



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

Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

Diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	190013105002-2021-00230-01
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Popayán
DEMANDANTE:	HENRY ERNEY RAMIREZ PARUMA
Demandadas:	▪ PORVENIR S.A. ▪ COLPENSIONES
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	24

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 5 de octubre de 2022, emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante se declare: **i)** la nulidad o en su defecto la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media – RPM, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS; **ii).** En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, cotizaciones, bonos pensionales y sumas de la aseguradora con los rendimientos que se hubieran causado; Finalmente, se condene a la demandada, al pago de costas y agencias en derecho (Págs. 68 a 84 – Archivo PDF: “03DemandaAnexos” – Cdno. 1ª instancia – Expediente digital).

2. Contestaciones de la demanda.

Las demandadas PORVENIR S.A.¹ y COLPENSIONES², dieron contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones.

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 conjunta el 5 de octubre de 2022. En su parte resolutive, decidió para el caso que nos ocupa: **Quinto**, declaró la ineficacia del traslado que, a partir del 1 de septiembre de 1995, se atribuye al demandante al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. **Sexto**, el actor conservó su derecho a permanecer en el RPM. En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A., como ultima administradora a la que se realizaron los aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, gastos de administración, bonos pensionales si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado. Dichos valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES. **Séptimo**, negó la excepción de prescripción propuesta por pasiva. **Octavo**, condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para adoptar tal decisión, adujo que, el fondo privado no acreditó en el expediente, el cumplimiento de la obligación de dar información clara, detallada y suficiente en el traslado de régimen que hiciera el promotor 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 es aplicable para asuntos de esa naturaleza.

4. Recursos de apelación.

4.1. Apelación PORVENIR S.A.

Reprochó la condena por el traslado de los **gastos de administración, rendimientos y prima de seguros previsionales**. Advierte que estos ordenamientos, desconocen que existen prestaciones que por su naturaleza no pueden retrotraerse, lo que constituye una excepción a los efectos de la ineficacia. Asimismo, se excluyen las reglas sobre restituciones mutuas (art. 1746 del C.C.) y

¹ Archivo PDF: "10ContestacionDemandaPORVENIR" – Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

² Archivo PDF: "23ContestacionDemandaCOLPENSIONES" – *Ibíd*

el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa. Es inviable retrotraer las gestiones de administración de los recursos del afiliado. Que están a cargo de las AFP's las obligaciones previstas en el artículo 14 del Decreto 656 de 1994, dentro de las que se encuentra la gestión necesaria de invertir los recursos para garantizar una rentabilidad mínima en el RAIS. Además, no es factible retrotraer lo ejecutado por las partes.

Que cuando se trata de prestaciones de hacer distintas a las de entregar cosas o de no hacer, la regla general es que lo ejecutado no es susceptible de retrotraerse. No es posible eliminar un comportamiento humano como si éste nunca se hubiere presentado.

Que existe un doble fundamento para las restituciones mutuas, la equidad y la prevención del enriquecimiento sin causa. Que debe haber una correspondencia entre lo que se recibió y lo que se restituye. Que quien satisfizo su obligación tiene derecho a conservar las prestaciones que haya recibido como contrapartida. Aceptar lo contrario, desconocería los postulados del enriquecimiento sin causa. Que una parte se vería beneficiada por el comportamiento de la otra, sin pagar contraprestación alguna.

Que existen condiciones especiales frente a la distribución de la cotización que realiza el RAIS en aplicación del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Que el 3% del I.B.C. se debe destinar para cubrir las cuotas de administración de los dineros depositados en las cuentas de ahorro individual y para pagar los seguros de invalidez y muerte. Las AFP deben contratar con la aseguradora de su preferencia a fin de contar con el valor de la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia, según corresponda. De otro lado, recalco que el demandante es una persona capaz, sujeto de derechos y obligaciones. Al suscribir el formulario de afiliación se generaron obligaciones para ambas partes. Para la afiliada la obligación de pagar los aportes y para la AFP la administración de dichos recursos. Los rendimientos en la cuenta individual del promotor de la acción son producto de esas buenas gestiones y administración.

Reprochó la decisión del A quo, respecto de los rendimientos financieros, señalando que, RAIS tiene su propia formula de liquidación de estos rendimientos y que esta es diferente a la RPM y por eso no está de acuerdo con que se orden su devolución a Colpensiones.

En tal contexto, adujo que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, rendimientos y prima de seguros previsionales. Ello, por cuanto los

dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, han tenido unos rendimientos gracias a las gestiones de la AFP.

4.2. Apelación COLPENSIONES

Afirma que en el fallo de primer grado se concluyó que PORVENIR S.A., no demostró haber dado información suficiente a la accionante para el traslado de régimen pensional. No obstante, argumentó que, no está de acuerdo con el fallo de primer grado, toda vez que a su juicio si se cumplió el deber de información por parte de la administradora del RAIS, y esta actuó de conformidad con la normatividad vigente al momento del traslado, de manera que, al haberse cumplido con el deber de información vigente a la fecha del traslado, no hay lugar a declarar la ineficacia del mismo.

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, puesto que, 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.

5. Trámite de segunda instancia.

5.1. Alegatos de conclusión.

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión en aplicación del artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020³, 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. Exigió se revoque el fallo de primer grado respecto a la ineficacia del traslado. De manera subsidiaria, la absolución por concepto de cuotas de administración.

5.1.2. COLPENSIONES.

Alude que no puede invertirse la carga dinámica de la prueba de forma arbitraria sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado. Que durante el debate probatorio no se logró demostrar que hubo una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizar el traslado. Que se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por

³ La Ley 2213 del 13 de junio de 2022 adoptó como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto 806 de 2020.

cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones. Pidió la revocatoria del fallo apelado.

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 el *A quo* al declarar la ineficacia del acto de traslado del demandante del RPM al RAIS?

1.2. ¿Es acertado que, en virtud de la declaratoria de ineficacia, además de las cotizaciones, se traslade a COLPENSIONES, los rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere, gastos de administración indexados, sumas adicionales de la aseguradora, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales?

2. Respuesta al primer interrogante.

La respuesta es **positiva**. Es acertada la decisión de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. El actor previa vinculación al RAIS estuvo afiliada al RPM. Correspondía al fondo privado, demostrar que la afiliación del demandante al RAIS, fue una decisión informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al incumplir con esa carga probatoria, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

2.1. Ineficacia del traslado de régimen pensional

La selección de uno de los regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte del afiliado. El literal b) del artículo 13 *ibíd*, dispone que esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su 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 ⁴ .

⁴ Cuadro basado en el contenido en sentencia CSJ SL3349-2021 del 28 de julio de 2021.

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 traslado: “*debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*” (SL2937-2021).

Finalmente, en cuanto a la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, se ha enseñado que si el usuario alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En ese sentido, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (SL3202-2021).

2.2. Caso en concreto.

Descendiendo al *sub lite* se desprende de la historia laboral de PORVENIR S.A.⁵, certificado de afiliación de PORVENIR S.A.⁶, formulario de traslado de régimen

⁵ Archivo PDF: “17HistoriaLaboralConsolidada” – Cdno. 1ª instancia – Expediente digital.

⁶ Archivo PDF: “14CertificadoDeAfiliacion” – Ibid.

pensional a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PORVENIR S.A.⁷, historial laboral de PORVENIR⁸, el historial de vinculaciones de ASOFONDOS⁹, y Formatos 1,2 y 3 Para expedición de bono pensional expedida por el Municipio de Popayán que data del 14 de mayo de 2019¹⁰, que el demandante ha estado vinculado al Sistema Pensional, así:

- i) En el Régimen de Prima Media, a través de la Caja de Previsión Municipal
- ii) El 8 de agosto de 1995, registra traslado al RAIS a través de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., con efectividad a partir de 1 de septiembre de 1995.
- iii) El 1 de enero de 2014 operó la cesión por fusión de HORIZONTE con PORVENIR S.A., quedando la accionante afiliada a esta última administradora, a la que ha continuado cotizando.

En este preciso punto, deviene aclarar que previo al traslado de régimen pensional, la promotora de la acción se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media a través de la Caja de Previsión Municipal. Ante una situación similar, la Sala de Casación Laboral¹¹ de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1305 del 12 de abril 2021, radicación No. 83621, puntualizó:

*“Es decir, que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, **la actora resultó afiliada automáticamente al RPMPD, por pertenecer a la Caja de Previsión Municipal de Pasto, siendo ésta su primera selección, así se colige de la interpretación de los artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el mencionado régimen.***

*De lo anterior deviene que contrario a lo señalado por el ad quem, en el presente evento, **no se trató de una afiliación inicial** por parte de la señora ...al Sistema General de Pensiones a través de Porvenir el 18 de mayo de 1995, **sino de un traslado de régimen**, ya que aquella con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones introducido por la Ley 100 de 1993, venía afiliada al RPMPD; en consecuencia, incurrió el sentenciador de segundo grado, en infracción de las normas denunciadas en la proposición jurídica”.*

⁷ Archivo PDF: “15FormularioAfiliacion” – Ibíd.

⁸ Archivo PDF: “28Historia Laboral Consolidada RAIS” Ibíd

⁹ Archivo PDF: “18VinculacionSIAF” – Ibíd.

¹⁰ Pág. 55 a 66 Archivo PDF: “03DemandaAnexos” – Ibíd.

¹¹ Sala de Descongestión No. 4. M.P. Omar De Jesús Restrepo Ochoa.

Ahora bien, revisado el material probatorio adosado al plenario, advierte esta Sala Laboral, que brillan por su ausencia aquellas que conduzcan a determinar que el fondo privado, al momento del traslado del accionante del RPM al RAIS, le hubiere brindado la información y asesoría suficiente para llevar a cabo tal acto. Nótese que si bien el actor suscribió el formulario de vinculación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PORVENIR S.A., del mismo no se deduce que los asesores de la AFP, le hayan informado lo necesario a fin de tomar una decisión tan trascendental, como lo era el fondo y el régimen al que podía trasladarse y su futuro derecho pensional, explicándole los pormenores de los dos regímenes que subsisten. Por tanto, su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. En efecto, la simple firma del formulario y su contenido, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. A su vez, las otras documentales aportadas al expediente, solo dan cuenta de las historias laborales y las administradoras a las que ha estado afiliado el demandante.

Recuérdese que, a luz de los precedentes jurisprudenciales aludidos, la falta al deber de información de las AFP, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

Además, de acuerdo con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento del 03 de septiembre de 2014, radicación No. 46292, solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador puede avalar el mismo. A los Jueces no nos debe bastar con advertir que existió un traslado al RAIS, sino que es menester, para la solución, advertir que el mismo era válido¹².

Nótese, además, que no se observa en el plenario que el promotor de la acción hubiese recibido en correcta forma la información respecto del monto proyectado de la pensión, la diferencia en el pago de aportes y las consecuencias frente al monto de su pensión, aspectos fundamentales para el presente caso, pues la cuantía de la misma se vería seriamente mermada al continuar en el RAIS, por lo que se concluye, que para el traslado no se cumplió con el deber de información debida y transparente.

¹² "...tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable".

En consecuencia, la determinación del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, se atempera al amplio precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL-1688-2019, SL-1689-2019, SL4373-2020, SL4811-2020, SL3202-2021 y SL3035-2021), en las cuales presupone las directrices o subreglas pertinentes para que se configure la ineficacia del traslado de aquellas personas que habiendo estando afiliadas en el RPM, se trasladaron al RAIS, indicando que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado (Arts. 271 y 272 Ley 100 de 1993).

Frente al argumento referente a que se suministró la información en favor del demandante de conformidad con las normas vigentes para la data del traslado, deviene reiterar que, las AFP desde su fundación e incorporación al Sistema de Protección Social, tienen el deber de proporcionar a sus potenciales afiliados una información objetiva, comparada y transparente, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer: “*«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»*”, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (SL3199-2021). El cumplimiento de dichas exigencias no se acredita en el *sub litium*.

Adicionalmente, ni la legislación ni la jurisprudencia, tienen establecido que el afiliado debe ser titular de régimen de transición 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).

Se advierte, además, que la declaratoria de ineficacia, no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones. Ello, por cuanto los recursos que debe reintegrar el fondo privado a COLPENSIONES, serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJ SL2877-2020, STL11947-2020, entre otras).

Colofón de lo expuesto, toda vez que la ineficacia del traslado priva al acto jurídico de sus efectos a tal punto de considerar que nunca existió, el demandante conservará todos los beneficios del RPM. Por tanto, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

3. Respuesta al segundo problema jurídico.

La respuesta es **positiva**. PORVENIR S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, además de las cotizaciones, rendimientos financieros, 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 el accionante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y estuviere bajo la administración de la AFP.

3.3. Gastos de administración: 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.

3.4. 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 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 el concepto de indexación de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. 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 condenas por dichos conceptos, lo que genera un desequilibrio en la estabilidad financiera de la administradora del RPM.

3.5. Indexación gastos de administración Deviene procedente adicionar 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).

3.6. 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).

3.7. 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 tal sentido.

Por último, acogiendo el precedente jurisprudencial fijado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en recientes fallos SL3719-2021, SL5680-2021, SL755-2022, SL756-2022 y SL655-2022, 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 del traslado de régimen pensional. Ello, por cuanto sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el RPM. Asimismo, es inoperante ese medio exceptivo, por su nexo de causalidad con el derecho pensional (SL2611-2020, SL2953-2021 y SL4025-2021).

5. Costas.

De conformidad con el artículo 365 del C.G.P. y el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del C.S. de la J., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y en favor del demandante, dado el fracaso de sus recursos de apelación. Las agencias en derecho se fijarán en auto aparte.

No hay lugar a imponer 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 **SEXTO** de la parte resolutive de la sentencia de 05 de octubre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES, además de los conceptos determinados por el *A quo* respecto del demandante **HENRY ERNEY RAMIREZ PARUMA**, 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.

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 fijarán en auto aparte.

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 HENRY ERNEY RAMIREZ PARUMA, CONTRA PROVENIR Y COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2021-00230.

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de incluir la condena en contra de la AFP del RAIS demandada, a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros previsionales, en primer lugar, porque no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros previsionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros previsionales para beneficio de los afiliados.

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

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

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

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

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



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL