROTECCIÓN S.A.<sup>4</sup> y COLPENSIONES<sup>5</sup>, dieron contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones.

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.

El Juez Tercero Laboral del Circuito de Popayán emitió sentencia No. 037 del 4 de agosto de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A. efectada el 4 de noviembre de 1994 y el traslado posterior a PORVENIR S.A., suscrito el 27 de septiembre de 2001. **Segundo**, declaró que, para todos los efectos legales, el actor nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo, siempre permaneció en el RPM. **Tercero**, condenó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a efectuar el pago o traslado a COLPENSIONES, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del accionante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido y las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual del demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados, así como las descontadas con destino a la garantía de pensión mínima y seguros previsionales. **Cuarto**, ordenó a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por PORVENIR S.A., correspondientes al demandante. **Quinto**, declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por pasiva. **Sexto**, condenó en costas al fondo privado de pensiones.

---

<sup>1</sup> Págs. 1 a 2 – Archivo PDF: “05.AutoAdmisorio” – Cdn. 1ª instancia – Expediente digital.

<sup>2</sup> Archivo de audio: “28.VideoAudiencia16092020” - Ibidem.

<sup>3</sup> Págs. 1 a 20 – Archivo PDF: “23.ContestacionPorvenir” – Ibidem.

<sup>4</sup> Págs. 1 a 8 – Archivo PDF: “30.AnexosContestacionProteccion” – Ibidem.

<sup>5</sup> Págs. 1 a 8 – Archivo PDF: “11.ContestacionColpensiones” – 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 el 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 del traslado 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 decisión del A quo, señalando el fallo que declara la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, ha ordenado el traslado la totalidad de los dineros recibidos a título de cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima y lo descontado por concepto de prima de seguros previsionales, señalando que, el RAIS tiene su propia fórmula de liquidación de los **rendimientos financieros** y que ésta es diferente a la del RPM y por eso no está de acuerdo con que se ordene su devolución a Colpensiones. También manifiesta su inconformidad frente a la condena por concepto de **gastos de administración**, pues estos solo deberían comprender desde el mes de septiembre de 2001, época en la que demandante se trasladó a PORVENIR S.A., sin tener en cuenta los gastos de administración que cobró la AFP PROTECCIÓN durante el periodo de 1994 a 2001, del cual no son responsables. Adicionalmente señala que, es imposible retrotraer las gestiones de administración de los recursos del afiliado adelantadas por PORVENIR S.A. para garantizar una rentabilidad mínima en el RAIS, y que ordenar su devolución, sería prácticamente dar visto bueno a un enriquecimiento sin causa para el demandante.

En cuanto a las **primas de seguro previsional**, refiere que el pago de las primas de seguros previsionales que en su momento realizó la AFP a la aseguradora, lo hizo a fin de contar con el valor de la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia y que dichos dineros ya fueron pagados en su momento, actuación que ellos realizaron por ser un mandato legal, y no debería darse una orden al respecto, porque no se está estudiando el reconocimiento de una pensión.

Finalmente, señala que, sin estar de acuerdo con el fallo de primer grado, en caso que se declare que dicha AFP debe devolver al RPM rubros de la cuenta del demandante, deberá hacerlo únicamente respecto de los aportes y rendimientos financieros, y no respecto de los demás ítems de la condena, tales como gastos de administración, primas de seguro previsional, fondo de garantía de pensión mínima

#### **4.1. Apelación COLPENSIONES**

Argumentó que, no está de acuerdo con el fallo de primer grado, toda vez que a su juicio si se cumplió el deber de información por parte de las administradoras del RAIS, y estas actuaron de conformidad con la normatividad vigente al momento del traslado, de manera que, al haberse cumplido con el deber de información vigente a la fecha del traslado, no hay lugar a declarar la ineficacia del mismo.

No obstante lo anterior, y en caso de que se decida confirmar en el fallo de primer grado, solicita que dentro de los valores que se ordenaron trasladar a COLPENSIONES se ordene el traslado de las **sumas adicionales de la aseguradora**, ordenamiento que deviene procedente de conformidad con lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias SL2611 de 2020, SL 4863 de 2021 y SL2601 de 2021 de 2019 y precedentes de este Tribunal como el vertido en sentencia de 22 de febrero de 2022, dentro del proceso 2021-0006, en el que se acoge lo dispuesto en la sentencia SL500 de 2022 y se ordenó a la AFP el traslado de la sumas de la aseguradora si se hubieran causado, criterio que ha sido ratificado en reiteradas sentencias proferidas por la Sala laboral del Tribunal Superior de Popayán. en consecuencia, solicita se modifique o adicione la sentencia de primer grado en el sentido de que se ordene a PORVENIR S.A., que además de los valores ordenados en el numeral tercero, se ordene trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, siempre que se hayan causado.

### **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<sup>6</sup>, se pronunciaron, así:

##### **5.1.1. PORVENIR S.A:**

Ratifica las razones expuestas en el recurso de apelación formulado, señala que la AFP cumplió con el deber de información que se requería para el momento del

---

<sup>6</sup> La Ley 2213 del 13 de junio de 2022 adoptó como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto 806 de 2020.

traslado, pero en todo caso y de declararse la ineficacia, no se puede ordenar la devolución a COLPENSIONES de los rendimientos financieros, pues no debe perderse de vista que las cotizaciones o aportes a pensión en el RPM van a una cuenta o fondo común y no generan rendimientos financieros que deban ser abonados a cada afiliado, ni tampoco los gastos de administración, pues al admitirse tal posibilidad sin ninguna compensación al respecto, se estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor del sistema.

#### **5.1.2. COLPENSIONES:**

Ratificó la tesis sostenida desde la contestación de la demanda y recurso de apelación. Resalta que 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 asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación. De ahí, que es necesario que el operador jurídico considere que lo acontecido en el sub examine no se debe a un incumplimiento por parte del fondo privado, sino a la ocurrencia de un cambio normativo. En consecuencia, señala que no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por el actor, pues ella no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo.

Finalmente refiere que, en el evento en que el Tribunal confirme la sentencia de primera instancia, solicita se adicione el numeral tercero de la parte resolutive de dicha providencia, en el sentido de ordenar a la AFP accionada trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores y sumas generadas como consecuencia de la afiliación del demandante al RAIS, tal y como se solicitó en la apelación.

**5.1.3.** Las demás partes, guardaron silencio en el término conferido para formular alegatos de conclusión.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **1. Problemas jurídicos.**

En virtud a los recursos 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 el *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. Correspondía a PORVENIR S.A. como última AFP a la que se encuentra afiliado el actor, 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 *ibídem*, 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:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las AFP's a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
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 perjudicarlo.
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 <sup>7</sup> .

En todo caso, recalco que el mentado deber de información ha existido desde el inicio mismo del Sistema General de Pensiones, esto es, 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,

<sup>7</sup> Cuadro basado en el contenido en sentencia CSJ SL3349-2021 del 28 de julio de 2021.

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 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 relación de aportes de PORVENIR S.A.<sup>8</sup>, formulario de traslado de régimen pensional a PROTECCIÓN S.A.<sup>9</sup>, historial de vinculación de ASOFONDOS<sup>10</sup> y bono pensional <sup>11</sup>, que el demandante ha estado vinculado al Sistema Pensional, así:

- i)** En el Régimen de Prima Media, a través de COLPENSIONES.
- ii)** El 4 de noviembre de 1994, se registra traslado desde el Régimen de Prima Media al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A.
- iii)** El 27 de septiembre de registra traslado dentro del RAIS a través de PORVENIR S.A. y a esta última administradora el actor 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

---

<sup>8</sup> Págs. 20 a 29 – Archivo-PDF– “22.AnexosContestacionPorvenir” Cdn. 1ª instancia – Expediente digital.

<sup>9</sup> Pág. 1 – Archivo-PDF– “22.AnexosContestacionPorvenir” Cdn. 1ª instancia – Expediente digital.

<sup>10</sup> Pág. 2 – Archivo-PDF– “22.AnexosContestacionPorvenir” Cdn. 1ª instancia – Expediente digital.

<sup>11</sup> Págs. 4 a 5 – Archivo-PDF– “22.AnexosContestacionPorvenir” Cdn. 1ª instancia – Expediente digital.

fondo privado, al momento del traslado de la accionante del RPM al RAIS, le hubiere brindado la información y asesoría suficiente para llevar a cabo tal acto. Nótese que dentro del sub examine no se cuenta con el formulario de traslado al RAIS a través de PROTECCION S.A., así como tampoco se aportó por parte de la AFP, otros documentos que dieran cuenta de que los asesores de esta última, le hayan informado al demandante 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. Las documentales aportadas al expediente, solo dan cuenta de las historias laborales y las administradoras a las que ha estado afiliada la demandante.

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 3 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<sup>12</sup>.

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 del *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

---

<sup>12</sup> "...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".

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 del 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 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*.

Por otro lado, en sentencias SL2877-2020 del 29 julio de 2020, radicación No. 78667; SL1942-2021 del 12 de mayo de 2021, radicación No. 85772 y SL3199 del 14 de julio de 2021, radicación No. 84288, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recalcó que la actuación viciada de traslado del RPM con prestación definida al RAIS, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen: “*...ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales*”.

Adicionalmente, se advierte 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, la actora conservará todos los beneficios del RPM. Por tanto, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, y se impondrá a PORVENIR S.A como última entidad a la que estuvo afiliado el actor, para que devuelva las sumas

que se ordenen en esta sentencia, teniendo en cuenta que al aceptar el traslado del demandante, debió recibir los dineros provenientes de las AFP a las que estuvo afiliado con antelación el actor, y de no haberlo hecho, aún tiene la posibilidad de adelantar las acciones de cobro pertinentes.

### **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).

**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.

Finalmente, es procedente abordar el concepto de sumas adicionales de la aseguradora. Ello, por cuanto se cumplen los presupuestos del art. 69 del C.P.T. y de la S.S., toda vez que, en el fallo de primer grado, no se profirió condena por esos conceptos, lo que generaría eventualmente, un desequilibrio en la estabilidad financiera de la administradora del RPM.

**3.6. Sumas adicionales de la aseguradora:** La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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. Por ende, se adicionará el fallo de primera instancia.

#### **4. Excepciones formuladas por pasiva**

Por todo lo anterior, las excepciones de mérito formuladas por COLPENSIONES, no tienen vocación de prosperidad. Frente a la excepción de prescripción, deviene señalar que se torna inaplicable frente a la ineficacia del 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).

#### **6. 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., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A., dado el fracaso de su recurso de apelación. No hay lugar a imponer condena en costas a COLPENSIONES, dada la prosperidad parcial de su recurso de apelación. Tampoco hay lugar a imponer costas en el grado jurisdiccional de consulta.

### **III. 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: ADICIONAR** el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, además de los conceptos determinados por el *A quo*, las sumas adicionales de la aseguradora, si se hubieren causado. Asimismo, la citada AFP deberá retornar a COLPENSIONES, los porcentajes correspondientes a las primas de seguros previsionales y el destinado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo antes expuesto.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia 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 la Ley 2213 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.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
*Firma válida  
providencia judicial*

**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ  
MAGISTRADA PONENTE**

*Firma válida  
providencia judicial*

**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA  
MAGISTRADO SALA LABORAL**

*Firma válida  
providencia judicial*

**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 JORGE LABERTO ORTIZ VIVAS, CONTRA PROTECCIÓN, PROVENIR SA Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2018-00207.**

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 previsionales 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**