



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Tres (03) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

| | |
|--------------------------------------|---|
| Clase de proceso: | Ordinario Laboral |
| Radicación: | 19-001-31-05-003- 2019-00023-01 |
| Juzgado de primera instancia: | Tercero Laboral del Circuito de Popayán |
| Demandante: | Francisco Javier Polanco Flórez |
| Demandado: | Porvenir S.A. Colpensiones E.I.C.E. |
| Asunto: | Adiciona sentencia |
| Sentencia escrita n.º | 036 |

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 21 de septiembre de 2020 por el Juzgado Tercero 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. Que, en consecuencia, se ordene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con los rendimientos que se hubieran causado. 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 por los gastos de administración y a pagar las costas procesales.

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 oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación; la voluntad

de la hoy demandante denota el compromiso serio de pertenecer al RAIS, convalidando o saneando el presunto vicio alegado; falta de causa para pedir; buena fe; inexistencia de la obligación; asesoría pensional de la administradora; Porvenir no puede ser compelido al reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado; y la genérica (fols. 131 a 141).

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, en el presente caso, no es procedente la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual, dado que en dicho acto no se presentó ningún vicio del consentimiento. Asimismo, afirma que la acción para dichos efectos se encuentra prescrita, de conformidad con lo previsto en los artículos 488 del C.S.T., 151 del C.P.T.S.S. y/o 1750 del Código - Civil, éste último en aplicación del artículo 145 del C.P.T.S.S.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma; inexistencia de la obligación; y prescripción (fols. 79 a 82).

3. Decisión de primera instancia

3.1. El juez dictó sentencia en la que resolvió:

"Primero: DECLARAR la ineficacia de la afiliación en pensiones del demandante FRANCISCO JAVIER POLANCO FLÓREZ, identificado con c.c. 10.536.037 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS

DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., suscrita el 20 de mayo de 1997, por las razones expuestas.

Segundo: *Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR que, para todos los efectos legales, el afiliado demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

Tercero: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a efectuar el pago o traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante FRANCISCO JAVIER POLANCO FLOREZ obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a la administradora COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido.

Cuarto: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES recibir los valores trasladados por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y correspondientes al demandante FRANCISCO JAVIER POLANCO FLOREZ.

Quinto: DECLARAR como no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES...”

3.2. Para arribar a esta decisión, señaló que, para la fecha en que el demandante suscribió el formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual, la administradora Porvenir S.A. estaba obligada a entregarle, previamente, una información clara y precisa de los

aspectos favorables o desfavorables del traslado, para que pudiera predicarse que la decisión de trasladarse fue libre y voluntaria, como lo ordena el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Aclara que, al negar el promotor del proceso que la misma le fue suministrada, la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole al fondo demandado demostrar el cumplimiento de la referida obligación. Carga que no cumplió, dado que la firma del formulario por parte del demandante, única prueba que aporta en tal sentido, no es idónea para acreditar el cumplimiento de su deber de información.

Advierte que, por tal razón, el acto de afiliación del demandante a la AFP Porvenir S.A., suscrito el 20 de mayo de 1997, queda sin efecto, pues esta es la consecuencia jurídica prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Que, en consecuencia, Porvenir S.A. debe efectuar el pago a la administradora de régimen de prima media con prestación definida - Colpensiones, del total del capital y los rendimientos financieros obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega del mismo, y los bonos pensionales que se hubieren expedido en favor del demandante; dineros que Colpensiones debe recibir.

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 Porvenir S.A.

Fundamenta su reparo frente a la decisión en los siguientes puntos:

4.1.1. Señala que la accionante eligió de manera libre y voluntaria la administradora de régimen pensional al que deseaba pertenecer, procediendo a suscribir el formulario de afiliación correspondiente en aquella época. Documento que contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y además fue adoptado por la Superintendencia Financiera, a través de las Circulares 034 y 037 de 1994. Que, por tal razón, no encuentra fundamentación válida para considerar que no existe prueba veraz y suficiente a través de la cual Porvenir acreditara haber informado a la afiliada sobre las consecuencias del traslado del régimen pensional, derivando en una ineficacia del acto del traslado.

Sostiene que la inversión de la carga de la prueba, a la que hace mención la decisión de primera instancia, carece de respaldo legal y/o jurisprudencial. Y que, contrario a ello, era a la demandante a quien le correspondía acreditar que la actuación de la administradora no se ajustó a los parámetros de la buena fe, pues, de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política y el artículo 835 del Código de Comercio, ésta se presume, no así la existencia de vicios en el consentimiento.

4.1.2. Precisa que, si la declaratoria de ineficacia conlleva a retrotraer las cosas a su estado anterior, como si la vinculación al RAIS de la accionante nunca hubiera existido, los rendimientos no deben ser trasladados, pues son propios del régimen de ahorro individual, y no del régimen de prima media. Que, además, no van

a tener incidencia en el monto o cuantía de su mesada pensional porque van a engrosar un fondo común.

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

Sustenta su inconformidad frente al fallo de la siguiente manera:

4.2.1. Indica que, para la época en que el demandante realizó el traslado, el ordenamiento jurídico no exigía a los fondos documentar la asesoría a los afiliados por fuera del formulario de afiliación. Que se trata de una carga impuesta por la jurisprudencia, por lo que, la información suministrada y el alcance de la asesoría que debió brindar la AFP al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del formulario de afiliación. Destaca que, para la época del traslado del demandante existía un mero deber de información, pues, el deber de la doble asesoría surgió con la Ley 1748 de 2014, y solo a partir de esta norma es exigible para los fondos realizar el parangón al que se refiere la Corte Suprema de Justicia en los recientes fallos sobre ineficacia de traslado. Que, por lo anterior, los fondos no constituyeron documentos diferentes al formulario, y es por ello que ninguno de estos procesos cuenta con otras pruebas.

Afirma que la inversión de la carga, establecida por la Corte Suprema de Justicia y acogida en este proceso, hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos sea objetiva, quebrando la lógica de las cargas probatorias, que no puede ser aplicada en estos asuntos. Lo anterior, dado que los afiliados al sistema general de pensiones también tienen deberes, y sus omisiones, especialmente cuando se trata del traslado de régimen o administradora, tienen consecuencias jurídicas, como lo refiere el Decreto 2241 de 2019,

que establece el régimen de protección al consumidor financiero y determina sus obligaciones. Resalta que, de conformidad con el numeral 5º del artículo 4º *ibídem*, exigible para todos los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones sin distinción del momento de su afiliación o vinculación, el silencio en el transcurso del tiempo se equipara a una decisión consciente de los aspectos legales de pertenecer a determinado régimen pensional.

4.2.2. De otro lado, aduce que, dentro de los conceptos que Porvenir S.A. debe trasladar a Colpensiones, deben incluirse las sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo expone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado. Asimismo, precisa que la ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia, para el fondo, la devolución, con cargo a sus propios recursos, de los gastos de administración debidamente indexados.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Francisco Javier Polanco Flórez

5.1.1. El término de traslado para formular alegatos de conclusión venció sin que la parte demandante se pronunciara al respecto.

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

5.2.1. Insiste en los argumentos esbozados en el recurso de apelación.

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

5.3.1. Reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

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 que efectuó la afiliación que es objeto de reproche.

Frente a Colpensiones, debe indicarse que, de conformidad con la historia laboral del 25 de enero de 2019, consta que el accionante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, efectuando cotizaciones al extinto I.S.S. hasta el periodo mayo de

1997. Por tal razón, le asiste legitimación en la causa por pasiva, 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.?

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, las sumas adicionales de la aseguradora y los gastos de administración indexados?

3.3. ¿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 al formulario de solicitud de vinculación a Porvenir S.A., a la historia laboral consolidada de Porvenir S.A., a la historia laboral de Colpensiones, y al reporte del

Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión, que 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 hasta el 30 de junio de 1997 (fol. 95).

4.2.1.2. Se trasladó al Régimen Individual con Solidaridad – RAIS el 20 de mayo de 1997, a través de la suscripción de la solicitud de vinculación a Porvenir S.A. Afiliación que se hizo efectiva el 1º de julio de 1997, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones ininterrumpidas hasta el periodo marzo de 2019, como se desprende de la Relación Histórica de Movimientos emitida por Porvenir S.A. el 11 de julio de 2019 (fols. 100 a 112 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. Señala que no le brindaron información adecuada suficiente y cierta para tomar una decisión libre y espontánea sobre el traslado. Afirma que le ofrecieron condiciones pensionales presuntamente más favorables que las que le brindaba el I.S.S. y omitieron informarle que el monto de la prestación tenía un carácter relativo no definitivo, dado que se encontraba sujeto a los rendimientos de capital, a la existencia de beneficiarios y su expectativa de vida, y a otros factores que podían disminuirlo. Señaló que en la proyección realizada en 2018 en el RAIS se determinó que tendría derecho a una mesada pensional de \$1.424.800, bajo la modalidad de retiro programado.

¹ Obra a folios 28 a 63 del cuaderno principal.

4.2.3. Por su parte, la entidad accionada AFP Porvenir S.A. dio respuesta indicando que la accionante radicó solicitud de vinculación al régimen pensional ante la AFP Porvenir S.A., que se materializó de manera libre, espontánea y sin presiones, con la firma del formulario de suscripción, luego de haber recibido asesoría integral y completa por parte del fondo. Afirma que la información suministrada al accionante se encuentra acorde con las disposiciones legales. Que la misma versó sobre la posibilidad de obtener una pensión más alta que la que obtendría en el RPM, a la edad que escoja. Situación que es posible, dada la esencia de dicho sistema, y que constituye una de sus mayores ventajas, aunado a que es una opción con la que no cuentan los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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. Lo anterior, en tanto que la parte demandada no cumplió con su deber de demostrar que brindó información suficiente a la accionante sobre las implicaciones de esa decisión, previo a la formalización de dicho acto.

4.2.5. En efecto, el interrogatorio de parte del demandante se indicó que la información consistió en señalarle que el traslado era lo más conveniente, dado que, en el fondo privado, podría tener una pensión con un monto más alto que en el I.S.S. De sus manifestaciones no se puede inferir que, a su paso, 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. Por su parte, la documental aportada solo da cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

4.2.6. Ahora, en cuanto al incumplimiento o inobservancia de los deberes del actor, conforme lo dispuesto en el Decreto 2241 de 2010, a través del cual se reglamentó el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones, al que también alude la apoderada de Colpensiones en su apelación, es importante precisar varios aspectos. El primero, que la expedición del decreto (23 de junio de 2010) y su vigencia (1° de julio de 2010), son muy posteriores a la fecha en la que el accionante suscribió el formulario de afiliación, que data del mes de mayo de 1997. El segundo, que el Decreto 2241 de 2010, que entró en vigencia el 1° de julio de 2010, por disposición del artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, cuya vigencia data del 15 julio del mismo año, quedó expresamente derogado. El tercero, que, si en gracia de discusión no existiera ningún inconveniente con la vigencia del Decreto 2241 de 2010, no debe olvidarse que el objeto de su expedición fue establecer los principios, reglas, derechos y deberes para la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades administradoras de los regímenes del Sistema General de Pensiones. Partiendo de la necesidad de garantizar que los usuarios recibieran información y el buen consejo que les permitiera adoptar decisiones informadas, especialmente, en lo relativo a la selección de fondos de pensiones. De ahí que, las estipulaciones allí contempladas, solo podían ser aplicadas teniendo en cuenta tal parámetro, pues, de lo contrario, el estatuto no sería de protección del consumidor del sistema pensional, sino de las administradoras, lo que sería un contrasentido.

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.

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

4.3. Respuesta al segundo problema jurídico

4.3.1. La respuesta al planteamiento es parcialmente afirmativa. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos que se hubieren generado. Asimismo, es necesario adicionar la providencia para incluir dentro de los valores a trasladar a Colpensiones, el valor correspondiente a los gastos de administración, como quiera que es un rubro que también debió ser objeto de restitución. Lo anterior, dado que las comisiones descontadas por este concepto hacen parte de la cotización obligatoria que debe ser reintegrada al RPM, a fin de preservar el equilibrio financiero del sistema. Sin embargo, no es procedente ordenar su indexación, toda vez que, dada la dinámica económica propia del RAIS para mejorar sus recursos, los valores de la cuenta individual del afiliado (entre los que se encuentran las cotizaciones – de las que hacen parte los gastos de administración) que retornan al RPM por traslado efectuado desde el RAIS, regresan incrementados. Como tampoco resulta procedente la devolución de

las sumas adicionales de la aseguradora, dado que, en este caso, no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes.

El fundamento de la tesis es el siguiente:

4.3.1.1. 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. A su turno, los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones que contempla el RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores y de los **rendimientos financieros**; aportes de los cuales, una parte se **capitalizará** en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado.

4.3.1.2. La razón para que se estime que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado se encuentra conformada por el capital ahorrado y sus rendimientos, es porque los fondos privados de pensiones son los únicos que están autorizados a usar el dinero de los aportes para hacer inversiones en diferente activos y títulos valores. Luego entonces, es claro que, al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, sea éste el beneficiario de los mismos y, por eso, cuando se ordena la devolución de lo existente en la cuenta se entiendan incluidos los rendimientos. Se itera que el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio, pues, en caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado. Máxime, cuando tratándose de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstos hacen se remunera no sólo con el pago de una suma por concepto de administración, sino también con el reconocimiento de una parte de los rendimientos.

4.3.1.3. En consecuencia, cuando se declara la ineficacia del acto de traslado o vinculación al RAIS, no queda duda que, junto con las cotizaciones del afiliado, es también deber de la respectiva administradora devolver los rendimientos del capital abonado en la cuenta individual. Independientemente de su mala o buena fe, se trata de un emolumento que le pertenece al titular de la cuenta, que no es otro que el afiliado.

4.3.1.4. De otro lado, 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)”.

4.3.1.5. Sin embargo, no resulta procedente la devolución indexada de los gastos de administración dada la forma en que opera el sistema tratándose del Régimen de Ahorro Individual. Debe indicarse 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.

4.3.1.6. Ahora bien, conforme lo previsto en la ley, las AFP deben invertir los recursos existentes en las cuentas individuales, en el fondo o fondos de pensiones elegidos por los afiliados, a fin de que aquellos obtengan rendimientos, respecto de los cuales, 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 - de las que hacen parte los gastos de administración -

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.

4.3.1.7. De otro lado, 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.

4.3.1.8. 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.

4.3.1.9. 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, de manera expresa, se encuentra a cargo de la

aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.

4.3.1.10. 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 que 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).

4.3.1.11. Luego entonces, como en el presente caso no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, sino únicamente de determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, es claro que 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.

4.4. 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. En virtud de lo anterior, se habrá de adicionar el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia objeto de revisión, ordenando a la AFP Porvenir S.A. que, además de trasladar a Colpensiones el capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante, también traslade los valores que por concepto de gastos de administración descontó de las cotizaciones recibidas con ocasión de la afiliación del accionante. En lo demás, se confirma la sentencia apelada y revisada en el grado jurisdiccional de consulta.

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".

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. dada la no prosperidad del recurso de apelación. No hay lugar a condenar en costas de segunda instancia a Colpensiones E.I.C.E., 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: ADICIONAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la de la sentencia apelada, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones, además del capital y los rendimientos financieros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, los dineros que por concepto de gastos de administración descontó de cada una de las cotizaciones que por dicha afiliación ha venido recibiendo. En lo demás, se confirma la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a cargo de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a favor del demandante. Sin costas a cargo de Colpensiones E.I.C.E.

TERCERO: 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