



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Angel Alfaro

Agosto cuatro (4) de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-001- 2019-00268-01
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Francia Elena Vidal Serna
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Ineficacia de traslado de régimen pensional. Se revoca parcialmente el ordinal primero de la sentencia apelada.
Sentencia escrita No.	058

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia emitida el 28 de enero de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán en el proceso ordinario laboral promovido por Francia Elena Vidal Serna. 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. La demanda

La demandante llamó a juicio a Porvenir S.A. y a COLPENSIONES E.I.C.E., con el propósito que se declare: *i)* La ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual; *ii)* Que Porvenir S.A. debe asumir de su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de su pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; *iii)* Que Porvenir debe trasladar al Régimen de Prima Media, los valores de su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados. En consecuencia que se condene a Porvenir a cumplir todo lo anterior y a pagar las costas procesales.

2. Contestaciones de la demanda

2.1. Colpensiones

2.1.1. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que en nada se encuentran relacionadas con las actuaciones administrativas emitidas por la entidad, la cual en estos asuntos es tercero de buena fe, dado que no participó en el acto jurídico de traslado que en su momento efectuó la demandante. Afirma que la pretendida nulidad de traslado no es procedente, por no haberse

acreditado dentro del expediente que la demandante no haya recibido la asesoría idónea para el efecto; también, porque la actora nació el 27 de abril de 1965 cuenta actualmente con 54 años, y de conformidad con lo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez para las mujeres es de 57 años, lo que significa que se encuentra a menos de tres (3) años de causar su derecho prestacional, en consecuencia la aplicación de la disposición antes transcrita no es posible para Colpensiones acceder a la solicitud de traslado.; además, porque la acción correspondiente se encuentra prescrita de conformidad con lo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

2.1.2.Precisa que, no obstante lo anterior, en el evento en que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional solicitado, en la Sentencia correspondiente se ordene a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES la totalidad de los aportes al RPM para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación en los que se incluyan los recursos cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, así como asumir la merma en el capital destinado a la financiación de la prestación, todo debidamente indexado.

2.1.3.Propuso las excepciones de fondo de: *"INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO QUE INDUJERA A ERROR DE LA AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE QUE TRAIGA COMO CONSECUENCIA LA ANULACIÓN O INVALIDEZ DE LA MISMA"*, *"CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA NO PUEDE SER APLICADA EN FORMA GENÉRICA"*, *"ERRONEA E INDEBIDA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1604 DEL*

C.C.", "RETORNO EN CUALQUIER TIEMPO AL RPM, FALTANDO MENOS DE 10 AÑOS PARA LA EDAD DE PENSIÓN DEBE RELIZARSE ATENDIENDO: LAS EXPECTATIVAS PENSIONALES DEL AFILIADO Y LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA", "INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE TRASLADO DE RÉGIMENES PENSIONALES – VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA", "INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE", "INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN", "COBRO DE LO NO DEBIDO" y "PRESCRIPCIÓN".

2.2. Porvenir S.A.

2.2.1. En ejercicio de su derecho de defensa, se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó –*en síntesis*– que no concurren fundamentos fácticos para que se declare la nulidad de la afiliación de la demandante, ni prueba que soporte esta pretensión; que no existe vicio en el consentimiento ya que su decisión estuvo precedida de una asesoría integral frente al mismo y sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen RPM y RAIS, después de la cual efectuó el traslado de régimen el 1º de mayo de 2000. Aduce que, no puede utilizarse el desconocimiento de la ley para aducir engaño, dado que la posibilidad de pensionarse a una edad anticipada, con una mesada previamente calculada es una de las posibilidades del RAIS, por lo que no se puede endilgar responsabilidad a Porvenir, máxime cuando tuvo más de 15 años desde su vinculación para leer, preguntar y retornar al RPM. Agrega que no puede ordenarse que de su propio patrimonio asuma las mermas sufridas en el capital destinado para financiación por los gastos

de administración, por estar frente a dos regímenes excluyentes y no se la puede obligar a operar como el RPM.

Formuló como excepciones de fondo las de: "PRESCRIPCIÓN", "FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIONES DEMANDADAS", "BUENA FE", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA OBLIGACIÓN", "PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO", "INNOMINADA O GENÉRICA", "INEXISTENCIA DE ALGÚN VICIO DEL CONSENTIMIENTO AL HABER TRAMITADO EL DEMANDANTE FORMULARIO DE VINCULACIÓN AL FONDO DE PENSIONES", y "DEBIDA ASESORÍA DEL FONDO".

3. Decisión de primera instancia

3.1. El A *quo* dictó sentencia en audiencia del 28 de enero de 2021 en la que resolvió:

"1. DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante FRANCIA ELENA VIDAL SERNA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sucedido el 01 de mayo de 2000. En consecuencia, se ordena a la AFP PORVENIR, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales(en caso de contar con ellos), sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como los dispone el artículo 1746 del C.C, esto es con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de

administración dela demandante. Estos últimos, debidamente indexados. 2. ORDENAR a PORVENIR a normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalles de aportes de la demandante a COLPENSIONES. 3. ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar la afiliación de la demandante y recibir todos los valores trasladados por PORVENIR. 4. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR y COLPENSIONES. 5. COSTAS a cargo de PORVENIR.”

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo su acogimiento a la sentencia S.L. 1688 2019 de la Corte Suprema de Justicia, de la cual destacó lo relacionado con el deber de información y asesoría completa a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones y que se encuentra establecido en en el artículo 13 literal B artículo 271 y 272 todo de la ley 100 del 93 y el artículo 97 numeral primero el decreto 663 del 93; que la expresión libre y voluntaria contenida en el literal B artículo 13 de la ley 100 de 1993 presupone conocimiento, el cual solo es posible alcanzar cuando se sabe a plenitud ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes así como de las consecuencias jurídicas del traslado, que en el evento que la información no se haya brindado de una manera suficiente acarrea en la ineficacia de la afiliación.

3.3. Bajo esta premisa sostiene que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello correspondió a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, por lo que correspondía a su contraparte demostrar que si la brindó dado que es quien está en posición de hacerlo. Dicho esto, concluyó que

la AFP no demostró haber suministrado información veraz y suficiente a la demandante pese a que debía hacerlo, por lo que incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato.

4. Las apelaciones

Contra la decisión acabada de reseñar, las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones formularon recurso de apelación.

4.1. Apelación Porvenir S.A.

4.1.1. Exhorta por la revocatoria de la orden de trasladar los **gastos de administración y sumas adicionales**. Con tal propósito resalto que el RAIS y el RPM coexisten pero que son excluyentes entre sí, puesto que los requisitos de pensión son diferentes, así como la distribución del porcentaje de cotización, ya que conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 en el RAIS el 3% del ingreso base de cotización de los afiliados se debe destinar para cubrir los gastos de administración. De otro lado, sostiene que para pagar los seguros de invalidez y muertes que las AFP deben contratar con las aseguradoras de su preferencia a fin de contar con el valor de la suma adicional necesaria para financiar una pensión de invalidez o de sobrevivencia si hay lugar a ello, previo cumplimiento de los requisitos de ley.

4.1.2. Aduce que ordenar a la AFP que asuma con su patrimonio dichos recursos que se destinaron sólo en virtud de la aplicación artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que regula el funcionamiento del régimen de ahorro individual, le estaría causando un empobrecimiento y un

enriquecimiento sin causa para la demandante quien se ha visto beneficiada por las gestiones de administración efectuadas, por lo que sus dineros depositados en la cuenta de ahorro individual han tenido rendimientos e incrementos.

4.1.3. Refiere que cuando la señora Francia Helena Vidal, firmó el formulario de vinculación ante porvenir S.A. formulario que surgió en la aplicación de literal B del artículo 13 de la ley 100 de 1993 es decir por una manifestación libre y voluntaria de la demandante se creó el sistema general de pensiones un contrato válido y por ello se crearon obligaciones recíprocas para las partes para la parte demandada como se manifestó se crea la obligación de efectuar las cotizaciones de ley y para la parte demandante como es el caso de porvenir S.A. se crean obligación de administrar dichos recursos

4.2. Apelación Colpensiones

4.2.1. Discrepa de la decisión de primer grado, arguyendo que el deber de asesoría surgió con el literal B del artículo 11 de la ley 1328 del 2009 la cual no se encontraba vigente al momento de efectuarse el traslado de la demandante, el cual se efectuó en el año 2000, por lo que es claro que que las obligaciones generales previstas en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 a cargo de las AFP y relacionadas con el deber de información se suplen con el formulario de afiliación, el que la demandante en el interrogatorio de parte aceptó haber suscrito en el año 2000, época para la cual los fondos pensionales no tenían obligación de documentar las asesorías en otros documentos por fuera de dicho formulario de afiliación, que por esto, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las aseguradoras obligaciones y

soportes de información que no están previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Precisa que conforme con la normatividad vigente para la época de traslado lo que existía era un mero deber de información ya que fue en el año 2014 que surgió el deber de la doble asesoría con la Ley 1748 de 2014; además que si la ley no les exigía otros documentos como soportes de asesorías, mal podría exigirse a estas alturas cuando en ese caso ya han transcurrido más de 23 años desde el momento del traslado.

4.2.2. Sostiene que en el interrogatorio de parte de la señora Francia Helena, sostuvo que no recibió ningún tipo de asesoría al trasladarse de régimen; que sin embargo, ninguna de esas afirmaciones aparecen probadas en la demanda, como tampoco se acredita la presión y el acoso del que dijo haber sido objeto por parte de los asesores del fondo, por lo que no es acertado afirmar que no recibió la debida asesoría. Afirmar que con la declaración de parte se desvirtuó que haya sido constreñida coaccionada por los fondos y precisa que el traslado fue el resultado de la manifestación libre y voluntaria de una persona plenamente capaz.

4.2.3. Indica que, frente a la carga de la prueba considera que es desproporcionada y que no puede aplicarse en este tipo de procesos, toda vez que la inversión de la carga que establece la Corte Suprema de Justicia, hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierte en objetiva, lo cual ciertamente quiebra la lógica de las cargas probatorias en estos procesos.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Surtido el traslado de rigor para que los apoderados judiciales de las parte formulen los alegatos de conclusión, de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹, solamente hizo uso de este derecho el apoderado Colpensiones, los demás sujetos procesales guardaron silencio.

5.1.1. Alegatos de Colpensiones:

5.1.1.1. Inicia sus alegaciones manifestando que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, por cuanto el fundamento de la sentencia de primera instancia es que la AFP no brindó la debida asesoría a la demandante, sin tener en cuenta que para el momento del traslado de la actora NO les era exigibles a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, pues esta es una carga que la jurisprudencia impuso, lo contrario, implica imponer cargas a los fondos no previstos por el ordenamiento jurídico. Que por lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en los términos en que fue modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en este asunto no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento efectuó el actor, pues el actor no hace parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo..

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".

5.1.1.2. Aduce que en el evento en que el Tribunal confirme la decisión del A quo, se reconsidere el criterio respecto de las sumas adicionales y ordenar el traslado de las mismas al RPM, a efectos de que Colpensiones no sea quien asuma las consecuencias patrimoniales de la conducta omisiva por parte del fondo al momento del traslado, y con ello se garantice la devolución plena de todos los valores generados en el RAIS y se garantice el traslado íntegro de los aportes sobre lo que cotizó la demandante, sin descuento alguno por concepto de estas sumas. Adicionalmente, invocando lo señalado por la CSJ en providencia SL 2877 de 2020, solicitó se incluya dentro de los valores a trasladar, los aportes destinados a financiar la garantía de pensión mínima; aspecto que si bien no fue objeto del recurso de apelación, solicita sea revisado por el Tribunal en virtud del grado jurisdiccional de consulta, en aras de evitar la descapitalización del RPM, defender los bienes públicos y evitar el detrimento del patrimonio público de la administradora, máxime, cuando es el Estado el garante de las pensiones en el citado régimen.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de los recursos y la consulta para Colpensiones en lo pertinente.

2. Legitimación en la causa

Frente a este tópico debe señalarse que le asiste a la señora Francia Elena Vidal Serna, 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 expedida por Colpensiones el 11 de marzo de 2020 (Ver en el Exp. Adtivo HL 1727) se constata que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media y cotizó un total de 487.57 semanas, 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. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

3.2 ¿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 y rendimientos financieros, traslade a Colpensiones los gastos de administración y pagos de seguro previsional para amparar contingencias de las sumas adicionales para amparar riesgos de invalidez o muerte?

3.3. ¿Debió ordenarse a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones, sumas de dinero por concepto de la garantía de pensión mínima, como lo reclama Colpensiones?

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

4. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

4.1. Respuesta al primer problema jurídico.

4.1.1. Previo a dilucidar si en este caso fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conviene puntualizar que, 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. Bajo la anterior perspectiva, ha defendido la tesis, según la cual, 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 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.

4.1.7. 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».

4.1.8. 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 desvirtuarse 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.

4.1.9. Y siguiendo esta línea de pensamiento, en lo que atañe a la aludida inversión de la carga de la prueba en estos asuntos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reitero:

*"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**”.*

4.2. Caso en concreto

4.2.1. Con fundamento en las pautas de orden legal y jurisprudencial, debe la Sala indicar que de la historia laboral expedida por Colpensiones el 11 de marzo de 2020, en la que se evidencia que la actora cotizó un total de 487.57 (Ver en el Exp. Adtivo HL 1727), se deslinda 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- desde el 20 de diciembre de 1989 hasta el 31 de marzo de 2000. (Exp. adtvo. HL_1727)

4.2.1.2. En el Régimen Individual con Solidaridad – RAIS desde el mes de abril de 2000, fecha desde la cual, viene realizando cotizaciones ininterrumpidas hasta el mes de julio de 2019, como se desprende de la Histórica laboral consolidada expedida por Porvenir S.A. el 29 de agosto de 2019 (Fl.13 y 30 archivo 1 Cd. 1ª Inst.).

4.2.2. Ahora, se observa que para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda² se argumenta que los promotores de Porvenir S.A. al momentos de realizar las vinculaciones omitieron la información referente a que el monto de la pensión estimada era posible y no definitivo, pues de acuerdo a los rendimientos del capital y fluctuaciones del mercado –entre otros factores- podía disminuir el valor, que en ningún momento se le informó sobre las ventajas y desventajas del traslado; por lo que la entidad incumplió con el deber de proveer una información adecuada, suficiente y cierta para que la

² Obra en el archivo 1 folios 35 y ss del exp. digital CD. 1ª Inst.

decisión adoptada hubiese sido verdaderamente libre y espontánea, que no afectara en lo más mínimo su consentimiento y no estuviera posiblemente viciado. Se expone que la mesada pensional proyectada en el fondo privado según la simulación a los 57 años sería de \$ 828.116.00, mientras que en el Régimen de Prima Media, arrojaría un monto aproximado de \$ 1.259.064.00.

4.2.3. Se precisa que, si bien en este evento se echa de menos el formulario de vinculación a Porvenir, en este caso no se desconoce la suscripción del mismo, pues la propia demandante en el interrogatorio de parte aceptó haberlo suscrito el 13 de marzo del año 2000; exponiendo que lo hizo porque les dijeron maravillas, como por ejemplo que el monto pensional sería mayor al de Colpensiones. Al respecto, para este Colegiado dicho acto resulta ineficaz toda vez que, la parte demandada no cumplió con su deber de demostrar que brindó información suficiente sobre las ventajas o desventajas de esa decisión, previa a la formalización del mismo, pues sólo se ocupó de convencer a la afiliada de trasladarse de régimen, sin poner bajo su conocimiento las implicaciones desfavorables que tendría, sin que exista prueba que acredite lo contrario.

4.2.4. En fin, en el mencionado interrogatorio de parte absuelto por la actora no se advierte manifestación que permita establecer que fue debidamente asesorada, y que, por ello, era conocedora de todas las implicaciones que, en aquel preciso momento como a futuro, podía involucrar el acto de traslado.

4.2.5. Para la Sala, el incumplimiento al deber de proporcionar a los interesados una información clara, cierta, comprensible y oportuna,

conlleva a la declaratoria de ineficacia de la afiliación o acto de traslado, pues en efecto, la documental aportada solo da cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

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

4.2.7. Ahora, se advierte que el vocero judicial de Colpensiones en sus alegatos de conclusión, sostiene que no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado que en su momento efectuó la actora, por no hacer parte de la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002 para retornar al RPM en cualquier tiempo.

4.2.8. Al respecto, se precisa que para la definición de la pretensión de ineficacia solicitada por la demandante, ninguna incidencia tiene lo dicho por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, pues si se revisa su contenido, se extracta que hizo claridad sobre la no pérdida del régimen de transición por efectos del traslado, para aquellas personas que siendo beneficiarias de la transición en razón de contar con 15 años o más de servicios cotizados a la fecha de entrada de la Ley 100 de 1993, decidieron retornar al RPM, después de haberse

trasladado al RPM, al considerar que se trata de un grupo de afiliados que no quedaron cobijados por los supuestos contemplados en los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la referida ley, es decir, la sentencia no aborda la posibilidad de retornar o recuperar el RPM sino el hecho de no perder el régimen de transición a raíz del traslado que en su momento se hizo del RPM al RAIS, en tanto el afiliado ya regresó válidamente al primero, que no es el caso que aquí se presenta, en tanto la declaratoria de ineficacia lo que pretende, es que se deje sin validez el traslado, como si este nunca se hubiera realizado. De ahí que, no sea dable invocar su aplicación, por tratarse de supuestos fácticos diferentes.

4.2.9. De otro lado, relevante resulta señalar que para este Juez Plural la decisión que se controvierte **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema** General de Pensiones, dado que 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.

4.2.10. Lo anterior, 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 de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

De cara a los anteriores considerandos, se impone refrendar la sentencia de primer grado en este punto.

5. Respuesta al segundo problema jurídico

5.1. La respuesta es **positiva** parcialmente. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones y rendimientos, debe trasladar a Colpensiones los gastos de administración. En cuanto a la suma por seguro previsional, no hubo condena en el fallo de primer grado por tal concepto concretamente, resultando inane pronunciarse al respecto. Los fundamentos frente a lo anterior, son los siguientes:

5.1.1. En lo que compete a los **gastos de administración**, se precisa que son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados le reintegren su monto, por lo siguiente:

5.1.1.1.. El artículo 1746 del C.C., aplicable analógicamente en esta clase de asuntos prevé que la declaratoria de ineficacia trae aparejada en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes las respectivas restituciones mutuas, que implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que debió recibir de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula de igual manera en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, normativa que 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.

5.1.1.2. Con todo, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados³.

5.1.1.3. 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*

³ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

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)”.

5.1.1.4. En consonancia con lo anterior, la Sala estima que acertó el fallador de primer grado al incluir dentro de las sumas a trasladar por parte de Porvenir SA a Colpensiones, lo correspondiente a las cuotas o gastos de administración, por lo tanto este punto concreto, objeto de reproche por Porvenir, no encuentra eco en esta instancia.

5.1.2. En cuanto a la pretensión de la apoderada de Porvenir, tendiente a que se revoque la decisión de devolver los gastos de **seguro previsional** exigidos dentro del RAIS para amparar las contingencias de las **sumas adicionales** para cubrir riesgos de invalidez o muerte, conviene puntualizar lo siguiente:

5.1.2.1. Es necesario aclarar, que en estricto sentido, en la sentencia de primer grado lo que se ordenó trasladar fue las: “***sumas adicionales de la aseguradora***”, concepto que difiere del **seguro previsional**, pues no es dable confundir el rubro denominado sumas adicionales de la aseguradora, con el valor de las primas correspondientes a los seguros contratados por las AFP para garantizar el pago de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes. Ello, por cuanto las sumas adicionales solo se originan una vez causada la correspondiente pensión de invalidez o sobrevivientes, en la cuenta de ahorro individual del afiliado y no se cuenta con el capital necesario para solventar el pago de la respectiva prestación, siendo entonces de cargo de la correspondiente aseguradora, asumir el valor que hiciere falta.

5.1.2.2. En claro lo anterior, para el Tribunal, de acuerdo con el discurso argumentativo expuesto por la censura en la sustentación de la alzada, resulta claro que, a lo que se opone la contradictora, es a que se ordene el reintegro de las sumas adicionales de la aseguradora; desde esta óptica, para este Colegiado, le asiste razón, dado que no era dable ordenar su traslado a Colpensiones, en razón lo siguiente:

5.1.2.3. Conforme a lo vertido en el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el concepto de sumas adicionales, no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, ni tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las administradoras del fondo de pensiones, basta para ello examinar los artículos 70 y 77 de la citada ley, para colegir que se trata de un valor que debe **correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional**, cuando en la cuenta individual del afiliado no exista el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes según sea el caso.

5.1.2.4. Con sujeción a estos preceptos normativos, debe decir la Sala que como en el presente caso no se pretende un reconocimiento pensionales, sino lograr los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP porvenir a Colpensiones, el rubro de "*sumas adicionales de la aseguradora*", por lo tanto sobre este aspecto, fue desacertada la decisión de primer grado, por lo que, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, deviene indefectible la revocatoria parcial del ordinal 1º de la parte resolutive de la sentencia apelada, en lo relacionado con la devolución de las precitadas sumas adicionales de la aseguradora.

6. Respuesta al tercer problema jurídico.

6.1. El apoderado de Colpensiones, en los alegatos de conclusión, requirió que se ordene el traslado a Colpensiones, sumas de dinero por concepto de la garantía de pensión mínima; frente a este pedimento, debe decir la Sala que la etapa de alegatos de conclusión, no es el estadio procesal propicio para traer esta clase de pedimento que concretamente no fue materia de estudio y decisión en primera instancia y por ello no sería dable sorprender a la contraparte con un nuevo punto frente al cual no tuvo la oportunidad de debatir en el juicio y sería tanto como atentar contra su derecho de defensa y contradicción.

6.2. Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de la Sala, en la orden emitida por el *A quo*, incluyó todos los valores que la administradora recibió con motivo de la afiliación de la demandante, es decir, la totalidad de las cotizaciones, de las cuales, en aplicación de las normas que regulan el sistema de seguridad social en pensiones, para el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se debieron hacer las deducciones con destino a la garantía de pensión mínima.

6.3. En efecto, a partir de lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo previsto en el artículo 1º de Decreto 4982 de 2007, se tiene respecto de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que el porcentaje general del 16% del IBC o en otras palabras, la cotización, se distribuye de la siguiente manera: el 11.5% para la cuenta individual de ahorro pensional; el 3% para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de

Fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y el 1.5% para asegurar la garantía de pensión mínima.

6.4. Entonces, como quiera que el A quo fue claro al indicar que Porvenir debe trasladar a Colpensiones todo lo que ha recibido por concepto de la afiliación de la demandante, debe entenderse incluido dentro de dicho rubro, lo que la AFP haya destinado para garantizar la garantía de pensión mínima, que es un dinero que se encuentra bajo su administración, habida cuenta de la inexistencia del fondo que inicialmente se previó crear con tal propósito, a raíz de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 14 de la Ley 797 de 2003.

7. Respuesta al cuarto problema jurídico.

7.1. 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 dicha determinación.

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

Colpensiones, y dada la prosperidad parcial de la apelación de Porvenir, no hay lugar a costas en su contra.

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: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal 1º de la parte resolutive de la de la Sentencia proferida por el Primero Laboral del Circuito de Popayán, el 28 de enero de 20210, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **FRANCIA ELENA VIDAL SERNA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, respecto de la condena impuesta a Porvenir SA, de trasladar a Colpensiones lo referente al concepto de "*sumas adicionales de la aseguradora*".

SEGUNDO: Se confirma en lo demás, se confirma la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a Colpensiones, y en favor de la demandante, por lo motivado en precedencia. En auto separado 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,



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS
Con Aclaración de voto