



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

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

Veintidós (22) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105001-2021-00095-01
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	ELKIN JAVIER IDÁRRAGA GRANDA
Demandadas:	<ul style="list-style-type: none">▪ COLPENSIONES▪ PORVENIR S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de afiliación inicial al RAIS
Sentencia escrita No.	70

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, pasa esta Sala de Decisión Laboral, a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la sentencia No. 027 del 5 de abril 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 el demandante se declare: **i)** La ineficacia de la afiliación efectuada por el actor al RAIS través de PORVENIR S.A.; **ii)** Que tiene derecho al traslado al RPM administrado por COLPENSIONES; **iii)** De manera subsidiaria solicita se declare la nulidad de la afiliación del demandante a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y en consecuencia, se ordene el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; y **iv)** Como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores de su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, 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, las costas y agencias en derecho. Finalmente, se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado del señor del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. (Págs. 1 a 15 – Archivo PDF: “02DEMANDA Y ANEXOS” – Cdo 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.

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. 027 del 5 de abril de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP PORVENIR S.A., efectuada el **3 de enero de 1997**. En consecuencia, declaró para todos los efectos legales, nunca se afilió al RAIS y por lo mismo, tiene derecho a ser recibido en el RPM. **Segundo**, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, 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 del actor 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 del accionante a dicho régimen, era dable declarar la ineficacia deprecada. Indicó que no se cumplió frente al actor, con la carga

¹ Págs. 1 a 23 – Archivo PDF: “CONTESTACION DEMANDA ELKIN I DARRIAGA” – Carpeta: “29CONTESTACION PORVENIR” – Cdo. 1ª instancia – Expediente digital.

² Págs. 1 a 19 – Archivo PDF: “Contestación Elkin Javier Idarraga” – Carpeta: “26 contestacion colpensiones” – Subcarpeta. “CONTESTACIÓN DEMANDANDA PROCESO” – *Ibidem*.

probatoria de demostrar el deber de información que le permitiera a éste 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.

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 el 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 PORVENIR S.A. para la fecha de afiliación del demandante 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 el 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 el actor decidió afiliarse al RAIS, sin que se configure el escenario de una ineficacia de traslado. Que se debe tener como válida la afiliación del actor, 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 del actor en el RAIS, esto es por 24 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 del 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 el demandante nunca estuvo afiliado en el RPM, ni

de la devolución de sumas adicionales, pues no se está cubriendo el riesgo de invalidez o muerte.

4.2. Apelación COLPENSIONES.

Afirma que el accionante no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo.

Que el precedente ha 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 al 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 del promotor de la acción. No se allegó medio probatorio que respalde las afirmaciones del accionante. Que la afiliación al RAIS en ningún momento le acarreó pérdida de derechos en el RPM, pues éste nunca estuvo afiliado a este último régimen. Que tampoco se estructuran vicios en el consentimiento en la afiliación inicial al RAIS.

Que la parte actora no demostró que al momento de su afiliación hubiere sido constreñido para vincularse a esa AFP. Que le correspondía al accionante probar qué información equivocada o falaz lo conllevaron a escoger el RAIS. Que la simple afirmación del actor no conlleva a trasladar la carga probatoria a PORVENIR S.A.

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.

Que el demandante nunca estuvo afiliado al RPM y por ende no puede acudir a la figura de la ineficacia de traslado en virtud del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia.

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión en aplicación del artículo 12 de la Ley 2213 del 13 junio de 2022, que adoptó como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto 806 de 2020, 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 y el recurso de apelación. En suma, aludió que el *sub lite* no se trata de un traslado de régimen pensional. Que el demandante previa su afiliación al RAIS nunca estuvo afiliado 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, gastos de administración indexados, sumas adicionales de la aseguradora, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales?

2. Respuesta al primer interrogante.

La respuesta es **positiva**. Es acertada la decisión de declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial al RAIS. Correspondía al fondo privado, demostrar que la vinculación inicial del 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:

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 ³ .

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*

³ Cuadro basado en el contenido en sentencia CSJ SL3349-2021 del 28 de julio de 2021.

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 del reporte semanas cotizadas de COLPENSIONES⁴ de la historia laboral de PORVENIR S.A.⁵, el formulario de "SOLICITUD DE VINCULACIÓN" al RAIS⁶, y el certificado de afiliación expedido por PORVENIR S.A.⁷, que el demandante ha estado vinculado al Sistema Pensional, así:

i) Al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, se afilió a través de PORVENIR S.A. el **3 de enero de 1997**. A esa administradora el actor ha continuado cotizando.

ii) Al Régimen de Prima Media no se encuentra en el plenario medio de convicción que demuestre afiliación efectiva por parte del 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, el demandante no estuvo afiliado 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 el promotor 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

⁴ Archivo PDF "GRP-SCH-HL-66554443332211_1992-20210526085412" – Sub Carpeta: "CONTESTACIÓN_DEMANDA_PROCESO" Carpeta – "26contestacion colpensiones" – Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.

⁵ Archivo PDF "Historia laboral RAIS CC 12909590" – Carpeta: "29CONTESTACION PORVENIR" – Cuaderno 1ª instancia – Expediente digital.

⁶ Archivo PDF "Formulario afiliación CC 12909590" – Carpeta: "29CONTESTACION PORVENIR" – Ibídem.

⁷ Archivo PDF "Certificado afiliación CC 12909590" – Carpeta: "29CONTESTACION PORVENIR" – Ibídem.

del *sub litium*. Por ende, corresponde a la Sala analizar si es procedente la ineficacia de la afiliación inicial efectuada por el actor al Régimen de Ahorro Individual.

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 el demandante su deseo de quedar afiliado a COLPENSIONES, por lo que no solo por la voluntad expresa del trabajador, 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 del promotor 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 el actor 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 el 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.

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".

Del interrogatorio de parte absuelto por el promotor de la acción, tampoco se entrevén manifestaciones que permitan establecer que fue debidamente asesorado, y que, por ello, era conocedor de todas las implicaciones que, en el presente como a futuro, podía involucrar el acto de afiliación inicial al RAIS. En dicha etapa procesal informó que la información que recibió por parte de porvenir únicamente se le informó que cuando cumpliera 1150 semanas podría acercarse para recibir la pensión porque no interesaba la edad y que “tendría un buen desembolso en cuanto a las cotizaciones” (minuto: 22:07 a 23:09 – Archivo de audio: “35AudArt77y80-Sent027 - (ineficacia) 05-04-2022” – Cdo 1ª instancia – Expediente digital).

El argumento referente a que el 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 del 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 el demandante no es beneficiario 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 confirmará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primer grado.

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, 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. 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 adocinado que la declaratoria de ineficacia obliga al fondo pensional del RAIS a devolver al RPM los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES (SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020, SL373-2021, SL1022-2022, SL1125-2022, SL1126-2022). Por tanto, los argumentos de la apoderada judicial de PORVENIR S.A. no tienen vocación de prosperidad.

Asimismo, tal como lo dispuso la *A quo* procede su reintegro **indexado** a COLPENSIONES. Ello, con el propósito de mantener su poder adquisitivo inicial (SL4062-2021, SL4863-2021 y SL4803-2021, entre otras).

3.3. 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).

3.4. 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.

3.5. 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 del 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 **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.

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

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y en favor del 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.

CUARTO: 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 ELKIN JAVIER IDÁRRAGA GRADA, CONTRA PORVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00095.

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