



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Angel Alfaro

Veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-002-2019-00062-01
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Larisa Vargas Díaz
Demandado:	- Porvenir S.A. - Colfondos S.A. - Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Modifica parcialmente la sentencia de primera instancia
Sentencia escrita n.º	073

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 10 de marzo de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que 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 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 cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado. Y se condene a la demandada al pago de las costas 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., al contestar la demanda se opone a las pretensiones formuladas en su contra.

Impetró 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 sanando el presunto vicio alegado; falta de causa para pedir; buena fe; inexistencia de la obligación; Porvenir no puede ser compelido al reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado; asesoría*

pensional de la administradora; afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado; y la genérica.

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

2.2.1. La demandada al replicar el libelo genitor se opone a todas las pretensiones allí consignadas. Indicó, que la demandante se afilió de manera voluntaria al RAIS y de conformidad con lo establecido en el literal e), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, los afiliados al Sistema General del Pensiones solo podrán trasladarse de régimen cuando hayan permanecido como mínimo 5 años en el mismo, contados desde su afiliación y no les falten 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: *Inexistencia de la obligación; 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; buena fe; prescripción; y la innominada o genérica.*

2.3. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías

2.3.1. Dentro del término de contestación, esta administradora se allanó a las pretensiones de la demanda.

3. Decisión de primera instancia

3.1. El juez dictó sentencia en la que resolvió:

"Primero: Declarar de conformidad con lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, la **INEFICACIA** del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que a partir del 14/07/1994 se atribuye a la señora LARISA VARGAS DÍAZ identificada con la C.C. 36.184.189, inicialmente a través de la AFP COLPATRIA que fue absorbida por la AFP HORIZONTE S.A. fusionada posteriormente con PORVENIR S.A. y los posteriores a través de la AFP COLFONDOS el 24/02/1997, COLPATRIA el 08/05/2000, HORIZONTE el 29/09/2000 y finalmente PORVENIR S.A. a partir del 28/11/2000, ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del régimen de ahorro individual.

Segundo: Consecuencia de lo anterior, la señora LARISA VARGAS DÍAZ conserva su derecho a permanecer en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES y en consecuencia se **ORDENA** a PORVENIR S.A. como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiese recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si es del caso, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado.

Estos valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES en razón a la ineficacia que se declara en esta providencia.

Tercero: Negar la excepción de prescripción.

Cuarto: Condenar en costas a PORVENIR S.A. Fíjense, las agencias en derecho en suma igual a dos salarios mínimos legales mensuales

vigentes al momento del pago, que será incluida en la liquidación de costas que se practicará por la Secretaría del Despacho.

Sin costas en relación con COLFONDOS que se allanó a las pretensiones y respecto de COLPENSIONES.”

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

Destaca, que en el caso concreto no existe prueba que se haya dado cumplimiento a esta obligación en el traslado de la demandante, sin que el interrogatorio de parte llevado a cabo evidencie prueba de confesión en cuanto a que la AFP efectivamente hubiese agotado en legal forma a este deber. Que, dada la inexistencia de prueba del cumplimiento a esta obligación en el traslado, de conformidad con los recientes lineamientos de la jurisprudencia laboral, no cabe duda que el traslado efectuado por la demandante deviene en ineficaz. Aclara que la ineficacia del traslado no puede asimilarse a la de un acto válido pero afectado de nulidad por cualquiera de las causales establecidas en la legislación civil y por tanto no es susceptible de sanearse, contrario a lo que sí sucede cuando se trata de vicios de la voluntad.

Señala, que la declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse todo término prescriptivo como quiera que ese acto nunca produjo efectos.

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

Fustiga la decisión de primera instancia en los siguientes aspectos:

4.1.1. Señala, que la sentencia impone a la administradora la carga de demostrar dentro del proceso que brindó asesoría a la demandante en el momento en que se efectuó el traslado, en julio de 1994, siendo que para el año 1994 no existía la obligación de dejar constancia escrita de la asesoría que impartieron los asesores de los fondos a los potenciales clientes. Resalta, que debe tenerse en cuenta que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, estipula que la selección del régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado e implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes. Por tanto, la demandante eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer.

4.1.2. En lo que atañe a la orden de trasladar las cotizaciones, bono pensional, rendimientos financieros, sumas adicionales, entre otras, precisa que, si el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado anterior, los rendimientos financieros nunca nacieron a la vida jurídica, toda vez que son exclusivos del RAIS, razón por la que sería improcedente ordenar su devolución en atención a que no se le reconoce restitución o gestión alguna a Porvenir S.A., máxime cuando, si en gracia de discusión aceptara que la administradora está en la obligación de devolver los aportes que hizo la demandante, estos dineros van a ser parte del fondo común que tiene el Régimen de Prima Media destinado al pago de las mesadas pensionales de todos los colombianos que pertenecen a ese régimen.

4.1.3. Advierte, que en el *sub lite* no se está ventilando el otorgamiento de una pensión de invalidez o de sobrevivientes, únicos eventos en los que opera el concepto de sumas adicionales que la aseguradora contratada entraría a asumir, por tal razón, no hay lugar a que se ordene su devolución, pues Porvenir S.A. no ha cobrado ninguna suma adicional, ni se han generado en la aseguradora previsional.

4.1.4. Resalta, que la sentencia infringe por inaplicación el artículo 1746 del Código Civil, dado que no reguló oficiosamente las prestaciones mutuas de los contratantes, es decir, todas las condenas son en contra de Porvenir S.A. y con cargo a su patrimonio, afectación considerable para una entidad que obró de buena fe y se trata de una asesoría en la que no intervino.

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

Debate la decisión de primer grado con los argumentos que se exponen a continuación:

4.2.1. Destaca, que la decisión impugnada alude a que la AFP Porvenir S.A. no demostró que brindó información veraz y suficiente a la demandante respecto a las incidencias del traslado de régimen, invirtiendo la carga de la prueba en contra de esa AFP, pues debía allegar prueba escrita de la asesoría brindada al momento del traslado y no lo hizo, circunstancia que obedece a que en 1994, año en que se dio el traslado de la demandante, era viable dar información de forma verbal para afiliarse al Régimen de Ahorro Individual.

4.2.2. Advierte, que la selección de cualquier de los regímenes previstos, es decir, el de prima media o el de ahorro individual, debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, que se pudo ver en este caso, dado que la demandante no solo estuvo afiliada a Porvenir S.A. sino también a Colpatria, a Colfondos, nuevamente a Colpatria, y finalmente en Porvenir S.A.

4.2.3. Destaca, que conforme a las sentencias que expone el juzgado como sustento de su decisión, existe una errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, toda vez, que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierte en objetiva al no exigir a la demandante allegar algún soporte de la existencia del vicio, fuerza o dolo al momento de la afiliación al RAIS, pero sí a que recaiga exclusivamente en la AFP, sin el menor esfuerzo procesal para la demandante. Afirma, que esa apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez, que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño, aspecto que no puede aplicarse en estos casos, en tanto que, existen omisiones por parte de los afiliados que no se han tenido en cuenta. Tal y como lo demarca el Decreto 2241 de 2010, que radica en cabeza de los

afiliados obligaciones y deberes, a saber: el de informarse adecuadamente sobre las condiciones del Sistema General de Pensiones; el de emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar la decisión de afiliación, traslado o selección de la modalidad de la pensión; el de leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como, la diligencia y firma de los mismos; ejercer, dentro de los términos, los derechos que tienen; entendiéndose, que si no la realiza o ese silencio, como, la toma de la decisión consciente con los efectos legales, costos, devoluciones y demás consecuencias que ello conlleve. Así, advierte, que al analizar el artículo 4º del Decreto en mención, es claro, que existen unos deberes mínimos que la afiliada debía haber cumplido, resaltando que el silencio en el transcurso del tiempo, en este caso por más de 26 años, se equipara a una decisión consciente, entre los efectos legales de pertenecer a determinado régimen pensional, tal como lo señala la sentencia SL 413 de 2018.

4.2.4. Aduce, que la declaratoria de ineficacia que se llevó a cabo en este proceso afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, principio consagrado en el artículo 48 de la Constitución Nacional que obliga al Estado a garantizar la sostenibilidad financiera en el sistema pensional. Destaca, que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida se descapitalizaría; asimismo, que el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituyen un derecho absoluto. Advierte, que aceptar el traslado de régimen de la demandante, quien ha cotizado de manera deficiente al sistema, significaría para Colpensiones un colapso

financiero, puesto que, la entidad se vería obligada a pensionar a una persona que no efectuó aportes al sistema durante toda su vida laboral, lo que desconoce el derecho constitucional fundamental a la pensión de los demás colombianos, de manera sostenida e indefinida, y que por tanto, descarta la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa una ordenada gestión de los recursos, que en la mayoría de los casos no están presupuestados, en la medida en que surgen de manera contingente de la declaración judicial respectiva.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Larisa Vargas Díaz

5.1.1. El término de traslado venció sin que la parte emitiera pronunciamiento

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

5.2.1. Reitera los argumentos expuestos al formular el recurso de apelación.

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

5.3.1. Reitera los argumentos expuestos al formular la alzada, desarrollando el argumento relacionado con el desconocimiento de las reglas sobre restituciones mutuas que regula el artículo 1746 del Código Civil en la sentencia de primer grado, al ordenar la restitución de los valores cobrados por el fondo a título de gastos de administración y de las primas por seguros

previsionales. Lo anterior dado que, Porvenir S.A. ejecutó cabalmente sus obligaciones, en tal virtud, generó una rentabilidad a favor de la afiliada, aquellas gestiones se dejan sin la correlativa compensación a la que tiene derecho esa administradora; razón por la que es imposible retrotraer los efectos de las labores de administración desarrolladas por Porvenir S.A. que ya se encuentran consolidados, y por tanto, no es procedente ordenar la restitución de las sumas percibidas por ese concepto, pues con ello se estaría quebrando el equilibrio por el que se debe propender con las restituciones mutuas. Destaca, que en estos casos en los que no resulta viable retrotraer los efectos de la prestación ejecutada por uno de los contratantes, el carácter retroactivo de la declaratoria de ineficacia no puede servir para generar un enriquecimiento injustificado para la otra. Situación que cobra especial trascendencia en los casos objeto de estudio, pues ha sido el mismo legislador el que ha determinado las obligaciones a cargo de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías y su derecho a percibir una remuneración, para lo que incluso se estableció en la ley el porcentaje de la cotización que se puede destinar a cubrir los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 100 de 1993). Asimismo, señala que las primas de seguros previsionales son seguros adquiridos por las Administradoras en virtud de una obligación legal (artículo 108 de la Ley 100 de 1993) y que existe una coligación negocial entre la afiliación al RAIS y el seguro previsional, lo que supone analizar cómo las vicisitudes de uno afectan al otro. Aduce, que debe tenerse en cuenta que, por virtud del principio de taxatividad de esta sanción negocial, la ineficacia únicamente alcanza al acto de traslado de régimen pensional y no el contrato de seguro, de tal forma que este último durante su vigencia fue plenamente eficaz y produjo sus efectos; que por tal razón, no resulta viable la devolución de las primas del seguro previsional del cual fue asegurado y beneficiario el afiliado, pues lo cierto es que aquel se benefició de la cobertura otorgada por dicho contrato,

de tal forma que, si durante su vigencia hubiera ocurrido el siniestro, aquél, o sus beneficiarios, se habrían hecho acreedores de las prestaciones acordadas a cargo de la aseguradora para garantizar la pensión de invalidez o de sobrevivientes. Por lo tanto, en la medida en que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías contrató el seguro previsional en cumplimiento de una obligación legal y que de aquella se derivó un beneficio para el afiliado durante la vigencia de la relación aseguraticia, se hace patente que la retroactividad de la ineficacia no puede hacer desaparecer los efectos de un contrato de tracto sucesivo que se agotó mientras estuvo vigente “de facto” la afiliación al RAIS.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En virtud de lo previsto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. 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 virtud de la fusión con Horizonte S.A., entidad que a su vez absorbió a la

administradora Colpatria quien efectuó la afiliación objeto de reproche; y por ser la AFP a la que actualmente se encuentra afiliada la demandante.

Frente a Colpensiones, debe indicarse que, con base en el reporte de semanas cotizadas expedido por esta administradora el 14 de junio de 2019 que consta en el expediente administrativo arrimado la proceso, se extrae que la accionante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. 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 de la 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 las sumas adicionales de la aseguradora?

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

4. Respuestas a los problemas jurídicos planteados

4.1. Respuesta al primer problema jurídico

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

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

4.1.1. De la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que trajo consigo la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que éste trajo consigo, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea

consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

4.1.2. Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

4.1.4. En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y entre las más recientes están la SL19447 - 2017, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y SL1421-2019 de 10 de abril de 2019 - señala que, la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

4.1.5. En este sentido, ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que

implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

Adicionalmente, se apuntó en ella que «el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente» y que el acto de traslado «debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado».

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

afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido, que solo puede 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.

4.2. Caso concreto

4.2.1. Una vez aclaradas las anteriores situaciones de orden legal y jurisprudencial, se tiene, conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones, el formulario de solicitud de afiliación a Cesantías y Pensiones Colpatria, el certificado de afiliación y la historia laboral consolidada de Porvenir, 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 31 de julio de 1994 y desde 1º de mayo 1983 conforme se extrae de la historia laboral expedida por Colpensiones que obra en el expediente administrativo que se allegó al proceso procedente de esa entidad.

4.2.1.2. Se trasladó al Régimen Individual con Solidaridad – RAIS el 21 de julio de 1994, a través de la solicitud de afiliación y traslado n.º 015004 de Cesantías y Pensiones Colpatria, entidad absorbida por la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., posteriormente fusionada con Porvenir S.A. Afiliación que se hizo efectiva el 1º de agosto de 1994, efectuando traslados

entre administradoras del RAIS, que concluyeron con el efectuado a Porvenir S.A. el 07 de julio de 2000, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones hasta el periodo julio de 2019, como se desprende de la relación histórica de movimientos expedida por Porvenir S.A. el 31 de julio de 2019.

4.2.2. Para efectos del referido traslado, en la demanda se argumenta 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 el 12 de febrero de 2015 en el RAIS se determinó que cuando tenga 57 años de edad tendría derecho a una mesada pensional de \$ 828.116.00, bajo la modalidad de retiro programado.

4.2.3. Por su parte, la entidad accionada AFP Porvenir S.A. dio respuesta indicando que la accionante radicó solicitud de traslado 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 por parte del fondo, y se evidencia en los cinco traslados entre administradoras efectuados por la demandante dentro del RAIS. Afirma que la información suministrada a la accionante se encuentra acorde con las disposiciones legales y no puede tildarse de engañosa, pues, obtener una pensión más alta que la que obtendría en el RPM, a la edad que escoja, es una de las ventajas del RAIS.

4.2.4. Para esta Sala, si bien el formulario de traslado aparece suscrito por la parte actora, haciendo constar que la escogencia del RAIS fue efectuada en

forma libre, espontánea y sin presiones, el mencionado acto resulta ineficaz, toda vez que la parte demandada no cumplió con su deber de demostrar que brindó información suficiente a la accionante sobre las implicaciones de esa decisión, previo a la formalización de dicho acto.

4.2.5. La demandante en su interrogatorio de parte manifiesta que la información consistió en señalarle que el traslado era lo más conveniente dado que podía pensionarse con un monto más alto que en el RPM y efectuó cotizaciones adicionales para obtener beneficios tributarios. Por tanto, 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.

4.2.6. Por otra parte, 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.

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. Ahora, en cuanto al incumplimiento o inobservancia de los deberes de la actora, 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 alude el apoderado 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 (1º 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 julio de 1994. El segundo, que el Decreto 2241 de 2010, que entró en vigencia el 1º 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.

4.2.9. Para dar respuesta a otro de los puntos de la apelación interpuesta por el apoderado de Colpensiones, la Sala debe señalar que el traslado entre administradoras en el RAIS no convalida las irregularidades presentadas al

momento del traslado de régimen pensional, como lo sostuvo la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL, 9 Sept. 2008, rad. 31989; reiterada en la sentencia del 22 de noviembre de 2011, rad. 33083.

4.2.10. Finalmente, en respuesta al último 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

4.3.1. La respuesta al planteamiento relacionado con la orden dada a Porvenir, que además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos que se hubieren generado y las sumas adicionales de la aseguradora, será afirmativa parcialmente.

El fundamento de la tesis es el siguiente:

4.3.1.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2º del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. 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 entienda 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. Independiente 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, en virtud de lo consagrado en el literal a) del artículo 6o 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.

4.3.1.5. 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.

4.3.1.6. 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.

4.3.1.7. Así las cosas, a partir de los anteriores referentes normativos, es claro que el rubro denominado **sumas adicionales de la aseguradora** 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).

4.3.1.8. Luego entonces, como en el presente caso no se analiza la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez 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. Por lo que en este punto la decisión será objeto de modificación.

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)¹, los términos de prescripción no resultan aplicables *dado su contenido eminentemente declarativo*. Aunado a lo anterior, se trata además

¹ "(...) 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”.

de un derecho estrechamente relacionado con el derecho a la pensión y por lo tanto comparte la calidad de imprescriptible.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso se condenará en costas a Colpensiones E.I.C.E., dada la no prosperidad del recurso de apelación. No hay lugar a condenar en costas de segunda instancia a Porvenir S.A., dado que la alzada prosperó en forma parcial.

IV. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el ordinal **segundo** de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en el proceso ordinario promovido por la señora Larisa Vargas Díaz contra Porvenir S.A y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E., en el entendido que la condena allí impuesta, no incluye valores por concepto de “**sumas adicionales de la aseguradora**”, por las razones consignadas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR el resto de la providencia apelada.

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

CUARTO: NOTIFICAR la presente sentencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo e igualmente por edicto, que deberá permanecer fijado por un día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y de la SS.

Los Magistrados,



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS