



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

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

Doce (12) de julio de dos mil veintidós (2022)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105001-2021-00001-01
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	RUBY ESNEDA MOSQUERA HURTADO
Demandadas:	<ul style="list-style-type: none">▪ COLPENSIONES▪ PORVENIR S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de afiliación inicial al RAIS
Sentencia escrita No.	051

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 las apoderadas judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la sentencia No. 004 del 25 de enero de 2022, 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 y su reforma.

Procura la demandante se declare: **i)** La nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada por la actora al RAIS través de PORVENIR S.A.; y **ii)** Que tiene derecho al traslado al RPM administrado por COLPENSIONES. En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores de su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados. Asimismo, que PORVENIR S.A. asuma con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez. Finalmente, lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho (Págs. 29 a 43 – Archivo PDF: “00(44)Demanda” y carpeta: “15REFORMA DEMANDA” – Cdno 1ª instancia – Expediente digital).

2. Contestaciones de la demanda.

Las demandadas PORVENIR S.A.¹ y COLPENSIONES², dieron contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones. La Procuradora 12 Judicial I para Asuntos del Trabajo y Seguridad Social emitió concepto preliminar³.

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

3. Decisión de primera instancia.

La *A quo* dictó fallo No. 004 del 25 de enero de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A., efectuada el 17 de febrero de 1997. En consecuencia, declaró para todos los efectos legales, nunca se afilió al RAIS y por lo mismo, tiene derecho a ser recibida en el RPM. **Segundo**, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones y bonos pensionales (si los hubiere), con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados. De igual modo, deberá trasladar a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración, éstos últimos indexados. Al cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores y demás información relevante que los justifiquen, valores que deberán ser recibidos por COLPENSIONES. **Tercero**, ordenó a PORVENIR S.A. normalizar la afiliación de la actora en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalle de sus aportes. **Cuarto**, negó las excepciones de mérito propuestas por pasiva. **Quinto**, condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para adoptar tal decisión, tras citar el marco normativo y jurisprudencial referente al traslado de régimen pensional, adujo que también resultaban aplicables para la afiliación inicial al RAIS. Por tanto, ante la falta de información en el acto de vinculación por primera vez de la accionante a dicho régimen, era dable declarar la ineficacia deprecada. Indicó que no se cumplió frente a la actora, con la carga probatoria de demostrar el deber de información que le permitiera a ésta tener los suficientes elementos de juicio claros para escoger el régimen pensional más favorable. Finalmente, adujo que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para ello.

¹ Págs. 1 a 19 – Archivo PDF: “01(19)CONTESTACIÓN DE DEMANDA RUBY MOSQUERA HURTADO” – Carpeta: “11CONTESTACION PORVENIR” – Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

² Págs. 1 a 16 – Archivo PDF: “01(16)Contestación Ruby Esneda Mosquera Hurtado” – Carpeta: “14CONTESTACION COLPENSIONES” – Ibídem.

³ Págs. 1 a 4 – Archivo PDF: “12(4)CONCEPTO PRELIMINAR PROCURADURÍA” – Ibídem.

4. Recursos de apelación.

4.1. Apelación PORVENIR S.A.

Argumentó que en el fallo de primer grado se está avalando un traslado de régimen por fuera de la ley y la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en las que se analiza el deber de información y las consecuencias del traslado de régimen. Que la situación abordada en el presente asunto difiere de la estudiada por la C.S.J., toda vez que la demandante para el año 1997 efectúa una vinculación inicial al RAIS, razón por la cual, no existe una consecuencia negativa frente a una expectativa que no es posible visualizar a esa fecha. Que no tenía una expectativa cercana para alcanzar una prestación en el RPM, máxime cuando tenía 38 años y efectuó su primera cotización al Sistema General de Pensiones. Que de los medios de convicción e interrogatorio de parte se extrae que jamás cotizó en el RPM.

Que PORVENIR S.A. para la fecha de afiliación de la señora RUBY MOSQUERA tenía una imposibilidad clara, física y cierta de conocer las consecuencias de su vinculación al RAIS. Era improbable determinar para esa calenda si le era más conveniente el RPM o el RAIS. Que la accionante ha tenido un total desinterés frente a su situación pensional, sin buscar por parte del fondo una asesoría. Tampoco adelantó dentro de los términos de ley, su derecho de retracto y traslado al RPM. Que lo pretendido transgrede el principio de sostenibilidad financiera y confianza legítima. Que ese fondo pensional ha cumplido con sus deberes. Que al suscribir el formulario de vinculación la actora decidió afiliarse al RAIS, sin que se configure el escenario de una ineficacia de traslado. Que se debe tener como válida la afiliación de la actora, más aún cuando se realizó con fundamento a la normatividad vigente.

Que de mantenerse la declaratoria de ineficacia es evidente que en la providencia reprochada se desconoce el principio de restituciones mutuas. La AFP durante la permanencia de la actora en el RAIS, esto es por 23 años, ha efectuado todas las labores de administración de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual. Que en virtud a dichas gestiones se han obtenido rendimientos. La orden de devolver los gastos de administración transgrede el postulado de restituciones mutuas y propende por un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante.

En tal contexto, requirió no se ordene el traslado de los gastos de administración y las primas de seguro. Asimismo, consideró que tampoco es viable la condena por bonos pensionales toda vez que la demandante nunca estuvo afiliada en el RPM.

4.2. Apelación COLPENSIONES.

Afirma que para la afiliación por primera vez al S.G.P., el ordenamiento jurídico no tiene previsto como obligaciones a cargo de las AFP's del RPM y el RAIS, efectuar asesorías, doble asesoría y mucho menos documentarlas. La selección de uno cualquiera de los regímenes es libre y voluntario por parte del afiliado, sin que en dicha decisión pueda intervenir las administradoras. Que en aplicación del artículo 112 de la Ley 100 de 1993 y el art. 5° del Decreto 692 de 1994, el único documento exigido es el formulario de afiliación previsto por la Superintendencia Bancaria.

Que el precedente a señalado que el deber de información de los fondos se debe valorar de conformidad con el momento histórico en que debía cumplirse, por lo que no es dable realizar exigencias documentales sobre la información específica y precisa entregada al interesado. Máxime cuando no se prohibía una asesoría de forma verbal como le fue entregada a la demandante. Que de la demanda y declaración de parte, se evidencia que en el *sub lite* no se está en presencia de una omisión, errónea e inadecuada información sino frente a una inconformidad del monto de la mesada pensional basada en meras suposiciones de la promotora de la acción. No se allegó medio probatorio que respalde las afirmaciones de la accionante. Que la afiliación al RAIS en ningún momento le acarreó pérdida de derechos en el RPM, pues ésta nunca estuvo afiliada a este último régimen. Que tampoco se estructuran vicios en el consentimiento en la afiliación inicial al RAIS.

Que en el interrogatorio de parte la accionante confesó que recibía extractos mensuales que le permitían conocer el monto de sus ahorros. Asimismo, aceptó que estaba próxima a pensionarse. Que la parte actora no demostró que al momento de su afiliación hubiere sido constreñida para vincularse a esa AFP. Que le correspondía a la accionante probar qué información equivocada o falaz la conllevaron a escoger el RAIS. Que la simple afirmación de la actora no conlleva a trasladar la carga probatoria a PORVENIR S.A.

Que si bien la jurisprudencia ha enseñado que el formulario no es una prueba de la información entregada al afiliado no se puede desconocer que el consentimiento plasmado en este y la declaración de parte, permiten avizorar que existió una reunión de la demandante con los asesores. Que al "*parecer*" si recibió la asesoría respectiva lo que le permitió escoger al fondo privado de pensiones. Que no puede beneficiarse 25 años después de los beneficios del RPM.

Que la decisión de la *A quo* genera un detrimento patrimonial a COLPENSIONES y a los demás afiliados. Asimismo, la equidad, solidaridad y la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones (Corte Constitucional C – 1024 de 2004 y T – 191 de 2020). En tal contexto, requirió se revoque el fallo de primer grado.

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 2020⁴, se pronunciaron, así:

5.1.1. 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. Solicitó se revoque el fallo de primer grado respecto a la ineficacia. De manera subsidiaria, la absolución por cuotas de administración.

5.1.2. COLPENSIONES:

Ratificó los argumentos expuestos desde la contestación de la demanda. En suma, aludió que el *sub lite* no se trata de un traslado de régimen pensional. Que la demandante previa su afiliación al RAIS nunca estuvo afiliada al RPM. Luego, si nunca se trasladó del RPM al RAIS no es dable pretender el traslado al RPM alegando un error, engaño o falta de información que de ninguna manera pudieron configurarse si su vinculación inicial al régimen pensional fue al RAIS.

5.1.3. La parte demandante guardó 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 la *A quo* al declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial 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?.

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

2. Respuesta al primer interrogante.

La respuesta es **positiva**. Es acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial al RAIS. Correspondía al fondo privado, demostrar que la vinculación inicial de la demandante a dicho régimen pensional fue una decisión informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba tal acto. Al incumplir con esa carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia pretendida en el introductorio.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.1. Ineficacia de la afiliación inicial y traslado de régimen pensional

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

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las AFP's a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 (...)	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010.	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 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

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

otro tipo de leyendas de este tipo, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. Por tanto, el acto de afiliación y 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...*” (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.⁶, y el formulario de “*SOLICITUD DE AFILIACIÓN*” al RAIS⁷, que la demandante ha estado vinculada al Sistema Pensional, así:

i) Al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, se afilió a través de PORVENIR S.A. el 17 de febrero de 1997. A esa administradora la actora ha continuado cotizando.

ii) Al Régimen de Prima Media no se encuentra en el plenario medio de convicción que demuestre afiliación efectiva por parte de la demandante, ya sea a través del I.S.S., hoy COLPENSIONES, y menos aún, a alguna Caja de Previsión Social.

En consecuencia, deviene evidente que: i) Previo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y con posterioridad a ello, la demandante no estuvo afiliada al RPM; y ii) Su afiliación inicial al Sistema General de Pensiones se dio en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Nótese, inclusive, que en la demanda y escritos de contestación al introductorio, se aceptó que la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones se efectuó por la promotora de la acción en el RAIS a través de PORVENIR S.A. La ineficacia de esa vinculación inicial al S.G.P. constituye el litigio del *sub litium*. Por ende, corresponde a la Sala analizar si es procedente la ineficacia de la afiliación inicial efectuada por la actora al Régimen de Ahorro Individual.

⁶ Págs. 8 a 16 – Archivo PDF “00(44)Demanda” – Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital. Asimismo, archivo PDF: “07(9)Historia laboral RAIS CC 34536790 (1)” – Carpeta: “11CONTESTACION PORVENIR” – Ibid.

⁷ Pág. 6 – Archivo PDF: “01(6)REFORMA DEMANDA RUBY ESNEDA MOSQUERA” – Carpeta: “15REFORMA DEMANDA” – Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.

Frente a la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones, deviene precisar que dicho acto se da por una sola vez y ostenta un carácter permanente en el tiempo. El artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.2. del Decreto Único Reglamentario No. 1833 de 2016, dispone: *“la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones”*.

Por su parte, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prevé que la selección de uno cualquiera de los regímenes (RPM o RAIS), es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación inicial o del traslado.

En tal contexto, colige la Sala que los parámetros analizados en precedencia, referentes al deber de información por parte de las AFP's a sus posibles afiliados en materia de ineficacia de traslado, pueden extenderse al *sub lite*, toda vez que las citadas obligaciones legales para las administradoras, se predicán frente al acto jurídico, sea de afiliación inicial o de traslado de régimen, en el que prevalece el derecho del usuario de tomar una decisión libre y voluntaria, que se recuerda, requiere ser debidamente informada. Por tal motivo, los argumentos expuestos por las recurrentes por pasiva no tienen vocación de prosperidad.

Igualmente, como la ineficacia tiene también su fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no puede perderse de vista que la última parte del inciso primero de dicha norma, señala que la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. En la demanda se ha expresado por la demandante su deseo de quedar afiliada a COLPENSIONES, por lo que no solo por la voluntad expresa de la trabajadora, y por la obligación o deber de preservar derechos fundamentales como el de la seguridad social, sino para cumplimiento del principio o derecho a la tutela judicial efectiva, que implica preservar el derecho que pretendía ejercer de afiliarse al sistema; deberá reconocerse la afiliación de la promotora de la acción al entonces ISS, hoy COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media desde la fecha en que se realizó la fallida vinculación al RAIS ordenando el traslado de las cotizaciones y demás valores que se indicarán más adelante.

En efecto, revisado el material probatorio adosado al plenario, se advierte que brillan por su ausencia aquellas que conduzcan a determinar que la AFP PORVENIR S.A., al momento de vinculación inicial de la accionante 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 afiliación, 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 vincularse 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.

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, es que el juzgador puede avalar el mismo. A los Jueces no nos debe bastar con advertir que existió una afiliación o traslado al RAIS, sino que es menester, para la solución, advertir que el mismo era válido⁸.

Nótese, además, que no se observa en el plenario que la actora hubiese recibido en correcta forma la información respecto a las condiciones de su afiliación inicial al RAIS, las diferencias existentes con el RPM, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro régimen. Por ende, a pesar que la solicitud de vinculación inicial se encuentra suscrita por la demandante y en la misma se indica que se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, lo cierto es que no puede predicarse *per se* que tal selección hubiere tenido tales características, por lo que se concluye, que para la afiliación inicial no se cumplió con el deber de información debida y transparente.

Del interrogatorio de parte absuelto por la promotora de la acción, tampoco se entrevén manifestaciones que permitan establecer que fue debidamente asesorada, y que, por ello, era conocedora de todas las implicaciones que, en el presente como a futuro, podía involucrar el acto de afiliación inicial al RAIS. En dicha etapa procesal

⁸ "...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".

informó que únicamente se le entregó el formulario de vinculación sin recibir ningún tipo de asesoría (minuto: 18:30 a 30:49 – Archivo de audio: “29.AudioArt80 SENT004 -Ruby Esneda Mosquera-vs-Colp-otro (ineficacia) 25-01-2022” – Cdno 1ª instancia – Expediente digital). Lo anterior, inclusive, fue ratificado por la testigo ROSALBA MUÑOZ ALEGRÍA, quien relató haber estado presente en el momento de suscripción del formulario por parte de la accionante, ex-compañera de trabajo (minuto: 08:55 a 17:59 – Ibíd).

El argumento referente a que la accionante se mantuvo por varios años en el RAIS, no puede revalidar las deficiencias de la vinculación inicial que le son atribuibles al fondo privado (SL2953-2021). Lo anterior 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 régimen, que a juicio de esta Sala de Decisión Laboral, son extensivas para la afiliación inicial. La reacción del ordenamiento jurídico a la vinculación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de afiliación o traslado (Arts. 271 y 272 Ley 100 de 1993).

Frente al tesis referente a que se suministró la información en favor de la demandante de conformidad con las normas vigentes para la data de vinculación, deviene reiterar que, las AFP´s 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*»” (SL3199-2021). Dichas exigencias no se acreditan en el *sub litium*.

Luego, tampoco son de recibo los reproches relativos a que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición o le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión. Ni la legislación ni la jurisprudencia, tienen establecido que el afiliado debe ser titular de tal régimen o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia de la afiliación o traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4426-2019, SL4373-2020 y SL2953-2021).

En cuanto al reproche de las recurrentes, relacionadas con la carga de la accionante de requerir asesoría, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2937-2021 del 09 de junio de 2021, radicación No. 86029, coligió:

“1. ¿Corresponde al afiliado solicitar información acerca de las características de los regímenes pensionales?

(...)

De esta manera, la Corte concluyó que desde su fundación, las AFP 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.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En ese contexto, encuentra la Sala que el Tribunal incurrió en el yerro que le endilga la censura, toda vez que le impuso la carga de pedir asesoría, pese a que, se itera, desde la creación del Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones se concibió en cabeza de las AFP el deber de ilustrar en forma clara, precisa y oportuna a sus potenciales afiliados, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas”.

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 trasladar 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 de la afiliación inicial priva al acto jurídico de sus efectos a tal punto de considerar que nunca existió, la demandante obtendrá todos los beneficios del RPM. Por tanto, se adicionará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en el sentido de declarar que la ineficacia opera respecto de la afiliación inicial al RAIS efectuada por la demandante, el 17 de febrero de 1997, fecha desde la cual la afiliación se entenderá surtida ante el Régimen de Prima Media administrado ahora por COLPENSIONES.

Finalmente, es preciso recordar que la viabilidad de la ineficacia de la afiliación inicial por la falta al deber de información expuesta en el *sub lite* ya ha sido acogida por esta Sala Laboral en sentencias del 12 de octubre 2021, radicación 19001-31-

05-003-2019-00201-01; del 15 de febrero de 2022, radicación No. 19001-31-05-003-2020-00011-01, M.P. CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA y fallo No. 038 del 02 de junio de 2022, radicación No. 90013105002-2020-00157-01, M.P. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ.

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 la 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).

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 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 podría generar un desequilibrio en la estabilidad financiera de la administradora del RPM.

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

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

Luego entonces, como en el *sub lite* no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado. En tal sentido, se adicionará el fallo objeto de consulta.

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

4. Excepciones formuladas por pasiva

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

5. Costas.

De conformidad con el artículo 365 del C.G.P. y el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del C.S. de la J., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y en favor de la

demandante, dado el fracaso de sus recursos de apelación. Las agencias en derecho se fijan para cada una, en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, esto es \$1.000.000,00. Sin costas 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 **PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia No. 004 del 25 de enero de 2022, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, dentro del presente asunto, en el sentido de **DECLARAR** que la ineficacia opera respecto de la afiliación inicial al RAIS efectuada por la señora RUBY ESNEDA MOSQUERA HURTADO, el 17 de febrero de 1997, fecha desde la cual la afiliación se entenderá surtida ante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado ahora por COLPENSIONES, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia en comento, 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 porcentajes correspondientes a las primas de seguros previsionales y el destinado a la garantía de pensión mínima, por lo antes expuesto.

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

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y en favor de la demandante. Las agencias en derecho se fijan para cada una, en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, esto es \$1.000.000,00.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


*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 RUBY ESNEDA MOSQUERA HURTADO, CONTRA PORVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00001.

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