



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

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105003-2022-00242-01
Juzgado de 1ª instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	ELIZABETH GOMEZ ESCOBAR
Demandadas:	<ul style="list-style-type: none">▪ COLPENSIONES▪ PORVENIR S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional.
Sentencia escrita No.	13

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 la apoderada judicial de PORVENIR S.A., contra la sentencia No. 56 emitida el 31 de octubre de 2023, por el Juzgado Tercero 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 la demandante se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS con PORVENIR S.A. En consecuencia, se ORDENE, **i)** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora; y **ii)** se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho (Págs. 1 a 14 – Archivo PDF: “03.Demanda” – Cdno 1ª instancia – Expediente digital).

2. Contestaciones de la demanda.

Las demandadas COLPENSIONES¹ y PORVENIR S.A.² contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones. El Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social con funciones en Pasto³ 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 (artículos 279 y 280 del C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

El *A quo* emitió sentencia No. 56 el 31 de octubre de 2023. Providencia que, en su parte resolutive, dispuso: **Primero**, declaró la ineficacia del traslado de la demandante a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. con fecha de efectividad del 30 de septiembre de 1996. **Segundo**, declaró que, para todos los efectos legales, la actora 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 trasladar a COLPENSIONES, el total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a la administradora COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido, las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos de administración, fondo de garantía de pensión mínima y primas de seguros previsionales, con la debida indexación. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **Cuarto**, ordenó a COLPENSIONES recibir los valores trasladados por PORVENIR S.A., correspondientes a la demandante. **Quinto**, declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por pasiva. **Sexto**, condenó en costas al fondo privado de pensiones (...)

Para adoptar tal determinación, adujo que, en el expediente no fue posible verificar que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. hubiera cumplido con el deber de suministrarle a la actora, de manera clara y precisa, los eventos favorables y desfavorables de la decisión de traslado de régimen pensional. Al negar la demandante que dicha información le fue suministrada, la carga de la prueba se invierte y correspondía al fondo privado

¹ Archivo PDF: "09.ContestacionDemandaColpensiones" – Cdno 1ª instancia – Expediente digital.

² Archivo PDF: "13.ContestacionDemandaPorvenir.pdf" – Cdno 1ª instancia – Expediente digital.

³ Archivo PDF: "08.ConceptoPreliminarProcuraduria" - Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

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 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.

Señala que, la condena por *gastos de administración* desconoce las reglas existentes en materia de restituciones mutuas (art. 1746 del C.C.) y el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa. 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, pues no es posible eliminar un comportamiento humano como si éste nunca se hubiere presentado.

Adicionalmente, refiere que, es inviable retrotraer las gestiones de administración de los recursos del afiliado, las que están a cargo de las AFP's según lo previsto 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.

Cuestiona la orden de restitución de los valores correspondientes a las *primas de seguros previsionales*, como quiera que el contrato de seguro es un contrato de tracto sucesivo, en el que, agotado el término por el que se adquirió la cobertura, el asegurador devengó de manera definitiva la totalidad de la prima acordada como se colige del artículo del 70 del Código de Comercio, en este caso debe tenerse en cuenta que dicho seguro es adquirido por las administradoras en virtud de una obligación legal prevista en el artículo 1070 del Código de Comercio y lo señalado en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993

Adujo que no es procedente ordenar la devolución de los *rendimientos*, toda vez que los rendimientos en la cuenta individual del promotor de la acción, son producto de esas buenas gestiones y administración. Siendo además que, los rendimientos se calculan diferente a los diferentes regímenes pensionales, por lo que, si se

ordena su devolución, debe hacerse conforme se debían calcular en el RPM y no en el RAIS.

Finalmente, solicita se revoque también la orden de *indexación* respecto de los valores a devolver a COLPENSIONES, pues al haberse ordenado la devolución de los *rendimientos financieros* - que hacen las veces de la actualización de valores- se estaría incurriendo en una doble condena sobre 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 13 de la Ley 2213 de 13 de junio⁴, se pronunciaron, así:

5.1.1. COLPENSIONES

Ratificó la tesis sostenida desde la contestación de la demanda. Resalta que el fundamento de la sentencia de primera instancia es que la AFP no brindó la debida asesoría a la demandante, sin tener en cuenta que, para el momento del traslado de la actora, 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 de traslado efectuada por la actora, pues ella no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo.

5.1.2. 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. En consecuencia, solicitó se revoque el fallo de primer grado respecto a la ineficacia del traslado, toda vez que a su juicio si se cumplió el deber de información por parte de la administradora del RAIS, y esta actuó 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.

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

De manera subsidiaria, y en caso de mantenerse la decisión solicita la absolución por concepto de cuotas de administración, primas de seguro previsional e indexación.

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 el *A quo* al declarar la ineficacia del acto de traslado de la 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 AFP a la que se encuentra afiliada la actora, demostrar que la afiliación de la 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 empleador. 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 9 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:

Etapas acumulativas	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 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 ⁵ .

En todo caso, recalco 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

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

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 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 emitida por COLPENSIONES⁶ la relación histórica de movimientos de PORVENIR S.A⁷, bono pensional⁸, resumen historia laboral⁹ certificado de afiliación emitido por PORVENIR S.A.¹⁰, formulario de afiliación a PORVENIR S.A.¹¹, historia laboral consolidada

⁶ Archivo PDF: ""

⁷ Archivo PDF: "ANT ELIZBETH GOMEZ 34539505 'Relación histórica de movimientos Porvenir' (2)" – carpeta "14.AnexosContestaciónPORVENIR" - Cdn. 1ª instancia – Expediente digital.

⁸ Archivo PDF: "ANT C.C 34539505 'BONO' (3)" Archivo ibidem.

⁹ Archivo PDF: "ANT C.C 34539505 'HL BONO' (1)" Archivo ibidem.

¹⁰ Archivo PDF: "ANT ELIZBETH GOMEZ 34539505 'Certificado afiliación' (4)" Ibidem.

¹¹ Archivo PDF: "ANT ELIZBETH GOMEZ 34539505 'Formulario afiliación'" Ibidem.

emitida por PORVENIR S.A.¹², y de la relación histórica de movimientos¹³ y aportes¹⁴ emitida por PORVENIR S.A., que la demandante ha estado vinculada al Sistema Pensional, así:

- i) En el Régimen de Prima Media, a través del ISS hoy COLPENSIONES.
- ii) El 30 de septiembre de 1996, se registra traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1º de noviembre de 1996. Administradora a la que continuó 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 de la accionante del RPM al RAIS, le hubiere brindado la información y asesoría suficiente para llevar a cabo tal acto. Nótese que si bien la actora suscribió el formulario de vinculación 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 debían suministrar las 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 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 válido¹⁵.

¹² Archivo PDF: "ANT ELIZBETH GOMEZ 34539505 'HL' (1)" Ibidem.

¹³ Archivo PDF: "ANT ELIZBETH GOMEZ 34539505 'Relación histórica de movimientos Porvenir' (2)" Ibidem.

¹⁴ Archivo PDF: "ANT ELIZBETH GOMEZ 34539505 'Relación de aportes' (2)" Ibidem.

¹⁵ "...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".

Nótese, además, que no se observa en el plenario que la promotora 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 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 la 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*.

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 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, SL3199-2021 y SL3136-2022). Valor que no puede equipararse con la indexación, como equivocadamente lo pretende el apoderado 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.

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 la accionante sea titular de tal concepto, se *hubiere* redimido y estuviere bajo la administración de la AFP.

3.3. Gastos de administración indexados: Las comisiones 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 el apoderado 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, tal y como se determinó el fallador de primera instancia.

Finalmente, es procedente abordar el concepto de sumas adicionales de la aseguradora. Ello, por cuanto se cumplen los presupuestos del artículo 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 8 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, en virtud al grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES, se adicionará el fallo de primera instancia.

Por último, acogiendo el precedente jurisprudencial fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en recientes fallos SL3719-2021, SL5680-2021, SL755-2022, SL756-2022 y SL655-2022, esta sala confirmará la decisión tomada por el A quo respecto de ordenar a PORVENIR S.A. que al momento de trasladar los conceptos objeto de condena, aparezcan 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 las DEMANDADAS 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, es 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., 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 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: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia No. 56 emitida el 31 de octubre de 2023, 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. De conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta, de acuerdo con lo indicado en los considerandos de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de la 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 ELIZABETH GOMEZ ESCOBAR, CONTRA PROVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2022-00242.

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.

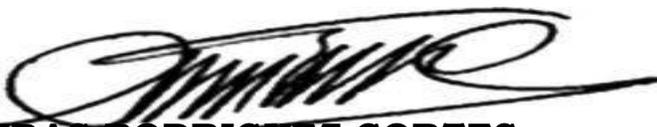
Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros previsionales, se insiste, cuyos 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.

En segundo lugar, reconsidero la decisión que había tomado en proyecto anteriores y salvo parcialmente el voto respecto a la condena a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, siempre que se hayan causado e indexadas, porque no procede tal condena, en la medida que su causación necesariamente deviene del hecho del reconocimiento de la pensión de invalidez o de sobrevivientes y en tal evento, no procedería la declaración de ineficacia del traslado y/o afiliación al RAIS, como tampoco de la referida condena.



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL