



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

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

Veintinueve (29) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105002-2021-00067-01
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	ALEJANDRA VELASCO SIMMONDS
Demandadas:	<ul style="list-style-type: none">▪ COLPENSIONES▪ PORVENIR S.A.▪ PROTECCIÓN S.A.
Asunto:	Modifica y adiciona sentencia – Ineficacia de afiliación inicial al RAIS
Sentencia escrita No.	045

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, pasa esta Sala de Decisión Laboral, a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia del 20 de septiembre de 2021, emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, en el asunto de la referencia. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la 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. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores de su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados. Asimismo, que el fondo privado asuma con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por gastos de administración. Finalmente, las costas y agencias en derecho (Págs. 1 a 20 – Archivo PDF: “03(44)DemandaAnexos” – Cdo 1ª instancia – Expediente digital).

2. Contestaciones de la demanda.

Las demandadas COLPENSIONES¹, PORVENIR S.A.² y PROTECCIÓN S.A.³, dieron contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones.

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

3. Decisión de primera instancia.

El *A quo* dictó sentencia concentrada el 20 de septiembre de 2021. En su parte resolutive, para el caso que nos ocupa, decidió: **Tercero**, declaró la ineficacia del traslado al RAIS que a partir de noviembre de 1994 se le atribuye a la demandante a través de PROTECCIÓN S.A. y la posterior, efectuada el 1° de marzo de 1997 a PORVENIR S.A. **Cuarto**, definió que la actora siempre conservó su derecho a permanecer en el RPM administrado por COLPENSIONES. Por tanto, condenó a PORVENIR S.A., como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, gastos de administración y rendimientos que se hubieren causado. Dichos valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES en razón a la ineficacia que se declara. **Quinto**, declaró no probada la excepción prescripción. **Sexto**, condenó en costas a los fondos privados de pensiones.

Para adoptar tal decisión, adujo que, el fondo privado no acreditó en el expediente, el cumplimiento de la obligación de dar información clara en el “*traslado de régimen*” que hiciera la promotora de la acción. Que el diligenciamiento del formulario no es prueba suficiente de una manifestación libre de la voluntad. Por lo tanto, concluyó que hay lugar a declarar su ineficacia al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Preciso que el fenómeno prescriptivo no era aplicable.

4. Recursos de apelación.

4.1. Apelación COLPENSIONES

Afirma que en el fallo de primer grado se concluyó que el fondo privado no demostró haber dado información suficiente a la accionante para el traslado de régimen pensional. Que la selección de cualquiera de los regímenes pensionales fue libre y

¹ Archivo PDF: “10(54)ContestacionDdaColpensiones” – Cdn. 1ª instancia – Expediente digital.

² Archivo PDF: “11(94)ContestacionDdaPorvenir” – *Ibid.*

³ Archivo PDF: “23(17)ContestaciónDdaProtecciónS.A” – *Ibidem.*

voluntaria al suscribir el formulario de vinculación al RAIS. Que no existen elementos que permitan evidenciar que la demandante pueda volver hacer parte del RPM en atención que si le brindó la información que requería conforme a las normas vigentes de esa época. Que la actora no es una afiliada lego y cuenta con la capacidad de entender y verificar las obligaciones que asumió al firmar el contrato. Tampoco solicitó información adicional por parte de COLPENSIONES, dejando para el final de su vida laboral, una oportunidad que ya no tiene. Que la accionante ha permanecido en el RAIS entre 24 a 26 años, lo que denota su deseo de estar en dicho régimen.

Por último, manifestó que a pesar de la orden de devolver los conceptos determinados por el *A quo*, se generaría una afectación al Sistema Pensional. Nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados. En suma, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

4.2. Apelación PORVENIR S.A.

Argumentó que la norma aplicable para la fecha de diligenciamiento del formulario de vinculación, esto es, para el 28 de septiembre de 1994 y la posterior, del 02 de enero de 1997, es el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual prevé que la selección de régimen pensional, es libre y voluntaria. Que 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.

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, aplicando retroactivamente la ley. Lo cual, desconoce la aplicación de la ley en el tiempo. También se desecha el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 y al ser el traslado de régimen un negocio jurídico, no es posible aplicar retroactivamente las normas. El deber de consejo surge con posterioridad a la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 y Ley 1748 de 2014. Para el año 1994, la conducta exigible a los fondos privados era únicamente el de informar a los interesados.

Adujo que la declaratoria de ineficacia transgrede el principio de confianza legítima y debido proceso. El deber de asesoría por parte de las AFP's, ha tenido un desarrollo en la normatividad, por lo que no es razonable ni jurídicamente válido que se les imponga deberes de información que no se encontraban vigentes al momento

del traslado de régimen. También se desconocen las reglas sobre la carga de la prueba y valoración probatoria. Ello, por cuanto se excluyen las pautas que impone el artículo 176 del C.G.P., restando valor probatorio a la manifestación consignada en el formulario de vinculación. La actora ha permanecido por 26 años en el RAIS, recibió extractos bancarios sin observaciones, no elevó quejas o reclamos y no usó el derecho de retracto. Existen indicios de un traslado libre y voluntario.

Que se desconocen las reglas frente a las restituciones mutuas. No puede ordenarse la devolución de los gastos de administración. La orden en tal sentido, constituye para la parte activa un enriquecimiento sin causa. La demandante era una persona capaz cuando suscribió de manera libre el formulario de traslado, generándose un contrato válido para el Sistema Pensional. En tal virtud, se crearon derechos y obligaciones para ambas partes. El capital de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, tuvo unos rendimientos por la buena administración de esa AFP. Por tanto, la demandante no puede beneficiarse de tales gestiones sin que se efectúen los descuentos de ley.

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 de la promotora de la acción y un empobrecimiento para la AFP. En el RPM la afiliada también debía asumir los gastos de administración y el seguro de invalidez y sobrevivientes. Dichos rubros tampoco hubieron ingresado como parte de sus aportes para financiar la pensión de vejez en el RPM.

Arguyó que en aplicación de la teoría de los actos propios, la demandante debe aceptar las consecuencias vinculantes de sus actos. Asimismo, son aplicables los actos de relacionamiento por la vocación de permanencia de la promotora de la acción en el RAIS. Que la ineficacia del traslado constituye una transgresión al principio de sostenibilidad financiera del S.G.P. En suma, requirió revocar en su integridad el fallo apelado o en su defecto, relevarla del traslado de los gastos de administración. Que en todo caso, el traslado de los recursos se debe realizarse conforme al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

5. Trámite de segunda instancia

El asunto correspondió por reparto en esta instancia al señor Magistrado de esta Sala Laboral, Dr. LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS. Tras admitir el asunto y correr traslado para alegatos de conclusión, mediante auto del 27 de mayo de 2022, remitió el expediente al Despacho Judicial que seguía en turno, esto es, al correspondiente a la Magistrada Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ. Lo

anterior, tras no aprobarse en Sala el proyecto presentado por el mentado togado. Finalmente, en auto del 03 de junio de 2022, la aquí Magistrada Ponente avocó su conocimiento.

5.1. Prueba de oficio.

Mediante proveído del 25 de marzo de 2022 se decretó como prueba de oficio, la concerniente en requerir a COLPENSIONES, para que certifique si la demandante estuvo afiliada al RPM. La mentada entidad allegó contestación con sus respectivos anexos. En auto del 05 de mayo de 2022 se incorporó dichos medios y se corrió traslado a las partes. En el término conferido la parte actora insistió que dentro del expediente aportado, se observaba de forma fidedigna que la accionante estuvo vinculada al RPM.

En tal virtud, dada la publicidad del medio probatorio decretado de oficio frente al cual se dio traslado por escrito a las partes, en apego al debido proceso y derecho de defensa, deviene procedente emitir sentencia escrita de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022.

5.2. 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:

5.2.1. 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 del traslado. De manera subsidiaria, la absolución por cuotas de administración.

5.2.2. COLPENSIONES:

Ratificó los argumentos expuestos en la alzada. Alude que no puede invertirse la carga dinámica de la prueba de forma genérica. Que en el debate probatorio no se logró demostrar que hubo una insuficiente información por parte del fondo privado. Que no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones.

5.2.3. PROTECCIÓN S.A.

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

Insistió en los argumentos fijados desde la contestación de la demanda. Frente a los gastos de administración argumentó que se trata de prestaciones ya acaecidas, motivo por el cual, no se puede devolver. Que tampoco procede el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora y valor del seguro previsional.

5.2.4. 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. ¿Se verifica en el *sub lite* un traslado de régimen pensional?. De no configurarse tal situación: ¿Es viable 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?.

2. Respuesta a los primeros interrogantes.

Al primer interrogante la respuesta es **negativa**. Al segundo **positiva**. En el *sub litium* no se verifica que hubiere operado un traslado de régimen pensional del RPM al RAIS. En el libelo introductorio se discutió la falta al deber de información por parte del fondo privado para la data de suscripción del formulario de afiliación. En dicho escenario, correspondía a esa AFP, demostrar que la vinculación inicial de la actora, fue una decisión informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba tal acto. Al incumplir con esa carga probatoria, es procedente declarar la ineficacia de la afiliación inicial.

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:

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 perjudicarle.

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016.	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales ⁵ .
--	---	--

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

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

Asimismo, reiteró que la firma del formulario de vinculación y/o traslado, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos de las AFP, tales como: “«*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*»” u otro tipo de leyendas de este tipo, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. Por tanto, el acto de 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).

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

2.2. Caso en concreto.

Descendiendo al *sub lite* se desprende de la historia laboral de PORVENIR S.A.⁶, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS⁷, los formularios de traslado de AFP´s dentro del RAIS⁸ y los certificados allegados en segunda instancia por COLPENSIONES⁹, que la actora ha estado vinculada al Sistema Pensional, así:

i) Al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, se afilió a través de PROTECCIÓN S.A. el 28 de septiembre de 1994, efectivo a partir del 1º de octubre del mismo año. Luego, se trasladó a PORVENIR S.A. con efectividad desde el 1º de marzo de 1997. Asimismo, registra traslado a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS efectivo para octubre de 1999. También reposa formulario de afiliación a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS del 11 de abril de 2011. Finalmente, operó la cesión por fusión con PORVENIR S.A. desde el 1º de enero de 2014. A esta última 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 el trámite de segunda instancia, COLPENSIONES informó que “... *la ciudadana en mención no figura afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. Así mismo, tampoco se evidencian aportes o periodos de cotización*” (Archivo PDF: “27(2)Contestación” – Cdno 2ª instancia – Expediente digital).

En consecuencia, deviene evidente de los medios probatorios recaudados en el plenario, 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. Por ende, contrario a lo señalado por el *A quo*, no se verifica que hubiere operado un traslado de régimen pensional.

No obstante, corresponde a la Sala analizar si es procedente la ineficacia de la afiliación inicial efectuada por la actora al Régimen de Ahorro Individual. Lo anterior, no constituye variación del *petitum* introductorio ni de su causa *petendi*. Máxime cuando en el libelo incoatorio se reprocha la falta al deber de información suficiente

⁶ Págs. 23 a 44 – Archivo PDF “03(44)DemandaAnexos” – Cdno 1ª instancia – Expediente digital. Asimismo, archivos PDF 39 a 49 – Archivo PDF: “11(94)ContestacionDdaPorvenir” – *Ibid.*

⁷ Pág. 16 – Archivo PDF “23(17)ContestaciónDdaProtecciónS.A.” – *Ibidem.*

⁸ Págs. 31 a 35 – Archivo PDF: 11(94)ContestacionDdaPorvenir” – *Ibid.*

⁹ Archivos 25 y 27 – Cdno 2ª instancia – Expediente digital.

y transparente por parte del fondo privado para el momento de suscripción del formulario de vinculación inicial al RAIS.

En los supuestos fácticos del introductorio se indicó por activa que la respectiva AFP: *“...incumplió con una de sus obligaciones legales, cual es, suministrar a sus potenciales clientes una información adecuada, suficiente y cierta, de manera tal que la decisión adoptada, de la señora ALEJANDRA VELASCO SIMMONDS, hubiera sido verdaderamente libre y espontánea, que no afectara en lo más mínimo su consentimiento y no estuviera posiblemente viciado. En ningún momento se le informó al actor (sic) las ventajas y desventajas tanto del Régimen de Pensiones de Prima Media con Prestación Definida, como del Régimen de Ahorro Individual, para que con dicha ilustración el actor (sic) escogiera el régimen que más le favoreciera a sus intereses”* (Págs. 1 a 20 – Archivo PDF: *“03(44)DemandaAnexos”* – Cdno 1ª instancia – Expediente digital).

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., se limitó a indicar que la afiliación de la accionante ya no existe en razón del traslado a PORVENIR S.A. A su turno, ésta última indicó que la afiliación de la accionante estuvo precedida de una asesoría integral, exponiendo las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional previsto en la Ley 100 de 1993. (Archivos PDF: *“11(94)ContestacionDdaPorvenir”* y *“23(17)ContestaciónDdaProtecciónS.A”* – Ibídem).

Ahora bien, 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.

Además, como ya se ha dejado sentado, no se trata de conceder algo diferente a lo pedido en tanto basta con aplicar la facultad de interpretar la demanda para dar vía a lo que realmente pretende la actora, que es la declaración de ineficacia de su vinculación al RAIS, la cual erradamente señaló como traslado. Por otra parte, es deber y facultad del juzgador, conforme lo indica el artículo 48 del C.P.T. y de la S.S., adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio entre las partes. Por lo mismo, la decisión de ajustar la ineficacia que se declara a la realidad de los hechos, implica preservar en esa forma el derecho fundamental a la seguridad social de la demandante como parte débil de la relación procesal laboral.

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 PROTECCIÓN 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, además, que ni siquiera se allegó al expediente por esa AFP, el formulario de afiliación inicial, circunstancia que conllevaría a declarar la inexistencia de tal vinculación, no obstante, se deriva del historial de vinculaciones de ASOFONDOS y la relación de aportes a PROTECCIÓN S.A., que estuvo afiliada inicialmente a esa AFP, resultando dicho acto en todo caso, ineficaz. Máxime, cuando la suscripción del formulario de traslado, no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la

AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

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 válido¹⁰.

De otro lado, 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. Del interrogatorio de parte absuelto por activa, no se advierte manifestación que permita 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.

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).

¹⁰ "...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".

Frente al tesis referente a que se suministró la información en favor de la promotora de la acción 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 y 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).

Por otro lado, los defectos que adolece la afiliación inicial por la falta del deber de información no se convalida o subsana con los posteriores traslados de administradoras que efectuó la accionante dentro del RAIS. La decisión de escoger entre una y otra administradora, no implica *per se* una ratificación de la decisión inicial de afiliarse a dicho régimen.

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. Empero, habida cuenta que en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, se declaró frente a la señora ALEJANDRA VELASCO SIMMONDS, la: “***ineficacia del traslado***”, se modificará tal determinación. La ineficacia en el *sub lite* opera frente a la afiliación inicial al RAIS efectuada por la demandante.

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 fallos 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 de manera más reciente, en sentencia No. 038 del 02 de junio de 2022, radicación No. 190013105002-2020-00157-01, M.P. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

La respuesta es **positiva**. PORVENIR S.A., como última administradora, 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). Por tanto, los argumentos de la apoderada judicial de PORVENIR S.A. no tienen vocación de prosperidad.

Asimismo, en sede de consulta, 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, PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, única y exclusivamente si dicho rubro se hubiere causado.

Finalmente, es procedente abordar en el grado jurisdiccional de consulta, el concepto de porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y primas de los seguros previsionales. Ello, por cuanto se cumplen los presupuestos del artículo 69 del C.P.T., toda vez que en el fallo de primer grado, no se profirió condenas por dichos conceptos, lo que genera un desequilibrio en la estabilidad financiera de la administradora del RPM.

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: 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, 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.

Finalmente, 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, se ordenará a PORVENIR S.A. que al momento de trasladar los conceptos objeto de condena, 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: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia del 20 de septiembre de 2021, emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, dentro del presente asunto, en el sentido de **DECLARAR** que la ineficacia opera respecto de la afiliación inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, efectuada por la demandante, ALEJANDRA VELASCO SIMMONDS, el 28 de septiembre de 1994, efectiva el 1° de octubre de 1994, fecha desde la cual la afiliación se entenderá surtida ante el Régimen de Prima Media administrado ahora por COLPENSIONES, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **CUARTO** 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 el *A quo* respecto de la demandante ALEJANDRA VELASCO SIMMONDS, las sumas adicionales de la aseguradora, si se hubieren causado, la indexación de los gastos de administración, 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. Al momento de cumplirse esta orden, los 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, 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 aquí 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 DE VOTO)**

SALVAMENTO DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA MAYORITARIA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALEJANDRA VELASCO SIMMONDS CONTRA PROTECCIÓN-PORVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO 2021-00067.

Con la debida consideración, me aparto de la decisión mayoritaria, mediante la cual se declara la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS y se condena a la Administradora del RAIS al trasladar a COLPENSIONES y este ultimo a recibir, todos los dineros de la cuenta individual de la parte demandante, incluidos los pagos efectuados por concepto de las primas de los seguros previsionales contratados, toda vez que en el presente caso, se debió **REVOCAR** en su integridad la sentencia de primera instancia impugnada y objeto de consulta en favor de COLPENSIONES, de la declaración de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, junto con las demás condenas consecuenciales, porque no se encuentra debidamente probada la efectiva afiliación de la demandante al RPMPD administrado por el entonces ISS, hoy COLPENSIONES, o por alguna CAJA DE PREVISION SOCIAL.

Por el contrario, solamente aparece probada la afiliación de la actora al RAIS, por primera vez, en el sistema de pensiones.

Ante esta realidad procesal, no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, tal como se pide en la demanda y no fue objeto de reproche por alguna de las contrapartes.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

1. El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o

muerte, a través de dos regímenes excluyentes, regidos por el principio de la solidaridad:

(i) *El régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.*

(ii) *El sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.*

2. Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es *“aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”*.

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *“un fondo común de naturaleza pública”*, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley¹. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

3. De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad *“es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”*.

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

4. En punto a la afiliación y traslado entre los dos regímenes pensionales RPM y RAIS, el legislador dispone las siguientes reglas:

“Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones. *El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:*

(... ...)

“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

(... ...)

Según el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su texto original, aplicable al presente caso, el traslado entre los dos regímenes pensionales sólo se puede realizar por una sola vez cada tres (3) años contados desde la selección inicial.

Luego, con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003, el plazo de traslado se extendió a cinco (5) años.

5. Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1994:

c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones;

La reglamentación del literal c del artículo 60 en cita anterior, aparece en las siguientes normativas:

6. Sobre la escogencia del régimen pensional, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, original, en lo relevante para resolver, regula que:

“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. *La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora”.

7. Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, se disponen las sanciones, en el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando **“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa... ..**

Y, además, expresamente se dispone que

(... ..) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

8. Incumbe a las partes probar los hechos en que fundan sus pretensiones, conforme al artículo 167 del CGP, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS.

9. Conviene traer a colación lo expuesto en la sentencia SL494-2020, en la cual, la CSJ-SCL analizó lo resuelto en providencia de segunda instancia, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en un caso de contornos similares:

Según los antecedentes del caso, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, argumentó:

“(...) como el demandante nunca tuvo afiliación y cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, era improcedente ordenar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y disponer que Colpensiones recibiera la totalidad de lo guardado por el actor en su cuenta de ahorro individual, pues ello implicaría su regreso a una administradora a la que nunca estuvo afiliado y que Colpensiones lo reciba únicamente para efectos de concederle la pensión», cuando con antelación a la vinculación al RAIS no efectuó afiliación ni realizó cotización alguna al entonces Instituto de Seguros Sociales, «lo que vendría en una defraudación al sistema».”

Ante tal decisión y argumentos, la CSJ-SCL, señaló:

*“Así las cosas, atendiendo el lineamiento jurisprudencial transcrito, **es dable concluir que el Tribunal no se equivocó, pues el demandante, para el momento en que se vinculó a la AFP Colpatria, esto es, el 1 de enero de 1998, estaba vinculado al Fondo Prestacional de***

la Universidad de Nariño como servidor de orden territorial, entidad que no era administradora del régimen de prima media con prestación definida, y por tanto, no podía calificarse dicha vinculación de un traslado, susceptible de ser analizado en cuanto a su validez y eficacia; sino de una llana afiliación.

Lo anterior en la medida que para poder ser parte del RPM se requería que el citado Fondo Prestacional de la Universidad de Nariño, hubiese solicitado autorización administrativa para convertirse en una administradora del RPM, circunstancia que en el presente caso no está acreditado.

*De tal manera que, **se insiste, no podía predicarse la ineficacia de un traslado de régimen pensional, en la medida que solo se trató de la selección inicial a un régimen, esto es a la AFP Colpatria perteneciente al RAIS.***²

10. Del estudio en conjunto de la demanda, los medios de convicción documentales aportados y aceptados como pruebas y las contestaciones de la demanda, se encuentra debidamente probado:

10.1. La parte actora en forma clara y expresa, como pretensión principal de la demanda, solicita la declaración de la ineficacia del TRASLADO del RPM al RAIS y en los hechos de la demanda afirma que estuvo afiliada al RPM, antes de su traslado al RAIS.

10.2. Tal y como se tiene por probado por la Sala mayoritaria y no se discute en este salvamento, la parte demandante no estuvo efectivamente afiliada al RPMPD, ya fuera por vinculación al ISS, hoy COLPENSIONES, o porque hubiere estado afiliada a alguna CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL que por mandato de la Ley 100 de 1993 fuera admitida como administradora del RPM, en forma previa a su afiliación al RAIS.

² Negrita y subrayado, fuera de texto original.

11. Ante tal situación jurídica de la parte demandante y según lo señalado por la CSJ-SCL, en la citada sentencia SL494-2022, se puede inferir, al no encontrarse acreditada la afiliación a una administradora del RPM, al momento en que se surtió la afiliación a la AFP del RAIS, *“no podía calificarse dicha vinculación de un traslado, susceptible de ser analizado en cuanto a su validez y eficacia; sino de una llana afiliación”*; pues insistió la alta Corte: *“(…) no podía predicarse la ineficacia de un traslado de régimen pensional, en la medida que solo se trató de la selección inicial a un régimen, esto es a la AFP Colpatria perteneciente al RAIS”*.

12. Bajo este entendido, en el caso concreto, no era viable declarar la ineficacia del traslado, conforme lo hizo el Juez de Primera Instancia, pues no se encuentra debidamente acreditado que la actora, al momento de afiliarse al RAIS, administrado por PROTECCIÓN, efectivamente proviniera del RPMPD.

En consecuencia, la Sala debió revocar la sentencia impugnada y consultada.

13. Respetuosamente no avalo la actuación de la Sala mayoritaria de proceder a DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, en primer lugar, porque desconoce las pretensiones declarativas de la demanda, soportadas en los hechos alegados por la parte demandante de su primigenia afiliación al RPM, so pretexto de la interpretación de la demanda para justificar que se está ante la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RAIS, siendo que, a simple vista, tal interpretación de la demanda no se ajusta al ordenamiento jurídico vigente.

En segundo lugar, atendiendo a las pretensiones declarativas y los hechos en que se fundamentan, la discusión que se ventiló en primera instancia por todos los sujetos procesales y el Juez de conocimiento, siempre estuvo delimitada a la INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS y bajo tal entendido se formularon las apelaciones y se tramita el grado de consulta en favor de

Colpensiones, situaciones jurídicas que impiden al Juez de Segunda Instancia resolver en forma EXTRA PETITA la ineficacia de la afiliación al RAIS, por cuanto este asunto no fue el tema central de la discusión en primera instancia y se insiste, tampoco se ventila en las apelaciones.

Si bien de la interpretación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, citado atrás, cabe predicar la ineficacia de la afiliación como del traslado de régimen pensional, en todo caso, tal normativa no habilita expresamente al Juez Laboral para resolver en forma EXTRA PETITA la ineficacia en cualesquiera de los dos actos o negocios jurídicos.

Por otra parte, como el grado de consulta no se tramita en favor de la parte demandante, sino de COLPENSIONES, se está decidiendo en contra de COLPENSIONES, siendo que es la beneficiaria del tal instrumento jurídico.

Además, si bien los Jueces Laborales contamos con las amplias facultades del artículo 48 del CPLSS, con miras a garantizar los derechos fundamentales de las partes, en este caso, el debido proceso y de la seguridad social en pensiones, salta a la vista que no se está privilegiando el equilibrio procesal de las partes y no tiene fundamento privilegiar a la parte demandante, siendo que al revocarse la sentencia de primera instancia y negarse las pretensiones del demandante, no se afecta su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, al continuar afiliado al RAIS, con las garantías y prestaciones económicas de tal régimen pensional.

14. Por otra parte, la Sala mayoritaria incurre en desacierto jurídico al condenar a la AFP del RAIS demandada, a trasladar a COLPENSIONES las sumas pagadas por los seguros previsionales, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en

donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros provisionales para beneficio de los afiliados.

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

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

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

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 de la afiliación al RAIS.


LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL