



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso	Ordinario Laboral
Radicación	19-001-31-05-002- 2018-00160-02
Juzgado de primera instancia	Segundo Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Víctor Armando Ordóñez Gallego
Demandado:	Protección S.A. Porvenir S.A. Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Modifica parcialmente sentencia
Sentencia escrita n.º	030

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, pasa la sala a proferir sentencia escrita que resuelve los recursos de apelación formulados por Protección S.A. y Colpensiones E.I.C.E. contra la sentencia dictada el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán. Así como el grado jurisdiccional de consulta que

sobre la misma se surte en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Procura el citado demandante que se declare que el acto de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es nulo. Que, en consecuencia, se ordene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que traslade a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con los rendimientos que se hubieran causado. Así como a pagar las costas procesales.

2. Contestación de la demanda

2.1. Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E.

Frente a las pretensiones de la demanda indicó que la pretensión de la demanda en nada se encuentra relacionada con sus actuaciones administrativas, por lo que no manifiesta posición alguna. No obstante, refiere que en el traslado de régimen efectuado por el demandante no se presentó ningún vicio del consentimiento. Afirma que dicho acto fue el resultado de la manifestación libre y voluntaria de una persona plenamente capaz, luego, “los engaños” que la parte actora enuncia como vicios del consentimiento se traducen en

errores de derecho, que en virtud de los artículos 9º y 1509 del Código Civil no vician el consentimiento.

Formuló las excepciones de fondo que denominó: inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma; buena fe; y prescripción (fols. 57 a 59).

2.2. Sociedad Administradora de Fondos de pensiones y cesantías Protección S.A.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en adelante A.F.P. Protección S.A., dio contestación de la demanda oponiéndose a todas las pretensiones formuladas en su contra. Señala que el traslado del demandante a la A.F.P. Protección S.A. se efectuó conforme a los requisitos legales y jurisprudenciales exigidos, y se le brindó asesoría absoluta, verdadera y profesional.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación del demandante a la AFP Protección S.A., que traiga como consecuencia la anulación de la afiliación; falta de causa en las pretensiones de la demanda; carencia de acción y ausencia de derecho; buena fe; prescripción; y la genérica o innominada (fols. 77 a 80).

2.3. Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en adelante A.F.P. Porvenir S.A., dio contestación de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda. Refiere que, al momento de la afiliación a Horizonte, hoy Porvenir S.A., el actor recibió una asesoría integral conforme a las normas vigentes para la época y fue informado sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional. Afirma que el acto de vinculación por traslado es válido, por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni se realizó bajo engaños ni medió coacción alguna. Destaca que Porvenir S.A. realizó el traslado de aportes existente en la cuenta de ahorro pensional del actor a la AFP Protección, a la cual se encuentra válidamente vinculado.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; y la innominada o genérica.

3. Decisión de primera instancia

3.1. El *a quo* dictó sentencia en la que resolvió en lo pertinente al actor:

"Tercero: Declarar de conformidad con lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que a partir del

30/05/1995 se atribuye al señor Víctor Armando Ordóñez Gallego, identificado con la C.C. 10.529.766 a través de la AFP Horizonte S.A. fusionada posteriormente con Porvenir S.A. y el posterior efectuado el 01/04/1999 a través de la AFP Protección S.A., ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del régimen de ahorro individual.

Cuarto: *Consecuencia de lo anterior, los señores Aura Ligia López, Rubén Darío Mosquera Angulo y Víctor Armando Ordóñez Gallego siempre conservaron su derecho a permanecer en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia se condena a Colfondos en el caso de la señora Aura Ligia López, a Porvenir S.A. en el caso del señor Rubén Darío Mosquera y Protección S.A. en el caso del señor Víctor Armando Ordóñez Gallego como últimas administradoras a las que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubieren recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si es del caso, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado.*

Estos valores deberán ser recibidos por Colpensiones en razón a la ineficacia que se declara.

Quinto: Negar *la excepción de prescripción propuesta en cada uno de estos procesos.*

Sexto: Condenar *en costas en el proceso de Aura Ligia López a Porvenir S.A. y Protección S.A. de acuerdo con lo previsto en el artículo 365 del CGP, se estiman las agencias en derecho en suma igual a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago, que será incluida*

en la liquidación de costas que se practicará por la Secretaría del Despacho.

Sin costas en relación con Colfondos que se allanó a las pretensiones de la demanda y respecto de Colpensiones.

Condenar *en costas en los procesos incoados por Rubén Darío Mosquera Angulo y Víctor Armando Ordóñez Gallego. De acuerdo con lo previsto en el artículo 365 del CGP, se estiman las agencias en derecho en suma igual a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago para cada uno de los accionantes, que será incluida en la liquidación de costas que se practicará por la secretaría del despacho. Sin costas en relación con Colpensiones en estos procesos.”*

3.2. Dentro de las razones vertidas para arribar a esta decisión adujo que, si al interior del proceso no es posible verificar que la administradora de pensiones cumplió con el deber de suministrar información completa y suficiente, que permitiera al afiliado verificar la posibilidad real de conocer tanto lo positivo como lo negativo de cada régimen pensional, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, se genera la ineficacia de esa afiliación o traslado al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Destaca que en el caso concreto no existe prueba de que se haya dado cumplimiento a esta obligación en el traslado del señor Víctor Armando Ordóñez Gallego, por lo que, de conformidad con los recientes lineamientos de la jurisprudencia laboral, no cabe duda de que el traslado efectuado por el demandante deviene en ineficaz. Y advierte que, lo mismo se predica de los traslados efectuados con

posterioridad entre administradoras del mismo régimen pensional, pues no podrían gozar de eficacia cuando su causa carece de ella.

Para finalizar señala que la declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse todo término prescriptivo como quiera que ese acto nunca produjo efectos.

3.3. La anterior decisión fue objeto de los recursos de apelación formulados por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E., concedidos por el Juzgado; así como del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones; todos admitidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

4. Sustentación del recurso

4.1. Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Fundamenta su reparo frente a la decisión que ordena la devolución de los gastos de administración y del seguro previsional, en los siguientes términos:

4.1.1. Señala que el descuento del 3%, para cubrir las cuotas o gastos de administración, es autorizado por la ley, como contraprestación a la buena gestión de la administradora sobre los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, que se evidencia en los rendimientos que estos producen. Que, por tanto, ordenar la devolución de los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa a

favor del demandante, pues estaría recibiendo recursos generados gracias a la gestión de la administradora sin pagar ningún concepto por la misma. Interpretación que no es acorde con la Constitución ni la Ley, en detrimento del patrimonio de la AFP, que vulnera su derecho a la igualdad y privilegia, de manera injustificada, el derecho de una de las partes del contrato declarado ineficaz, que además fue suscrito de buena fe por la administradora.

4.1.2. Precisa que del mismo 3% descontado del IBC del afiliado la AFP paga el seguro previsional mes a mes a una aseguradora. Lo anterior, a fin de que, en caso de que ocurra un siniestro por invalidez o sobrevivencia, dicha entidad pague la suma adicional necesaria para financiar el monto de la pensión. Por tanto, no es procedente ordenar su traslado, toda vez que dicho porcentaje fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, que es un tercero de buena fe.

4.2. Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E.

Sustenta su inconformidad frente al fallo de la siguiente manera:

4.2.1. Afirma que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley es libre y voluntario por parte del afiliado, quien manifiesta su derecho de elección en el momento de afiliación o de traslado. Indica que, en el presente asunto, el traslado se realizó de manera libre y voluntaria por el actor, con la suscripción del formulario de afiliación al fondo. Documento que contiene los requisitos mínimos contemplados

en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y fue adoptado por la Superintendencia Financiera a través de las Circulares 034 y 037 de 1994. Que, por tanto, no encuentra argumentación válida para considerar que no existe prueba veraz y suficiente con la cual la AFP demandada acreditara haber informado al afiliado sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, derivando estas en una ineficacia de dicho acto.

4.2.2. Señala que la inversión de la carga de la prueba a la que alude la decisión no cuenta con respaldo legal ni jurisprudencial. Lo anterior dado que, de conformidad con los postulados del artículo 83 de la Constitución Política y del artículo 835 del Código de Comercio, era el demandante quien estaba forzado a acreditar que la actuación de la AFP demandada no se ajustó al parámetro de la buena fe. Máxime cuando la jurisprudencia ha reiterado que la existencia de vicios en el consentimiento no se presume.

Del mismo modo, subraya que el actor no es un afiliado lego, dado que es profesional y cuenta con la capacidad de entender, preguntar y estar informado sobre su derecho pensional. Que, pese a ello, no realizó ninguna pregunta a los asesores del fondo privado en la asesoría que eventualmente recibió, ni se acercó a Colpensiones a recibir información o solicitar una proyección pensional. Afirma que, contrario a lo anterior, el hecho de permanecer en el régimen pensional seleccionado por más de 25 años y haber efectuado traslado entre administradoras del mismo régimen demuestran el compromiso por permanecer en el régimen pensional seleccionado.

4.2.3. Para finalizar, recalca que, aunque el fondo privado traslade a Colpensiones la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración de la cuenta individual del accionante por el tiempo en que permaneció afiliado al RAIS, se genera una afectación al sistema pensional. Lo anterior, dado que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, pues, el periodo de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia, y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E.

5.1.1. Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, formulación de excepciones de mérito y en el recurso de apelación.

5.2. El término de traslado para formular alegatos de conclusión, venció en absoluto silencio de las demás partes.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Se veda a la Sala adentrarse en puntos ubicados al margen de la discusión, o no aducidos en

la sustentación. No obstante lo anterior, en lo atinente al grado jurisdiccional de consulta, el cual no tiene las limitantes del recurso de apelación, el control de legalidad recae sobre todos los aspectos que sirvieron de fundamento a la sentencia.

2. Legitimación en la causa

Frente a este tópico debe señalarse que le asiste a la parte actora legitimación por activa en tanto es la persona que se trasladó al Régimen de Ahorro individual cuya ineficacia se pretende.

De otro lado, a Porvenir S.A. le asiste legitimación en la causa por pasiva, en virtud de la fusión de esta entidad con Horizonte S.A., quien efectuó la afiliación que es objeto de reproche.

En cuanto a Protección S.A., le asiste legitimación en la causa por pasiva al ser la entidad administradora a la que actualmente se encuentra afiliado el demandante, con ocasión del traslado efectuado entre administradoras del RAIS.

Finalmente, en lo que respecta a Colpensiones, debe indicarse que, de acuerdo con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos y la historia laboral de Colpensiones obrante en el expediente administrativo, el actor estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto I.S.S., hoy Colpensiones, hasta el 30 de mayo de 1995. Por tal razón, le asiste legitimación en la causa por pasiva a esta entidad, al ser la entidad que asumió la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S. de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012, por el cual se suprimió y ordenó la liquidación del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S.

3. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala establecer si:

3.1. ¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la afiliación del demandante del RPM, administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., estando actualmente afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.?

Y, como problema jurídico asociado determinar si:

¿Es improcedente la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, al poner en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones?

3.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, deberá definirse si:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Protección S.A. que, además de las cotizaciones que se hallen en la cuenta de ahorro individual del accionante, también traslade a Colpensiones los gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, o tal devolución es improcedente?

3.3. En sede de consulta, se estudiará si la acción se encuentra prescrita.

4. Respuestas a los problemas jurídicos planteados

4.1. Respuesta al primer problema jurídico

Para la Sala fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, pues correspondía a la entidad demandada demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado de régimen pensional. Carga probatoria con la que no cumplió, por lo que la sentencia objeto de revisión será confirmada.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

4.1.1. De la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que trajo consigo la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que éste trajo consigo, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

4.1.2. Al respecto, 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 organismos o 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.

4.1.3. Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

4.1.4. En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y entre las más recientes están la SL19447 - 2017, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y SL1421-2019 de 10 de abril de 2019 - 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.

4.1.5. En este sentido, ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, 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 (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En esta dirección, en sentencia CSJ SL1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 1748 de 2014, sobre lo cual se concluyó que, este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Adicionalmente, se apuntó en ella que «el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente» y que 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».

Y sobre la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, respecto de, a quien le corresponde demostrar la existencia de consentimiento informado, precisó que, obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un

despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido, que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

4.2. Caso en concreto

4.2.1. Una vez aclaradas las anteriores situaciones de orden legal y jurisprudencial, se tiene, conforme a la historia laboral de Colpensiones, del resumen de la historia laboral del fondo de pensiones, y del reporte del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión, que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

4.2.1.1. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM - desde el 10 de marzo de 1988 hasta el 30 de mayo de 1995 (expdte. adtvo.).

4.2.1.2. Se trasladó al Régimen Individual con Solidaridad – RAIS el 30 de mayo de 1995, a través de formulario n.º 382722 de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A. Afiliación que se hizo efectiva el 1º de junio de 1995 y que perduró con dicha administradora hasta el 31 de marzo de 1999, en virtud del traslado que, entre administradoras del RAIS, efectuara a la AFP Protección S.A. el 05 de febrero de 1999, mediante formulario n.º 9984374, afiliación efectiva a

partir del **1º de mayo de 1999**. Habiendo realizado cotizaciones ininterrumpidas al RAIS desde el traslado hasta el mes de agosto de 2014, como se desprende del Resumen de la Historia Laboral Fondo de Pensiones (fols. 7 a 12 del cuadno. ppal.).

4.2.2. Para efectos del referido traslado, en la demanda¹ se argumenta que el acto de traslado del RPM al RAIS obedeció a un engaño en la información que los asesores del fondo privado le suministraron. Afirma que le indicaron que en el RAIS podría obtener una pensión con mayor valor y a menor edad. Y que omitieron brindar información sobre todos los detalles e implicaciones del traslado de régimen, que sólo conoció cuando la AFP Protección S.A., su actual administradora, efectuó la proyección de la pensión de vejez, que arrojó un monto equivalente a un (01) s.m.l.m.v., suma inferior a la que le corresponderían el Régimen de Prima Media.

4.2.3. Por su parte, la entidad accionada AFP Porvenir S.A. dio respuesta indicando que la accionante radicó solicitud de vinculación inicial al régimen pensional ante la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., que se materializó de manera libre, voluntaria y sin coacción alguna, con la firma del formulario de suscripción, luego de haber recibido una asesoría integral conforme a las normas vigentes para época, siendo informado sobre ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional. Que solo hasta la expedición de la circular 016 de 2016, surgió para las AFPS la obligación de guardar los soportes documentales, por lo que, antes de dicha fecha, las asesorías eran verbales, sin que pueda afirmarse que no fueran

¹ Obra a folios 29 a 40 del cuaderno principal.

completas, transparentes y oportunas, y que no puede exigírsele a la AFP que fuera de otro modo, pues era una forma ajustada a la ley vigente a la fecha de vinculación.

4.2.4. Para esta Sala, si bien el formulario de traslado aparece suscrito por la parte actora haciendo constar que la escogencia del RAIS fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones, el mencionado acto resulta ineficaz toda vez que la parte demandada no cumplió con su deber de demostrar que brindó información suficiente al accionante sobre las implicaciones de esa decisión, previo a la formalización de dicho acto.

4.2.5. Por lo que, el incumplimiento al deber de proporcionar a los interesados una información clara, cierta, comprensible y oportuna, debe conllevar sin lugar a dudas a la declaratoria de ineficacia de la afiliación o acto de traslado, pues, en efecto, la documental aportada solo da cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

4.2.6. Por lo tanto, dando aplicación al precedente judicial de la Sala de Casación Laboral, al no haberse demostrado la debida asesoría y el suministro de información tanto de los alcances positivos como negativos de su decisión, tales como, beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario pérdidas, o la pérdida del régimen de transición de ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

4.2.7. Finalmente, en respuesta al segundo argumento que trae Colpensiones en su recurso de apelación, la Sala advierte que la decisión que se controvierte no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones. Los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJSL, sentencia SL2877-2020).

En consecuencia, procede confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

4.3. Respuesta al segundo problema jurídico

La respuesta es positiva en cuanto a que Protección S.A, además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los gastos de administración. En cuanto a las sumas adicionales de la aseguradora, se responde negativamente al interrogante, lo que conlleva a modificar la orden de primera instancia.

El fundamento de la tesis es el siguiente:

4.3.1. Los gastos de administración son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Por tanto, resulta procedente que la entidad demandada reintegre su monto a Colpensiones. Debe tenerse en cuenta que, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará a financiar los gastos de

administración para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del CC, la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Sobre este tema, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852 indicó:

"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver 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 con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".

4.3.2. No obstante, se revocará la orden de hacer devolución de las "**sumas adicionales de la aseguradora**". Se trata de un rubro que sólo opera como obligación para las aseguradoras con las que se contrata el seguro colectivo y de participación para sufragar las pensiones de invalidez y sobrevivientes. Como en este caso no nos encontramos frente a ese evento, no resultaba procedente ordenar su traslado.

En efecto, los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 prevén que las pensiones de invalidez y sobrevivientes se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional, si a este hubiere lugar, y la *“suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión”*. Esta mesada adicional, que señalan de manera expresa, se encuentra a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes. Así las cosas, es claro que, el rubro denominado sumas adicionales, solo tiene vigencia y operatividad en el evento en que se cumplan los requisitos contemplados para la causación y disfrute de las pensiones de invalidez y/o sobrevivientes; y siempre que el capital y rendimientos, existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, no alcancen para sufragar este tipo de pensiones. Es ésta la contingencia que protege la AFP con una aseguradora, a través de los seguros colectivo y de participación (artículo 108). En este caso, no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, por lo que no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones las ***“sumas adicionales de la aseguradora”***.

4.4. Respuesta al tercer problema jurídico

4.4.1. La respuesta es **negativa**. La declaratoria de ineficacia y de inexistencia del traslado de Régimen Pensional tienen el mismo fundamento y efecto, pues la inexistencia hace parte de la ineficacia en sentido amplio. Luego entonces, si para la declaratoria de ineficacia no resulta aplicable la prescripción, tampoco lo es para la inexistencia.

4.4.2. En efecto, tratándose de la facultad para ejercer la acción de ineficacia de afiliación y/o traslado de régimen pensional, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, conformada entre otras por las sentencias CSJ AL 1663-2018, CSJ AL 3807-2018 y SL- 1421 -2019 (radicado 56174)², los términos de prescripción no resultan aplicables *dado su contenido eminentemente declarativo*.

4.4.3. Y es que, aunado a lo anterior, se trata además de un derecho estrechamente relacionado con el derecho a la pensión y por lo tanto comparte la calidad de imprescriptible.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso se condenará en costas a Colpensiones E.I.C.E., dada la no prosperidad del recurso de

² "(...) aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a la nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión principal, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar las posibilidades del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. MAR. 2013, RAD. 49741".

apelación. No hay lugar a condenar en costas de segunda instancia a Protección S.A., dado que la alzada prosperó en forma parcial.

IV. DECISIÓN

En razón y 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 PARCIALMENTE el ordinal **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y de consulta, en el entendido de que, la condena allí impuesta, no incluye valores por concepto de "**sumas adicionales de la aseguradora**". En lo demás, se confirma la sentencia por las razones expuestas anteriormente.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a favor del demandante. Sin costas a cargo de Protección S.A.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión por estados electrónicos conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con la inclusión de esta providencia.

Los Magistrados,

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca


CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA


LEONIDAS RODRIGUEZ CORTÉS