



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral**

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintisiete (27) de Abril de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-003- 2018-00263-01
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Ana Lucía Illera Ordoñez
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A. - U.G.P.P.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	032

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia emitida el 04 de septiembre de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y su reforma.

Procura la demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones y/o en su defecto a la U.G.P.P., todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos causados. Adicionalmente, que se condene a Porvenir S.A. a asumir, con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez. Finalmente, requiere el pago de costas y agencias en derecho (Fls. 74 a 84 y 340).

2. Contestaciones de la demanda y su reforma.

2.1. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a folios 213 a 226, se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, voluntaria y sin presiones, luego de recibir asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión. Formuló como excepciones de fondo las de: "*Prescripción*", "*Buena fe*", "*Genérica*", "*Inexistencia de la obligación*", "*PORVENIR*

no puede ser compelido al reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado”, “Compensación” y “Deber de evitar o mitigar el daño”.

2.2. Colpensiones

Dio contestación a la demanda y su reforma, mediante escritos visibles a folios 235 a 240 y 342. Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que no se evidencian vicios del consentimiento en el traslado del régimen pensional. Aclaró que la accionante, previo traslado al RAIS, estaba cotizando ante CAJANAL y no al ISS, por ende, la llamada a responder es la U.G.P.P.. Recalcó que la nulidad deprecada se encuentra prescrita. Propuso las excepciones de fondo de: *“INEXISTENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO QUE INDUJERA A ERROR DE LA AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE (sic) QUE TRAIGA COMO CONSECUENCIA LA ANULACIÓN O INVALIDEZ DE LA MISMA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” y “PRESCRIPCIÓN”.*

2.3. U.G.P.P.

Contestó el introductorio y su reforma mediante memoriales obrantes a folios 307 a 320 y 343. Se opone al *petitum* demandatorio. Puntualizó que esa entidad no participó en ninguno de los supuestos fácticos alegados, sin que le conste el procedimiento de traslado de régimen pensional. Por ende, carece de competencia y responsabilidad sobre los hechos objeto de la *litis*. Formuló como medios

exceptivos de mérito los de: "PRESCRIPCIÓN", "BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA" y la "INNOMINADA".

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 04 de septiembre de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a Porvenir S.A., suscrita el 13 de julio de 1995; **Segundo**, declarar que para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM; **Tercero**, condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, el total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la actora obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital, junto con los bonos pensionales que hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido; **Cuarto**, ordenó a Colpensiones recibir los valores trasladados por el fondo privado; **Quinto**, declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por Porvenir S.A. y Colpensiones; **Sexto**, declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la U.G.P.P.; y **Séptimo**, condenó en costas a Porvenir S.A. en favor de la accionante. Asimismo, condenó en costas a ésta última en favor de la U.G.P.P.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, en el expediente no fue posible verificar que Porvenir S.A. hubiere cumplido con el deber de suministrarle a la actora, de manera clara y precisa, los eventos favorables y

desfavorables de la decisión de traslado de régimen pensional. Al negar la demandante que dicha información no le fue suministrada, la carga de la prueba se invierte y correspondía al fondo privado demostrar que si cumplió con dicha obligación. En ese entendido, se generó la ineficacia del traslado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Para finalizar, señaló que la declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse todo término prescriptivo, como quiera que ese acto nunca produjo efectos.

3.3. Finalmente, recalcó que, en virtud a la declaratoria de ineficacia, la demandante retornaba al RPM administrado por Colpensiones, más no por la U.G.P.P. Lo anterior, de conformidad con el Decreto 2196 de 2009, que previó que, al haberse liquidado Cajanal, el traslado de sus afiliados se efectuaba al I.S.S.

4. Las apelaciones.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Porvenir S.A.

4.1.1. Arguye que la selección de cualquiera de los regímenes pensionales, es libre y voluntaria. En el *sub lite*, el traslado se realizó con la suscripción de la solicitud de afiliación a la AFP el 13 de julio de 1995. Lo anterior, en armonía con el artículo 13° de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 692 de 1994. Insistió que la

promotora de la acción **eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional** al que deseaba pertenecer. Para ello, suscribió el formulario de afiliación que contiene los requisitos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y la forma adaptada por la Superintendencia Financiera en Circulares 034 y 037 de 1994. En este contexto, resalta que no se encuentra una argumentación válida para considerar que no existe prueba verás y suficiente.

4.1.2. Frente a la **inversión de la carga de la prueba**, señala que el artículo 83 de la Carta Política presume un obrar de buena fe en las actuaciones de los particulares, situación que igualmente está reglada en el artículo 835 del Código de Comercio. Por tanto, era a la actora a quien correspondía acreditar que la actuación de esa AFP no estaba ajustada al parámetro legal. La jurisprudencia ha reiterado que la existencia de vicios en el consentimiento no se presume.

4.1.3. Agrega que en el fallo apelado se ordenó trasladar los **rendimientos financieros**. No obstante, la declaratoria de ineficacia conlleva a retrotraer las cosas a su estado anterior. En consecuencia, nunca existieron los rendimientos aludidos, siendo jurídicamente ineficaces. Dichos conceptos son propios del RAIS y no del RPM. Por ende, se debe ordenar que las cosas regresen al estado en que se encontraban antes del otorgamiento del acto o contrato nulo. Así las cosas, se debe regular oficiosamente las prestaciones mutuas de los contratantes, pues de lo

contrario, dicha sentencia infringirá la ley por la inaplicación del artículo 1746 del Código Civil.

4.1.4. Finalmente, manifestó su desacuerdo frente a la orden de traslado de los **bonos pensionales**. Mencionó que la accionante no es titular de ningún bono pensional puesto que no alcanza el requisito mínimo de las 150 semanas para constituir ese título valor que correspondería a los aportes para pensión. En consecuencia, requiere se revoque el fallo de primera instancia.

4.2. Apelación Colpensiones

4.2.1. Manifiesta que la facultad de migrar de un régimen pensional a otro surge por disposición del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Recalcó que las personas que reúnan las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 *ibidem* y que habiéndose trasladado al RAIS no se hayan regresado al RPM, puedan regresar en cualquier tiempo conforme a los términos señalados en la sentencia C – 789 del 2012. Arguye que, según el salvamento de voto formulado por el Magistrado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Dr. Jorge Luis Quiroz, en pronunciamiento 852, el acto de traslado no exonera al afiliado del deber de ilustración del régimen pensional del cual dependerán sus expectativas económicas, como tampoco lo sustraen de la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual como su incapacidad.

4.2.2. En cuanto a la **carga dinámica de la prueba**, señaló que no puede ser aplicada de manera genérica, sin ninguna ponderación. La mentada Corporación invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado, eximiendo a la parte actora de aportar medio probatorio alguno que demuestre la existencia de algún vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS. La carga probatoria exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y libertad procesal. La parte débil debe ser considerada como quien carece de capacidades para registrarse de la mejor manera.

4.2.3. La Corte Constitucional en sentencia T - 422 del 2011, indicó que, en materia de traslado y libertad de escoger el régimen pensional, debe verse menguado algún vicio de consentimiento y procede cuando los hechos de la controversia permitan dilucidar que la persona era una parte débil en su calidad y escasos conocimientos. En el *sub judice*, se trata de una profesional del derecho, letrada en todo lo relacionado a temas judiciales. Existe una indebida interpretación frente a dicha temática, por cuanto se atribuye una responsabilidad objetiva en cabeza de los fondos. Agrega que existe confesión de la demandante frente a la información suministrada por Porvenir S.A.

4.2.4. Describe que existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones. Alude que el silencio en el trascurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, la única manera de desvirtuar esta regla legal es demostrando la preexistencia de una fuerza

que hubiere viciado el consentimiento. Manifiesta que existen diferencias entre los afiliados al Sistema Pensional, por lo cual, no todos pueden ser considerados como inexpertos incapaces para tomar una decisión acertada. Recalca que la información suministrada por la AFP no puede analizarse desde la óptica de un buen o mal consejo, pues ello implicaría usurpar la voluntad del afiliado.

4.2.5. Por último, expresa que la ineficacia del traslado de régimen pensional, transgrede el principio de **sostenibilidad financiera** consagrado en el artículo 48 de la Carta Política y pone en peligro del derecho fundamental a la seguridad social. Las instituciones del Estado, deben propender la salvaguarda de los principios y valores constitucionales conforme a lo dispuesto en la Carta Política. Por tanto, requiere absolver a esa entidad de las pretensiones de la demanda.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Las apoderadas judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹, se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.1. Colpensiones:

¹ "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

Ratificó los argumentos expuestos desde la contestación de la demanda y el recurso de apelación. Resalta que para el momento del traslado de la actora no se exigía documentar las asesorías por fuera del formulario de afiliación, pues es una carga que la jurisprudencia impuso. Resalta que la tesis de la Corte Suprema de Justicia transgrede el principio constitucional de sostenibilidad financiera. Alude que al fondo privado le corresponde asumir patrimonialmente las consecuencias de su omisión, tal y como lo viene sosteniendo el Tribunal Superior de Pereira, que se ha apartado del precedente de la CSJ, señalando que la acción procedente en estos casos es la prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

En el evento que se confirme la decisión del *A quo*, requiere se modifique y/o adicione la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A., que además de trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y bonos pensionales, también se ordene el traslado de los gastos de administración indexados y las sumas adicionales de la aseguradora.

5.1.2. **Porvenir S.A.:**

Insistió en los argumentos del recurso de apelación. Aludió que el traslado de régimen pensional se realizó con la suscripción de la solicitud de afiliación a esa AFP. Tras citar los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994, coligió que la accionante eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que

deseaba pertenecer. Agregó que la inversión de la carga de la prueba no cuenta con respaldo legal y/o jurisprudencial.

Reiteró que, ante la declaratoria de ineficacia, los rendimientos financieros no deben ser trasladados por cuanto estos nunca existieron. Además, se deben oficiosamente regular las prestaciones mutuas. En consecuencia, requiere se revoque el fallo apelado.

5.1.3. **U.G.P.P.**

Describió que a dicha entidad no le corresponde administrar los aportes pensionales de la promotora de la acción y, por tanto, carece de competencia.

5.1.4. **Parte demandante:**

Tras invocar la jurisprudencia emitida frente a la ineficacia de traslado de régimen pensional, reclamó se mantenga incólume la sentencia reprochada por pasiva.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia.

El artículo 35 de la Ley 712 de 2001, por medio del cual se adicionó el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., regula el principio de consonancia. Este consiste en que la decisión que resuelva la apelación de autos y sentencias deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso de apelación. En

consecuencia, la decisión de segunda instancia no podrá tocar los puntos que las apelantes no impugnaron. No obstante, el grado jurisdiccional de consulta no tiene esas limitaciones, por lo que el control de legalidad recae sobre todos los aspectos que fueron desfavorables para la parte en virtud de la cual se surte.

2. Legitimación en la causa.

Le asiste a la demandante legitimación por activa, en tanto es la persona que se trasladó al Régimen de Ahorro individual cuya ineficacia se pretende. A Porvenir S.A., le asiste legitimación en la causa por pasiva, al ser la entidad administradora en la que actualmente se encuentra afiliada la actora.

Frente a Colpensiones debe indicarse que las documentales visibles a folios 26 a 27 y 324 a 339, dan cuenta que la promotora de la acción estuvo afiliada ante la extinta Cajanal a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, desde el 08 de marzo de 1994 al 30 de agosto de 1995. Siendo esto así, conviene colegir que, con el fin de regular la afiliación de las personas a uno de los dos regímenes pensionales, que, como la actora, vienen laborando desde antes de la vigencia de la Ley 100, se expidió el Decreto 692 de 1994, que reza:

*"Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, **y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja**, entidad de previsión o fondo del sector*

público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.

*Los servidores públicos que al 1° de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, **así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.***

Adicionalmente, el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009 - por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal-, consagró que dicha entidad debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la entidad en la que estaba afiliada la accionante al momento del traslado de régimen pensional, se encuentra liquidada, le asiste legitimación en la causa por pasiva a Colpensiones, por ser la administradora del Régimen de Prima Media que asumió las funciones del anterior ISS. Ello, en virtud a lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2013 de 2012.

3. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

3.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

3.2 De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

3.3. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración?

3.4. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

4. Respuesta al primer y segundo interrogante.

4.1. La respuesta al **primer** interrogante será **positiva** y al **segundo negativa**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Porvenir S.A. 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. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad

financiera del Sistema General de Pensiones.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

4.1.1. La selección de uno de los dos 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 de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, 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 empleador. Por su parte, el Decreto 1068 del 23 de junio de 1995 reguló la entrada en vigencia del S.G.P. de los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital. En su artículo 4º, prevé que ésta implica la aceptación de las condiciones propias de éste y, por ello, debe proceder de una decisión libre y voluntaria por parte del afiliado. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

4.1.2. 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 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 de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, 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. Igualmente se ha señalado 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).

4.1.6. En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se 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.

4.1.7. Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia 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”*.

4.1.8. Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del 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.

5. Caso en concreto.

5.1. Para este caso, del formulario de traslado de régimen pensional², del certificado de información laboral para bono pensional³, de la historia laboral de Porvenir S.A.⁴ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁵; se desprende que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

5.1.1. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, del 08 de marzo de 1994 al 30 de agosto de 1995 en la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal (Fls. 26 a 27 y 324 a 339).

5.1.2. Según el formulario de vinculación No. "00570632" (Fl. 30 y 119), la historia laboral de Porvenir S.A. (Fls. 37 a 69 y 124 a 189) y el Historial de Vinculaciones (Fl. 121), el 13 de julio de 1995, la accionante se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a

² Folio 30 y 119.

³ Fls. 26 a 27 y 324 a 339.

⁴ Fls. 37 a 69 y 124 a 189.

⁵ Fl. 121.

partir del mes de agosto de 1995, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones, tal como se desprende de la relación de aportes de esa AFP.

5.2. En la demanda⁶ se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, los asesores de Porvenir S.A. omitieron brindarle información relevante relacionada con la relatividad y variabilidad de las bondades del monto de la pensión. Es decir, omitieron explicarle que se trataba de unas condiciones posibles, más no definitivas, toda vez que el monto estaba sujeto a rendimientos del capital, beneficiarios y expectativa de vida de los mismos, como otros factores que podían disminuir el monto de la prestación. Tampoco se le informó que debía realizar aportes voluntarios para incrementar el capital destinado para su pensión. Asimismo, no se le brindó información sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales. Finalmente, señaló que, al tratar de constatar el posible monto de su derecho pensional en el RAIS, se determinó en una suma de \$953.400 para los 62 años y de \$1.085.500 para los 64 años, cuando lo cierto es que, dados sus salarios, de haber continuado en el Régimen de Prima Media, su mesada pensional sería mucho mayor.

5.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que la vinculación de la accionante a esa administradora es un acto válido en la medida que fue realizado en forma libre, espontánea y sin presiones, tras brindar una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión (Fls. 213 a 226).

⁶ Fls. 74 a 84.

5.4. No obstante, para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado, a la promotora de la acción, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la accionante, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones (Fl. 30 y 119), lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la demandante.

5.5. Nótese, además, que, en el interrogatorio de parte absuelto por activa, no se advierte manifestación que permita establecer que fue debidamente asesorada, y que, por ello, era conocedora de todas las implicaciones que, en el presente como a futuro, podía involucrar el acto de traslado. En su declaración, la señora Ana Lucía Illera Ordoñez puntualizó que no le explicaron cuál sería el monto de la pensión en el RAIS y únicamente se le indicó que Cajanal se iba a liquidar.

5.6. En consecuencia, la AFP Porvenir S.A. no demostró la debida asesoría y el suministro de información de los alcances positivos y negativos de su decisión. Esto es, los 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 la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020).

5.7. Lo anterior, conlleva a despachar de manera desfavorable los argumentos formulados en los recursos de apelación.

5.8. Luego, tampoco son de recibo los reproches del apoderado judicial de Colpensiones en su alzada, concernientes a que la afiliación de la accionante se mantuvo por varios años en el RAIS y, por ende, validó su afiliación. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles a Porvenir S.A.

5.9. En lo que atañe a la inversión carga de la prueba en estos asuntos, basta con recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado como en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, que:

*"Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustraran a la accionante al momento del traslado, **se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP**, al respecto en sentencia SL SL1688-2019, así: (...)*

*En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», **de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado***

conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional”.

5.10. Por otra parte, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento 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. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

5.11. Finalmente, se recuerda que, si bien las documentales aportadas al plenario dan cuenta de que la promotora de la acción estuvo afiliada ante Cajanal a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009 *-por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal-*, prevé que dicha autoridad debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social, motivo por el cual, resulta procedente que el promotor de la acción en virtud de la declaratoria de ineficacia retorne al RPM administrado en la actualidad por Colpensiones y no a la U.G.P.P.

5.12. En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Porvenir S.A. suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

6. Respuesta al tercer problema jurídico.

6.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros y bonos pensionales, si es del caso. De otro lado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, que opera en favor de Colpensiones, se adicionará el fallo de primer grado en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. trasladar el rubro denominado gastos de administración.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

6.1.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2º del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo

será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

Frente a la viabilidad de trasladar dichos conceptos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852, concluyó: "*...la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**...pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones*". Dicho criterio ha sido reiterado en fallos SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros.

6.1.2. Frente a la **devolución del bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que la demandante sea titular de tal concepto, se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario, se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento. Lo anterior, se acompasa con lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en las providencias antes citadas.

En consecuencia, no amerita introducir modificación alguna en la parte resolutive de la sentencia reprochada frente a dichos tópicos.

6.1.3. Finalmente, la Sala considera procedente abordar el concepto de **gastos de administración** en sede de consulta, al cumplirse los presupuestos jurídicos previstos en el artículo 69 del C.P. del T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. Ello, por cuanto: **i)** en la sentencia de primer grado, no se profirió la condena a la devolución de los gastos de administración; y **ii)** toda vez que con dicha omisión se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión de la actora, lo que genera un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

6.1.3.1. En efecto, dichos valores 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 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 virtud del artículo 1746 del C.C., 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. Ello, por cuanto los gastos de administración forman parte del capital que debe ser trasladado por el fondo privado demandado, con el cual se va a financiar la pensión de la actora.

Al respecto, la 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)".

6.1.3.2. Al examinar las órdenes emitidas en el fallo de primera instancia, se observa que el *A quo* no condenó a la devolución de gastos de administración por parte de Porvenir S.A. Por tanto, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones, se adicionará la parte resolutive de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. trasladar a dicha entidad, las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la demandante, por concepto de gastos de administración.

7. Respuesta al cuarto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras; sostiene que la **prescripción** no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Por ende, se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a ello.

8. Finalmente, no resulta procedente para el *Ad quem* ordenar el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Igual situación acontece con la indexación de los gastos de administración. Lo anterior, por cuanto dichos puntos no fueron objeto de apelación por Colpensiones y tampoco tienen sustento normativo y/o jurisprudencial.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

8.1.1. En el escrito de alegatos de conclusión, la apoderada judicial de Colpensiones requiere el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y a los gastos de administración debidamente indexados. No obstante, colige la Sala que, dada la naturaleza propia de dicha etapa procesal, resulta inadmisibles formular nuevos puntos de apelación. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL9518 del 22 de julio de 2015, radicación No. 40501, recalcó:

*"...la censura no puede pretender que los argumentos planteados en dichos alegatos subsanen de alguna manera cualquier posible deficiencia existente en el recurso de apelación, **pues el principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. limita el pronunciamiento de segundo grado a los temas planteados en la apelación, no aquellos contenidos en escritos anteriores o posteriores, tal como aduce el censor referentes a los alegatos presentados antes de emitirse sentencia de fondo**".*

8.1.2. En consecuencia, la Sala carece de competencia para pronunciarse frente a las nuevas solicitudes formuladas por la apoderada judicial de Colpensiones en su escrito de alegatos de conclusión. Ello, por cuanto desbordan las materias objeto del recurso de apelación. Dicha omisión tampoco se convalida con el grado jurisdiccional de consulta de que trata el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto dicho mecanismo opera frente a los aspectos que fueron desfavorables para la parte en virtud de la cual se surte.

9. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, en favor de la actora. 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 ordinal **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Porvenir S.A.**, trasladar a Colpensiones, además de los conceptos determinados por el *A quo*, todas las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la actora por concepto de "**gastos de administración**", por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a las apelantes Porvenir S.A. y Colpensiones, en favor de la demandante. En auto aparte se fijarán las agencias en derecho.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada válida para
procesos judiciales y administrativos

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado
Popayán-Cauca


CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA


LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS