



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso	Ordinario Laboral
Radicación	19-001-31-05-001- 2018-00320-01
Juzgado de primera instancia	Primero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Mary Yolanda Mera Yotimbo
Demandado:	Porvenir S.A. Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Confirma sentencia – adiciona ordinal primero
Sentencia escrita n.º	025

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 Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E. contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2020 por el Juzgado Primero 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 la citada 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 por vicio en el consentimiento de traslado o, en forma subsidiaria, por error de hecho, o por dolo. Que, en consecuencia, se ordene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. trasladar al Régimen de Prima Media todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante, con los rendimientos que se hubieren causado. Y se ordene el pago de una indemnización por resarcimiento del daño sufrido, restableciendo su historia laboral y los aportes a pensión en el Régimen de Prima Media. Así como, al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

2. Contestación de la demanda

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

2.1.1. 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 mediante el escrito, visible a folios 194 a 204 del cuaderno de primera instancia, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: prescripción; falta de causa para pedir; buena fe; inexistencia de la obligación; asesoría pensional de la administradora; la responsabilidad no puede ser fuente de enriquecimiento; y la genérica (fols. 194 a 204).

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

2.2.1. La demandada dio contestación a la demanda oponiéndose a todas las pretensiones. Señala que la pretensión de nulidad de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual no es procedente, dado que en dicho acto no se presentó ningún vicio del consentimiento. Así como que la acción para dichos efectos se encuentra prescrita, de conformidad con los artículos 488 del C.S.T., 151 del C.P.T.S.S. y/o 1750 del C.C., éste último en aplicación del artículo 145 del C.P.T.S.S.

Solicita que, en el evento de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional, para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación, se ordene a Porvenir S.A. trasladar al Régimen de Prima Media la totalidad de los aportes en los que se incluyan los recursos de la cuenta de ahorro individual, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, así como a asumir la merma en el capital destinado a la financiación de la prestación.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma; inexistencia de la obligación; y prescripción (fols. 223 a 228).

3. Decisión de primera instancia

3.1. El juez dictó sentencia en la que resolvió:

"1. DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante Mary Yolanda Mera Yotimbo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sucedido el 20 de octubre de 2000. En consecuencia, se ordena a la AFP Porvenir, trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración de la actora a Colpensiones.

2. ABSOLVER a los demandados por el pago de la indemnización solicitado por la demandante.

3. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito formuladas por Porvenir y Colpensiones.

4. COSTAS a cargo de Porvenir."

3.2. Para arribar a esta decisión, señaló que, con fundamento en la jurisprudencia laboral, asuntos como éste deben ser resueltos aplicando la teoría de la ineficacia y no de la nulidad. Por tal razón, no se debe verificar si existieron vicios en el consentimiento al momento de efectuarse el traslado, sino, si la información suministrada por el fondo al afiliado fue clara y completa para establecer la eficacia o ineficacia del acto. Pues es la ineficacia la sanción que por la falta de información contempla el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Teniendo como soporte lo expuesto por la SCL de la CSJ en sentencia SL 1688 de 2019, precisó que el deber de información a cargos de las AFP existe desde su creación con la Ley 100 de 1993,

que con el paso del tiempo se ha venido incrementando, siendo factible identificar tres etapas: la primera etapa denominada deber de información, consagrada en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993; una segunda etapa, deber de información, asesoría y buen consejo, prevista en el literal 15 del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y una tercera etapa, deber de información, buen consejo y doble asesoría, que nace con la Ley 1748 de 2014, el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016. Por lo que es posible ubicar el caso concreto en la primera etapa, como quiera que el acto de traslado al RAIS se verificó en el año 2000, en la que se exigía el suministro de información necesaria y transparente, es decir, conforme el dicho de la Corte, información sobre las características, condiciones, acceso y servicio de cada uno de los regímenes pensionales, que permitiera al interesado conocer a plenitud sobre las ventajas y desventajas de su decisión.

Aplicando lo dicho por la jurisprudencia especializada, precisó que el simple consentimiento vertido sobre el formulario de afiliación es insuficiente para dar por acreditado el cumplimiento de la obligación de suministrar la información debida. Y que, en asuntos como el presente, la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado cuando en la misma demanda se parte de afirmar que no se recibió la información debida al momento de la afiliación.

Al respecto, destaca que Porvenir S.A. no allegó ninguna prueba de que en el momento del traslado se diera información completa a la demandante. Solo aportó el formulario de afiliación, que contiene una casilla que indica que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad se efectúa de forma voluntaria y sin presiones; y que efectúa el traslado al fondo de pensiones y cesantías Horizonte S.A para que administre sus aportes

pensionales; y, los datos relacionados en esa solicitud. No se allegó ninguna otra prueba, que permitiera establecer qué tipo de información fue la que suministró a la accionante.

A partir de la prueba testimonial y el interrogatorio de parte, concluye que el consentimiento no fue debidamente informado, dado que el asesor del fondo no suministró información suficiente, transparente y necesaria a la actora. Por tal razón, encuentra procedente declarar la ineficacia de la afiliación y, en consecuencia, ordenar a Porvenir el traslado a Colpensiones de las cotizaciones, los rendimientos financieros y los gastos de administración.

En este punto indicó que, si bien el traslado se efectuó por Horizonte S.A., en virtud de la fusión que se dio en 2014 entre esta entidad y Porvenir S.A., la última asumió, no solo los derechos, sino sus obligaciones y las consecuencias de la omisión de información por parte de los asesores de Horizonte S.A.

En torno a la prescripción, señaló que dicha figura es inaplicable en temas relacionados con la ineficacia del acto de traslado.

Finalmente refiere que no es procedente acceder al pago de la indemnización reclamada en la demanda, puesto que no tienen fundamento fáctico, no fueron cuantificados, ni acreditados.

3.3. La anterior decisión fue objeto de los recursos de apelación formulados por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir 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

Fundamenta su recurso en los siguientes puntos:

4.1.1. Señala que la accionante eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer, procediendo al diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo. Afirma que el formulario tiene los requisitos mínimos contemplados en el art 11 del decreto 692 de 1994 y corresponden a la proforma adoptada por la Superintendencia Financiera a través de las Circulares 034 y 037 de 1994. Por tal razón, en su concepto, no puede considerarse que no existe prueba veraz y suficiente, por medio de la cual Horizonte, hoy Porvenir, acreditara haber informado a la afiliada sobre las consecuencias del traslado del régimen pensional, derivándole una ineficacia del acto del traslado. Señala que, con fundamento en el artículo 83 de la Constitución Política y el artículo 835 del Código de Comercio, correspondía a la demandante demostrar que la actuación de la administradora Horizonte no se ajustó a la buena fe que en ésta se presume. Máxime, cuando la jurisprudencia ha reiterado que la existencia de vicios en el consentimiento no se presume.

4.1.2. Advierte que los gastos de administración corresponden a las gestiones realizadas por Porvenir para la inversión de las sumas de dinero de la actora en el mercado de valores, que genera unos rendimientos financieros que, a su vez, fueron depositados en su cuenta de ahorro individual. Por tal razón, afirma que la declaratoria de ineficacia del acto de traslado que ordena su devolución, desconoce el trabajo que Porvenir remuneró de buena fe para la

gestión de los dineros de la cuenta pensional de la accionante, lo cual constituye una inequidad.

4.1.3. Destaca que, si el efecto jurídico de un fallo de ineficacia es retrotraer las cosas a su estado anterior, como si nunca hubiera existido el acto de afiliación en octubre del año 2000 de la demandante, existe una contradicción en la orden de devolución de los rendimientos financieros. Lo anterior, dado que es una figura propia del régimen de ahorro individual, y no del régimen de prima media, en el que irán a un fondo común para financiar otras pensiones.

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, dentro del proceso, no se demostró la indebida asesoría al momento del traslado de régimen de la accionante. Contrario a lo anterior, señala que, en su interrogatorio, aceptó que recibió asesoría, en la que se le indicó que obtendría una mejor pensión, en menor tiempo y obtendría rendimientos. Y, a partir del testimonio de su esposo, se pudo determinar que recibió extractos, a través de los cuales tuvo la posibilidad de conocer el monto de sus ahorros. Destaca que el hecho de no haber recibido una proyección futura de su pensión no es una circunstancia relevante, pues en el momento del traslado era imposible conocer los ingresos sobre los que iba a cotizar.

4.2.2. Manifiesta que, si bien es cierto que el deber de asesoría por parte de los fondos existe desde su creación con la Ley 100 de 1993, también es cierto que existen unos deberes legales mínimos,

contenidos en el Decreto 2142 de 2010, los cuales deben ser atendidos por todos los afiliados al sistema general de pensiones, especialmente cuando pretenden realizar el traslado de régimen pensional, que no fueron atendidos por la accionante, que traen consecuencias adversas para los afiliados, y que no fueron tenidos en cuenta en los fallos de la Corte Suprema de Justicia que sirvieron de fundamento a la decisión. Circunstancia que rompe la lógica probatoria a que hace referencia la sentencia 082 de 2016.

4.2.3. Advierte que la declaratoria de ineficacia pone en peligro el derecho fundamental de los demás afiliados, que, a diferencia de la demandante, sí cotizaron al sistema durante toda su vida laboral. Cita como fundamento la jurisprudencia constitucional vertida en las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2015, en las que se señala que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados a este esquema, dado que, el régimen solidario de prima media se descapitalizaría. Por tanto, la jurisprudencia actual, en materia de nulidad e inexistencia del traslado de régimen, desconoce este principio de rango constitucional que representa la garantía de los colombianos de llegar a la pensión de manera sostenida e indefinida. Aunado a que Colpensiones es un tercero de buena fe, que no participó en el traslado que en su momento efectuó la actora, obligación que surgió para esta administradora a partir la Ley 1748 de 2014 con la doble asesoría.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Mary Yolanda Mera Yotimbo

5.1.1. Indicó que Porvenir S.A. no desvirtuó que hubiera omitido brindar asesoría acerca de los regímenes de pensión, bono pensional

y la incidencia de trasladarse de un régimen a otro. Tampoco suministró información sobre los derechos y deberes legales frente al derecho de retracto y el término de permanencia. Ni aportó prueba de la proyección efectuada en el momento de traslado de la demandante, el 20 de octubre de 2000.

5.1.2. Adicionalmente, señala que las modificaciones efectuadas por Porvenir en la plataforma respecto a su fecha de vinculación, que no coincide con las registradas en la certificación expedida por la Desaj y en el certificado para bono pensional, la han perjudicado teniendo en cuenta que el bono pensional menguó su valor. Por ello, solicita que se le condene en tal aspecto.

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

5.2.1. Destacó que el juzgador de primer grado no tuvo en cuenta que, para la época en que se hizo efectivo el traslado, no le era exigible a los fondos privados documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación. Por tanto, aceptar lo contrario implicaría imponerles una carga no prevista en el ordenamiento jurídico. Por lo anterior, señala que debe considerarse que no se está ante un incumplimiento por parte del fondo privado, sino de un cambio normativo.

5.2.2. Adicionalmente, solicita que, en el evento de que el Tribunal confirme la decisión de primera instancia, se modifique y/o adicione el numeral primero de la parte resolutive de 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 gastos de administración de la actora a Colpensiones, también se le ordene trasladar las sumas adicionales

de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y a la indexación de los gastos de administración que, de conformidad con la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, hacen parte de los valores que la administradora debe devolver a la primera AFP como consecuencia de la ineficacia de la afiliación.

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

5.3.1. De acuerdo con el trámite surtido en segunda instancia y la constancia secretarial, el auto que corrió traslado para alegatos se notificó a las partes por estados electrónicos el día 23 de octubre de 2020. Por tanto, el término de cinco días para presentar alegatos de conclusión venció para la recurrente el día 30 de octubre de 2020. Por lo anterior, el escrito de alegatos presentado el 03 de noviembre de 2020 resulta extemporáneo.

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, 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, por ser la entidad administradora a la que actualmente se encuentra afiliada la demandante, en virtud de la fusión de esta entidad con Horizonte S.A. Entidad que efectuó la afiliación objeto de reproche.

En cuanto a Colpensiones, del oficio de Cajanal de data 11 de octubre de 2011; de la certificación de pagos por concepto de sueldos y primas, del formato n.º 1 de certificación de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones expedido por la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del Cauca; y del formulario de vinculación o traslado a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., se observa que la accionante estuvo afiliada a Cajanal (fols. 21 a 98). Entidad liquidada mediante Decreto 2196 del 12 de junio de 2009, que en su artículo 4º dispuso el traslado de sus afiliados cotizantes a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS, hoy Colpensiones, a más tardar dentro del mes siguiente a su entrada en vigencia, 12 de junio de 2009.

Conviene memorar que, con el fin de regular la afiliación de las personas a uno de los dos regímenes pensionales, para quienes venían laborando desde antes de la vigencia de la Ley 100, se expidió el Decreto 692 de 1994. En su artículo 4 se señaló:

"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.”

Así las cosas, y en consideración a que la entidad a la que estaba afiliada al momento del traslado de régimen se encuentra liquidada, le asiste legitimación en la causa por pasiva a Colpensiones, al ser la entidad del régimen de prima media que asumió las funciones del anterior ISS, considerándose vinculada a esta en los eventos en que se liquide la entidad de previsión a la que estaba afiliada, tal y como se señaló en la norma anteriormente indicada.

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.?

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 Porvenir S.A., que además de las cotizaciones que se hallen en la cuenta de ahorro individual de la accionante, también traslade a Colpensiones los rendimientos financieros y los gastos de administración, o tal devolución es improcedente?

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

3.4. Dentro de las condenas impuestas por el juzgador de primer grado ¿debió ordenarse a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el rubro denominado sumas adicionales de la aseguradora y la devolución indexada de los gastos de administración?

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:

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 que, conforme a la certificación de periodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones, el formulario de solicitud de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., la historia laboral consolidada y la certificación de Porvenir, y el reporte del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión, la demandante ha estado vinculada 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 agosto de 1979 hasta el 30 de noviembre de 2000 (fols. 97 a 98, 206 a 208 del cuadno. ppal.)

4.2.1.2. Se trasladó al Régimen Individual con Solidaridad – RAIS el 20 de octubre de 2000, a través de formulario n.º 2000-1105824 de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. Afiliación que se hizo efectiva el 1º de diciembre de 2000, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones ininterrumpidas hasta el mes de julio de 2019, como se desprende de la certificación de pagos expedida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del Cauca el 17 de julio de 2014 y la relación histórica de movimientos emitida por Porvenir S.A. el 20 de agosto de 2019 (fols. 25 a 96, 211 a 220 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 que nunca fue asesorada, ni informada sobre el cambio de régimen, ni de que sus aportes irían a una cuenta individual de la cual dependería su pensión. Refiere que la asesora de Horizonte le indicó que Cajanal se iba a acabar y que en el ISS la pensión sería muy baja. Señala que le creó falsas expectativas al afirmar que, en el fondo, sus aportes producirían altos intereses, y si los dejaba hasta que cumpliera 55 años tendría el capital suficiente para pensionarse joven y con una mesada alta o igual a lo que estuviera devengando en el momento en que decidiera retirarse.

4.2.3. Por su parte, la entidad accionada AFP Porvenir S.A. dio respuesta indicando que la vinculación de la accionante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Horizonte, hoy Porvenir S.A. es un acto válido en virtud del formulario de afiliación suscrito de manera libre, espontánea y sin presiones, contenido en un documento que no ha sido tachado por la demandante. Afirma que, por tratarse de una persona capaz,

¹ Obra a folios 1 a 15 del cuaderno principal.

contaba con la posibilidad de sopesar los argumentos sobre los beneficios del traslado de régimen que le brindó el asesor, a fin de determinar la conveniencia o no del mismo. Y, si consideraba que la asesoría ofrecida era deficiente e incompleta, estaba en la obligación de indagar sobre la información recibida. Pues, era su deber actuar de manera diligente y estudiar la conveniencia del traslado, dado que se trataba de su futuro pensional. Que no existió ninguna conducta maliciosa por parte del fondo. En todo caso, es a la demandante a quien corresponde demostrar la existencia de los vicios del consentimiento a los que presuntamente fue inducida por la asesoría del fondo al momento del traslado. Finalmente, destaca que, teniendo la posibilidad de retractarse no lo hizo y continuó afiliada.

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, previo a la formalización de dicho acto, brindó información suficiente a la accionante sobre las implicaciones de esa decisión.

4.2.5. Igualmente, a partir de las respuestas dadas por la demandante en su interrogatorio de parte y del testimonio de su esposo, quien afirmó haber estado presente en el momento en que se ofreció y materializó el traslado al fondo, puede concluirse que la información consistió en señalarle que el traslado era lo más conveniente ante el hecho de la liquidación de Cajanal, que en el fondo privado sus aportes generarían rendimientos y podría pensionarse con menos edad y un monto más alto. Mas no es dable advertir que se le haya informado sobre los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no

generaban rendimientos y por el contrario pérdidas, o si no hacía un ahorro más alto al que venía haciendo en el régimen de prima media, aspectos que debieron dejarse expuestos en el momento de la asesoría para poder tener como satisfecha la obligación de brindar una asesoría plena, completa e integral.

4.2.6. 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 afiliada la accionante, así como de la solicitud elevada para trasladarse nuevamente al RPM. (fols. 120 y 121).

4.2.7. 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.

4.2.8. 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 al planteamiento relacionado con la orden dada a Porvenir de que, además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los gastos de administración y los rendimientos que se hubieren generado, será afirmativa, por las siguientes razones:

4.3.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° 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 obvio que este sea 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.

4.3.2. 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)".

4.4. Respuesta al tercer problema jurídico

4.4.1. La respuesta a este cuestionamiento es **negativa**.

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.

4.5. Respuesta al cuarto problema jurídico

4.5.1. En cuanto a la solicitud elevada por Colpensiones en su escrito de alegatos, respecto a la devolución del rubro denominado **“sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y a la indexación de los gastos de administración”**, debe indicarse que, en principio, dado que se trata de aspectos que no fueron controvertidos por las AFP en los recursos de apelación, los cuales delimitan el tema de controversia ante este Tribunal, en

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”.

virtud del principio de consonancia, no serán objeto de estudio en segunda instancia. Si bien, los alegatos de conclusión son razonamientos vertidos por las partes en un juicio con la finalidad de persuadir al juzgador frente a la decisión que debe tomarse, los mismos no constituyen el momento procesal para adicionar los cuestionamientos dejados de hacer en el recurso de apelación contra la decisión cuestionada.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4397 del 15 de abril de 2015, radicación No. 42505, señaló:

*"Al respecto, vale la pena aclarar que las alegaciones, entendidas como las razones conclusivas que expone el apoderado judicial de cada parte, que sirven de fundamento al derecho de su cliente e impugnar las del adversario, realmente conforma un informe oral que presentan los litigantes en donde hacen un análisis de los hechos a la luz de las pruebas producidas, para defender su historia incluidas en la demanda, en la contestación, en la reconvención, en las excepciones, y en la sustentación de los recursos, en donde busca apoyar la veracidad de los hechos narrados concordándolos con los hechos probados, **de manera que en las mismas no se pueden proponer nuevas pretensiones, como tampoco incluir hechos nuevos ni desbordar las materias objeto de los recursos, y para el caso de las apelaciones, incluyen además el desarrollo de los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia**".*

4.5.2. Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, es procedente pronunciarse sobre estos aspectos, la respuesta sería igualmente **negativa**, por las siguientes razones:

4.5.2.1. En virtud de lo consagrado en el literal a) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, la cuantía de las pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes en el RAIS, así como las indemnizaciones previstas para el mismo, dependerá de los aportes de los afiliados, empleadores, sus rendimientos financieros y de los subsidios del Estado cuando a ello hubiere lugar.

4.5.2.2. Conforme al literal b) de la referida norma, una parte de los aportes se debe capitalizar en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado, mientras que la otra, se destina al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de la administración del régimen.

4.5.2.3. A su turno, los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, al tocar el tema de la financiación de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, prevén que éstas 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". Mesada adicional que se encuentra a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.

4.5.2.4. Así las cosas, a partir de los anteriores referentes normativos, 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 el capital y rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado no alcancen para sufragar este tipo de pensiones, pues es ésta la

contingencia que protege la AFP con una aseguradora, a través de los seguros colectivo y de participación (artículo 108).

4.5.2.5. Luego entonces, como en el presente caso no se analiza la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino únicamente los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, no es dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones lo correspondiente al rubro de “sumas adicionales de la aseguradora”, pues como ya se vio, no tendrían aplicación.

4.5.2.6. De otro lado, tampoco resulta procedente la devolución indexada de los gastos de administración, dada la forma en que opera el sistema tratándose del Régimen de Ahorro Individual. Lo primero que debe indicarse es que, de conformidad con el inciso tercero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el concepto de gastos de administración se integra al de la cotización. El precepto legal señala que el 10% del ingreso base de la cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

4.5.2.7. Ahora bien, conforme lo previsto en la ley, las AFP deben invertir los recursos existentes en las cuentas individuales del fondo o fondos de pensiones elegidos por los afiliados, a fin de que aquellos obtengan rendimientos. Incluso, a fin de prever que no sufran desmejoras, precisó que es una obligación de la administradora garantizar una rentabilidad mínima. De ahí que, si

la orden dada a raíz de la declaratoria de ineficacia es que las AFP trasladen a Colpensiones el valor recibido por concepto de cotizaciones más los rendimientos financieros, entiende la Sala que el sistema ya tiene prevista su propia dinámica económica para mejorar esos recursos y por eso no es viable reconocer sumas adicionales, ni siquiera por vía de indexación frente a las cotizaciones y los rendimientos financieros, pues, cuando estas retornan al RPM, por traslado efectuado desde el RAIS, ya los recursos de la cuenta individual del afiliado regresan incrementados. Así percibe esta instancia que lo considera la CSJ SL, pues si se revisan en su parte resolutive las providencias expedidas en materia de ineficacia de traslado en lo concerniente a las cotizaciones y los rendimientos, se tiene que solo hace referencia a lo que existe en las cuentas de ahorro individual, sin considerar aspectos como el de la indexación.

4.6. En virtud de lo anterior, se habrá de confirmar en todas sus partes la sentencia objeto de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de consulta. Sin embargo, dada la omisión del Juez de Instancia de ordenar a Colpensiones que reciba los aportes y demás bienes ordenados en la parte final del ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, con el fin de evitar a futuro alguna conducta renuente de parte de la demandada Colpensiones de recibir tales bienes, se estima necesario ejercer las facultades constitucionales y legales para garantizar a la actora su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones. En consecuencia, se ordenará adicionar el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, para que Colpensiones reciba todos los bienes ordenados en la parte final de ese ordinal.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a Porvenir S.A. y a Colpensiones E.I.C.E., dada la no prosperidad de los recursos de apelación.

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: ADICIONAR el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, para ordenar que Colpensiones reciba de Porvenir S.A. los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia.

TERCERO: COSTAS de segunda instancia a cargo de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a favor de la demandante.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta decisión por estados electrónicos conforme a los 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 RODRÍGUEZ CORTÉS