



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso	Ordinario Laboral
Radicación	19-001-31-05-001- 2019-00071-01
Juzgado de primera instancia	Primero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Gloria Amparo Jácome Velasco
Demandado:	Porvenir S.A. Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Confirma sentencia – adiciona ordinal primero
Sentencia escrita n.º	028

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 16 de julio de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán. Así como el grado

jurisdiccional de consulta que sobre la misma se surte en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Procura la citada demandante que se declare que el acto de traslado, del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es nulo. 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 gastos de administración en que hubiere incurrido 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 mediante el escrito visible a folios 80 a 93 del cuaderno de primera instancia, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las 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 obligaciones laborales de tracto sucesivo; inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; debida asesoría del fondo; y la innominada o genérica (fols. 80 a 93).

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, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez para las mujeres es de 57 años. Teniendo en cuenta que la accionante nació el 23 de julio de 1963 y cuenta con 62 años de edad, es decir que ya causó el derecho prestacional, no es posible acceder a su solicitud de traslado. Así como que, la acción se encuentra prescrita, y que, en todo caso, no acredita que su consentimiento estuviera viciado por error en el momento del traslado al RAIS.

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. 41 a 47).

3. Decisión de primera instancia

3.1. El juez dictó sentencia en la que resolvió:

"1. DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante Gloria Amparo Jácome Velasco del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sucedido el 28 de julio de 1997. En consecuencia, se ordena a la AFP Porvenir, trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración de la actora a Colpensiones.

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

4. COSTAS a cargo de Porvenir."

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

Teniendo como soporte lo expuesto por la SCL de la CSJ en sentencia SL 1688 de 2019, precisó que el deber de información a

cargos de las AFP existe desde su creación con la Ley 100 de 1993, que con el paso del tiempo se ha venido incrementando, siendo factible identificar tres etapas: la primera etapa, denominada deber de información, consagrada en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993; una segunda etapa, deber de información, asesoría y buen consejo, prevista en el literal 15 del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y una tercera etapa, de deber de información, buen consejo y doble asesoría, que nace con la Ley 1748 de 2014, el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016. Por lo que es posible ubicar el caso concreto en la primera etapa, como quiera que el acto de traslado al RAIS se verificó en 1997, en la que se exigía el suministro de información necesaria y transparente, es decir, conforme el dicho de la Corte, información sobre las características, condiciones, acceso y servicio de cada uno de los regímenes pensionales, que permitiera al interesado conocer a plenitud sobre las ventajas y desventajas de su decisión.

Aplicando lo dicho por la jurisprudencia especializada, precisó que el simple consentimiento vertido sobre el formulario de afiliación es insuficiente para dar por acreditado el cumplimiento de la obligación de suministrar la información debida. Y que, en asuntos como el presente, la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado, cuando en la misma demanda se parte de afirmar que no se recibió la información debida al momento de la afiliación. En torno a la prescripción, señaló que dicha figura es inaplicable en temas relacionados con la ineficacia del acto de traslado. En este sentido indicó que, si bien el traslado se efectuó por Horizonte S.A., en virtud de la fusión que se dio en 2014 entre esta entidad y Porvenir S.A., la última asumió no solo los derechos sino las obligaciones de

Horizonte S.A., y en este caso puntual, las consecuencias de la omisión de información por parte de los asesores de Horizonte S.A.

Al respecto, destaca que Porvenir S.A. no allegó ninguna prueba de que en el momento del traslado se dio información completa a la demandante. Solo aportó el formulario de afiliación que contiene un recuadro que indica voluntad de la selección de afiliación; una leyenda que menciona que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad se efectúa de forma libre, espontánea y sin presiones; que ha escogido a la administradora del fondo de pensiones y cesantías Horizonte S.A, para que administre sus aportes pensionales; y, que los datos proporcionados en la solicitud son verdaderos. Ante lo señalado en la demanda, sobre la omisión en la información, correspondía al fondo la carga de demostrar qué tipo de información suministró a la actora. Hecho que no se acredita únicamente con el formulario, pues solo muestra que hubo un consentimiento, pero no permite determinar que se dio una información eficiente a la accionante. Aunado a lo anterior, destaca que un indicio de deficiencia de la información es el hecho de que se hubiera señalado en el formulario de afiliación que se trataba de una afiliación por vinculación inicial, pues dado que la accionante se encontraba afiliada al ISS era un traslado de régimen. De lo que deduce que, si el asesor del fondo desconoció tal circunstancia, menos aún le iba a asesorar en debida forma. Por tal razón, encuentra procedente declarar la ineficacia de la afiliación. Y que, dado que sus efectos consisten en que las cosas se devuelvan al estado en que se encontraban con antelación, es decir, como si el traslado no hubiera ocurrido, Porvenir debe trasladar a Colpensiones las cotizaciones, los rendimientos financieros y los gastos de administración.

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, al momento en que la persona firma el formulario de afiliación genera un acto válido, del que nacen derechos y obligaciones para las partes. Para el afiliado, realizar las cotizaciones, y para la AFP, realizar las gestiones de administración. Que, en cumplimiento de las gestiones de administración, Porvenir ha efectuado labores de inversión, gracias a lo cual los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante han obtenido rendimientos. En consecuencia, considera que no es dable que se ordene la devolución de los gastos de administración, dado que la accionante se beneficiaría de la labor realizada por Porvenir, generándose para ella un enriquecimiento sin causa, y para Porvenir un empobrecimiento en su patrimonio. Destaca que el artículo 7º del Decreto 2945 de 2008 señala que al momento de efectuarse el traslado de régimen solo deben trasladarse los recursos de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, más no los gastos de administración y sumas adicionales del contrato de seguro. Por ello,

solicita que se revoque la orden de devolución de los gastos de administración.

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

Sustenta su inconformidad frente al fallo de la siguiente manera:

4.2.1. Afirma que dentro del proceso no se demostró que la información suministrada por el fondo, en el momento en que la accionante efectuó el traslado de régimen, fuera indebida e insuficiente. Tampoco se acreditó coacción, por parte del asesor o afiliador, para la suscripción del formulario. Por tanto, el acervo probatorio no permite comprobar que existiera vulneración de la libertad de escogencia del régimen que gobierna su prestación. Contrario a lo anterior, los aportes efectuados, desde el momento de su vinculación hasta la fecha, ratifican su voluntad de pertenencia a Porvenir.

4.2.2. Para finalizar, resalta que, aunque la AFP traslade a Colpensiones la totalidad de los aportes y los gastos de administración, con la declaratoria de ineficacia se vulnera el principio de sostenibilidad financiera y el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados al sistema que cotizaron durante toda su vida al Régimen de Prima Media. Frente a los cuales, la Corte Constitucional precisó, en las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos de otros afiliados, dado que el Régimen de Prima Media se descapitalizaría. Aunado a que Colpensiones es un tercero de buena fe que no participó en el acto jurídico de traslado en el año 1996, toda vez que su obligación surge a partir de la Ley 1748 de 2014, no obstante, está asumiendo unas cargas que no le corresponden.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Gloria Amparo Jácome Velasco

5.1.1. Dentro del término de traslado, solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia, dado que Porvenir omitió el deber de brindar la asesoría necesaria al momento del traslado, sin que allegara prueba que indicara lo contrario.

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

5.2.1. Destacó que el juzgador de primer grado no tuvo en cuenta que, para la época en que se hizo efectivo el traslado, no le era exigible a los fondos privados documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación. Por lo que, aceptar lo contrario, implicaría imponerles una carga no prevista en el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, solicita que, en el evento de que el Tribunal confirme la decisión de primera instancia, se modifique y/o adicione el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A. que, además de trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración de la actora a Colpensiones, también se le ordene trasladar las sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y a la indexación de los gastos de administración. Según Colpensiones, de conformidad con la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, son valores que la administradora debe devolver a la primera AFP como consecuencia de la ineficacia de la afiliación.

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

5.3.1. Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, formulación de excepciones de mérito y 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 lo anterior, en lo atinente al grado jurisdiccional de consulta, el cual no tiene las limitantes del recurso de apelación, el control de legalidad recae sobre todos los aspectos que sirvieron de fundamento a la sentencia.

2. Legitimación en la causa

Frente a este tópico debe señalarse que le asiste a la parte actora legitimación por activa en tanto es la persona que se trasladó al Régimen de Ahorro individual cuya ineficacia se pretende.

De otro lado, a Porvenir S.A. le asiste legitimación en la causa por pasiva, por ser la entidad administradora a la que actualmente se encuentra afiliada la demandante, en virtud de la fusión de esta entidad con Horizonte S.A., la que efectuó la afiliación que es objeto de reproche.

Frente a Colpensiones, debe indicarse que, en la certificación expedida por esta administradora de data 07 de marzo de 2019, consta 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 a esta entidad, 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.?

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 gastos de administración?

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 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 Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., la historia laboral consolidada de Porvenir, y, el 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 - desde el 16 de marzo de 1994 hasta el 01 de agosto de 1994 (fol. 139).

4.2.1.2. Se trasladó al Régimen Individual con Solidaridad – RAIS el 28 de julio de 1997, a través de formulario n.º 97-0085534 de Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. Afiliación que se hizo efectiva el 1º de septiembre de 1997, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones ininterrumpidas hasta el mes de septiembre de 2019, como se desprende de la Relación Histórica de Movimientos emitida por Porvenir S.A. el 18 de octubre de 2019 (fols. 137 a 148 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

¹ Obra a folios 23 a 30 del cuaderno principal.

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, la existencia de beneficiarios y su expectativa de vida, y a otros factores que podían disminuirlo. Señaló que en la proyección realizada el 15 de febrero de 2019 en el RAIS se determinó que tendría derecho a una mesada pensional de \$ 828.116.00, cuando cumpla los requisitos de semanas cotizadas y monto del ahorro, que alcanzaría a los 65 años. Cuando lo cierto es que, dados sus salarios, de haber continuado en el Régimen de Prima Media la misma podría ascender a la suma de \$ 2.275.000.00.

4.2.3. Por su parte, la entidad accionada AFP Porvenir S.A., dio respuesta indicando que la accionante radicó solicitud de vinculación inicial al régimen pensional ante la AFP Horizonte hoy 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. Afirma que, la información suministrada a la accionante se encuentra acorde con las disposiciones legales. Destaca que no puede tildarse de falsa o engañosa la manifestación de un asesor del RAIS de indicar a un afiliado que puede lograr obtener una pensión más alta que la que obtendría en el RPM, a la edad que escoja. Que, por el contrario, es posible, dada la esencia dicho sistema, y 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 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. Igualmente, a partir de las respuestas dadas por la demandante en su interrogatorio de parte, no es dable advertir que se le haya informado que la afiliación constituía un traslado de régimen, dado que no se trataba de una vinculación inicial, pues se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado en ese momento por el I.S.S. Y, menos aún, sobre los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario pérdidas, o si no hacía un ahorro más alto al que venía haciendo en el régimen de prima media. Aspectos que debieron dejarse expuestos en el momento de la asesoría para poder tener como satisfecha la obligación de brindar una asesoría plena, completa e integral.

4.2.6. Por lo que el incumplimiento al deber de proporcionar a los interesados una información clara, cierta, comprensible y oportuna, debe conllevar sin lugar a dudas a la declaratoria de ineficacia de la afiliación o acto de traslado, pues, en efecto, la documental aportada solo da cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante, así como de la solicitud elevada para trasladarse nuevamente al RPM (fol. 21).

4.2.7. Por lo tanto, dando aplicación al precedente judicial de la Sala de Casación Laboral, al no haberse demostrado la debida asesoría y

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

4.2.8. Finalmente, en respuesta al segundo argumento que trae Colpensiones en su recurso de apelación, la Sala advierte que la decisión que se controvierte no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones. Los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJSL, sentencia SL2877-2020).

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

4.3. Respuesta al segundo problema jurídico

La respuesta al planteamiento relacionado con la orden dada a Porvenir de que, además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los gastos de administración, será afirmativa por las siguientes razones:

4.3.1. Los gastos de administración son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Por tanto, resulta procedente que la entidad demandada reintegre su monto a Colpensiones. Debe

tenerse en cuenta que, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará a financiar los gastos de administración para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del CC, la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A., asumir la devolución de estos conceptos. Sobre este tema, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852 indicó:

"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".

4.4. Respuesta al tercer problema jurídico

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

4.4.2. En efecto, tratándose de la facultad para ejercer la acción de ineficacia de afiliación y/o traslado de régimen pensional, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, conformada entre otras por las sentencias CSJ AL 1663-2018, CSJ AL 3807-2018

y SL- 1421 -2019 (radicado 56174)², los términos de prescripción no resultan aplicables *dado su contenido eminentemente declarativo*.

4.4.3. Y es que, aunado a lo anterior, se trata además de un derecho estrechamente relacionado con el derecho a la pensión y por lo tanto comparte la calidad de imprescriptible.

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

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”.

conclusión son razonamientos vertidos por las partes en un juicio con la finalidad de persuadir al juzgador frente a la decisión que debe tomarse, los mismos no constituyen el momento procesal para adicionar los cuestionamientos dejados de hacer en el recurso de apelación contra la decisión cuestionada.

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

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

4.6. En virtud de lo anterior, se habrá de confirmar en todas sus partes la sentencia objeto de los recursos de apelación y del grado jurisdiccional de consulta. Sin embargo, dada la omisión del Juez de Instancia de ordenar a Colpensiones que reciba los aportes y demás bienes ordenados en la parte final del ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, con el fin de evitar a futuro alguna conducta renuente de parte de la demandada Colpensiones,

de recibir tales bienes, se estima necesario ejercer las facultades constitucionales y legales para garantizar a la actora su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones. En consecuencia, se ordena adicionar el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de ordenar a Colpensiones que reciba todos los bienes ordenados en la parte final de ese ordinal.

5. Costas

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

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR el resto de la providencia.

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

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

Los Magistrados,

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS