



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

**Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ  
Magistrada Ponente**

Veinticuatro (24) de enero de dos mil veintidós (2022)

<b>Proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	190013105001-2020-00176-01
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Primero Laboral del Circuito de Popayán
<b>Demandante:</b>	RAFAEL ORLANDO OSPINA RODRÍGUEZ
<b>Demandadas:</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ COLPENSIONES</li><li>▪ PORVENIR S.A.</li></ul>
<b>Asunto:</b>	<b>Adiciona sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>001</b>

## I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa esta Sala de Decisión Laboral, a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia No. 043 del 17 de junio de 2021, emitida por el Juzgado Primero 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 la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media – RPM, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS. En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A.: **i)** asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por gastos de administración; **ii)** trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos; **iii)** el pago de las costas y agencias en derecho (Págs. 1 a 15 – Archivo 01DEMANDA Y ANEXOS – PDF).

## 2. Contestaciones de la demanda.

Las demandadas COLPENSIONES<sup>1</sup> y PORVENIR S.A.<sup>2</sup>, dieron contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones. En virtud del principio de economía procesal no se estima necesario reproducirlas (Arts. 279 y 280 C.G.P.).

## 3. Decisión de primera instancia.

La *A quo* dictó sentencia No. 043 del 17 de junio de 2021. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia de la afiliación del demandante, a la AFP PORVENIR S.A., suscrita el 30 de julio de 1996. En consecuencia, declaró que éste nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM. **Segundo**, condenó a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, valores que deberán ser recibidos por COLPENSIONES. **Tercero**, ordenó a PORVENIR S.A. normalizar la afiliación del actor en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de los aportes a COLPENSIONES. **Cuarto**, negó las excepciones de mérito propuestas por pasiva. **Quinto**, condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para adoptar tal determinación, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que, ante la falta de información en el acto de traslado del demandante al RAIS, era dable declarar la ineficacia deprecada. Indicó que no se cumplió frente al accionante, con la carga probatoria de demostrar el deber de información que le permitiera a éste tener los elementos de juicio necesarios para escoger el régimen pensional más favorable, sin ser suficiente para ello, la suscripción del formulario de afiliación.

## 4. Recursos de apelación.

### 4.1. Apelación PORVENIR S.A.

Argumentó que el deber de información a la fecha de diligenciamiento del formulario de vinculación a esa AFP, suscrito por el actor el 30 de junio de 1996, se encuentra regulado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Éste prevé que la selección de régimen pensional, es libre y voluntaria. El artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, versión original, imponía el deber de suministrar a los usuarios, la información necesaria para lograr la mayor transparencia.

---

<sup>1</sup> Págs. 1 a 14 – Archivo 14 – PDF CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA COLPENSIONES.

<sup>2</sup> Págs. 1 a 25 – Archivo 12 – PDF CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PORVENIR S.A.

Describió que la C.S.J., Sala de Casación Laboral, ha reconocido que debe aplicarse la norma vigente para la época del traslado al RAIS. Sin embargo, al deber de información a cargo de las AFP's, se le ha dado un alcance que no corresponde a la norma que regía en ese momento. Se ha aplicado retroactivamente la ley. Ello, desconoce la aplicación de la ley en el tiempo. También se desecha el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. Al ser el traslado de régimen un negocio jurídico, no es posible aplicar retroactivamente las normas.

El actor luego de la información recibida, manifestó con su firma en el formulario de vinculación, su voluntad de afiliación al RAIS, en el que ha permanecido por más de 25 años. Por ende, se encuentran acreditados los requisitos de ley para la validez de la selección de régimen pensional, conforme con las normas vigentes para el año 1996. La conducta exigible a dicha AFP para esa anualidad, era únicamente la de informar a los interesados. El fallo de primer grado transgrede el principio de confianza legítima y el derecho al debido proceso. También vulnera las reglas de la carga de la prueba y la valoración probatoria. Se restó de valor al formulario de vinculación. El accionante revisó su contenido y no realizó ninguna anotación.

Recalcó que se efectúa una valoración aislada del formulario, sin aplicar el artículo 242 del C.G.P. No se tuvo en cuenta que el demandante permaneció 25 años en el RAIS, recibió extractos pensionales, hubo ausencia de quejas y no usó el derecho de retracto. Ello se acredita con el interrogatorio de parte. Dichos indicios dan cuenta de un traslado libre y voluntario. La inconformidad del afiliado deviene solamente por la diferencia de las posibles mesadas pensionales en ambos regímenes.

De otro lado, aduce que se desconocen las reglas frente a las restituciones mutuas. Hay prestaciones que no pueden retrotraerse, como los **gastos de administración**. La orden de trasladar esas sumas que se descontaron por el fondo privado a la luz del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, genera un enriquecimiento sin causa en favor del actor y un empobrecimiento para la AFP. En el RPM el afiliado también debía asumir los gastos de administración y el seguro de invalidez y sobrevivientes. Dichos rubros tampoco hubieren ingresado como parte de sus aportes para financiar la pensión de vejez en el RPM. El traslado de los recursos se debe realizar conforme al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008. En suma, requirió revocar el fallo apelado o en su defecto, relevarla del traslado de los gastos de administración.

#### **4.2. Apelación COLPENSIONES.**

Expresa que en el *sub lite* no logró acreditarse que el demandante no hubiese recibido la debida asesoría por parte del fondo privado al momento de trasladarse

al RAIS. De otro lado, formula oposición al fallo de primer grado, por cuanto no se ordenó el traslado al RPM de la **indexación** de los **gastos de administración**, el **porcentaje del Fondo de Pensión de Garantía Mínima** y las **sumas adicionales de la aseguradora** (SL1688-2019 y SL2877-2020). Que el traslado de la indexación de los gastos administración, fue acogido por la Sala Laboral de Popayán.

Para contratar las sumas adicionales la AFP no actúa sola, sino que efectúa descuentos mensuales del aporte que realizan los afiliados. Al no darse la orden de su traslado al RPM, se da efectos parciales a la declaratoria de ineficacia. COLPENSIONES es un tercero de buena fe, a quien le correspondería asumir ese faltante que equivale al 1.6% mensual del IBC que ha cotizado el demandante. Agregó que si bien los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, prevén que las sumas adicionales corresponden a un rubro que sólo opera para financiar pensiones de invalidez o sobrevivientes, lo cierto es que no se sabe con certeza que prestación se deba reconocer en favor del accionante. En suma, solicitó reconsiderar la tesis por parte del *Ad quem* frente a dicho concepto. De no proceder así, se transgrede a su juicio, el principio de sostenibilidad financiera.

## **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, se pronunciaron, así:

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

Ratificó los argumentos expuestos en la alzada. Adujo que 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.

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

Insistió que se debe retornar la indexación de los gastos de administración, aportes para la garantía de pensión mínima y las sumas adicionales de la aseguradora.

#### **5.1.3. DEMANDANTE:**

Reiteró los argumentos expuestos en primer grado.

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

### **1. Problemas jurídicos.**

En virtud a los recursos de alzada 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 actor 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, 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., 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 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 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>Etapa acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones 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 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información (...)	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>3</sup> .

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 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

<sup>3</sup> Cuadro extraído de la sentencia CSJ SL3349-2021 del 28 de julio de 2021.

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 ese 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 de PORVENIR S.A.<sup>4</sup>, el historial de vinculación de ASOFONDOS<sup>5</sup> y el formulario de traslado de régimen pensional<sup>6</sup>, que el demandante ha estado vinculado al Sistema Pensional, así:

- i) En el Régimen de Prima Media, desde el 04 de junio de 1986.
- ii) El 30 de julio de 1996 suscribió el traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A. Ha dicho fondo pensional, 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 fondo pensional 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, del mismo no se

<sup>4</sup> Archivo 2 DEMANDA Y ANEXOS – PDF – Páginas 9 y 14. Archivo 12.9, págs. 1 a 23.

<sup>5</sup> Archivo 12.11 – PDF – Págs. 1 a 2.

<sup>6</sup> Archivo 2 DEMANDA Y ANEXOS – PDF – Pág. 15.

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 el demandante.

Recuérdese que, a luz de los precedentes jurisprudenciales aludidos, la falta al deber de información de las AFP's, 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<sup>7</sup>.

Nótese, además, que no se observa en el plenario que el actor 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.

Asimismo, el argumento que el accionante se mantuvo por varios años en el RAIS, no puede revalidar las deficiencias del traslado de régimen que le son atribuibles al fondo privado (SL2953-2021). Del interrogatorio de parte absuelto por activa, tampoco se entrevén manifestaciones que permitan establecer que fue debidamente asesorado, y que, por ello, era conocedor de todas las implicaciones que, en el presente como a futuro, podía involucrar el acto de traslado (Archivo 20 – Audiencia – minuto: 33:50 a 37:53).

---

<sup>7</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".

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 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 actor 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). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub litium*.

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 y bonos pensionales, 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 actor 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.

No obstante, se adicionará el fallo de primer grado en el sentido de ordenar que PORVENIR S.A., reintegre su monto **indexado** a COLPENSIONES. Ello, con el propósito de mantener su poder adquisitivo inicial (SL4062-2021, SL4863-2021 y SL4803-2021, entre otras).

**3.4. 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, deviene procedente adicionar el fallo de primer grado, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado.

**3.5. 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).

**3.6. Primas de los Seguros Previsionales:** Finalmente, es procedente abordar el concepto de primas de los seguros previsionales en sede de consulta. 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 dicho concepto, lo que genera un desequilibrio en la estabilidad financiera de la administradora del RPM.

Nótese que, en las providencias citadas en el *ítem* anterior, 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 y SL4174-2021, 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.

#### **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 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).

## 5. Costas.

De conformidad con el artículo 365 del C.G.P. y el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 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. y en favor del demandante, dado el fracaso de su recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, esto es \$1.000.000,00.

No hay lugar a imponer costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES dada la prosperidad parcial de la alzada. Tampoco en el grado jurisdiccional de consulta.

## 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 **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia No. 043 del 17 de junio de 2021, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, además de los conceptos determinados por la *A quo*, las sumas adicionales de la aseguradora, si se hubieren causado, y la indexación de los gastos de administración. 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 providencia objeto de apelación y consulta, por lo expuesto en la parte motiva 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 fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, esto es \$1.000.000,00.

**CUARTO: NOTIFICAR** esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, 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.

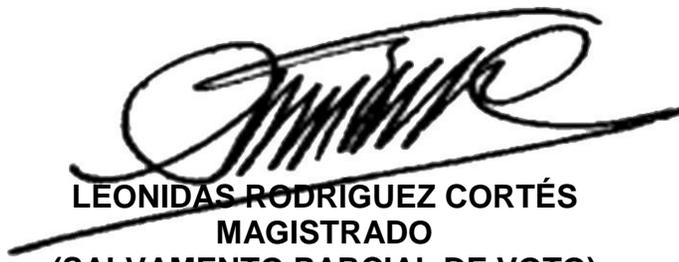
En firme esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
*Firma válida  
providencia judicial*

**CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ  
MAGISTRADA PONENTE**

  
**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA  
MAGISTRADO**

  
**LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS  
MAGISTRADO  
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)**

**SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RAFAEL ORLANDO OSTINA RODRIGUEZ CONTRA PORVENIR SA Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2020-00176.**

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP PORVENIR SA, 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**