



**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:	19-001-31-05-003- 2019-00074-01
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Adriana Del Pilar Agudelo Restrepo
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Adiciona sentencia - Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	027

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia emitida el 17 de julio de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados. Adicionalmente, que se condene a Porvenir S.A. a asumir, con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido. Finalmente, requiere el pago de costas y agencias en derecho (Fls. 29 a 44).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 70 a 75. Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que no se evidencian vicios del consentimiento en el traslado del régimen pensional. Aclaró que la accionante, previo traslado al RAIS, estaba cotizando ante CAJANAL y no al ISS. Recalcó que la nulidad deprecada se encuentra prescrita. Propuso las excepciones de fondo de: *"FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"*,

"INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO QUE INDUJERA A ERROR DE LA AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE (sic) QUE TRAIGA COMO CONSECUENCIA LA ANULACIÓN O INVALIDEZ DE LA MISMA", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN" y "PRESCRIPCIÓN".

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a folios 142 a 151, se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que la accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre, voluntaria y sin presiones, luego de recibir asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión. Formuló como excepciones de fondo las de: "PRESCRIPCIÓN", "IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POR CARENCIA DE OBJETO, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR, INEXISTENCIA DEL DERECHO", "BUENA FE", "LA DEMANDANTE NO CUMPLE CON REQUISITOS PARA TRASLADARSE DE RÉGIMEN", "LA LIBRE ESCOGENCIA DE RÉGIMEN POR PARTE DE LA DEMANDANTE NO HA ARRIESGADO EL BENEFICIO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN" y la "INNOMINADA O GENÉRICA".

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 17 de julio de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a Porvenir S.A., suscrita el 20 de diciembre de 1994; **Segundo**, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM; **Tercero**,

condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la actora obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital, junto con los bonos pensionales que hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido; **Cuarto**, ordenó a Colpensiones recibir los valores trasladados por el fondo privado; **Quinto**, declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por pasiva; y **Sexto**, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que en el expediente no fue posible verificar que Porvenir S.A. hubiere cumplido con el deber de suministrarle a la actora, de manera clara y precisa, los eventos favorables y desfavorables de la decisión de traslado de régimen pensional. Al negar la demandante que dicha información no le fue suministrada, la carga de la prueba se invierte y correspondía al fondo privado demostrar que si cumplió con dicha obligación. En ese entendido, se generó la ineficacia del traslado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Para finalizar, señaló que la declaración de ineficacia impide que pueda aplicarse todo término prescriptivo, como quiera que ese acto nunca produjo efectos.

4. Las apelaciones.

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Porvenir S.A.

4.1.1. Arguye que la selección de cualquiera de los regímenes pensionales, es libre y voluntaria. La accionante manifestó por escrito su elección al momento del traslado a través de la suscripción de la solicitud de afiliación a esa AFP. Lo anterior, en armonía con el artículo 13° de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 692 de 1994. Insistió en que la promotora de la acción **eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional** al que deseaba pertenecer en el año 1994. Para ello, suscribió el formulario de afiliación que contiene los requisitos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y a la forma adaptada por la Superintendencia Financiera en Circulares 034 y 037 de 1994. En este contexto, resalta que no se encuentra una argumentación válida para considerar que no existe prueba suficiente.

4.1.2. Frente a la **inversión de la carga de la prueba**, señala que el artículo 83 de la Carta Política presume un obrar de buena fe en las actuaciones de los particulares, situación que igualmente está reglada en el artículo 835 del Código de Comercio. Por tanto, era a la actora a quien correspondía acreditar que la actuación de esa AFP no estaba ajustada al parámetro legal. La jurisprudencia ha reiterado que la existencia de vicios en el consentimiento no se presume.

4.1.3. Agrega que en el fallo apelado se ordenó trasladar los **rendimientos financieros**. No obstante, la declaratoria de ineficacia conlleva a retrotraer las cosas a su estado

anterior. En consecuencia, nunca existieron los rendimientos aludidos. Dichos conceptos son propios del RAIS y no del RPM. Por ende, se debe ordenar que las cosas regresen al estado en que se encontraban antes del otorgamiento del acto o contrato nulo, o sea antes del 20 de diciembre de 1994. Así las cosas, se debe regular oficiosamente las prestaciones mutuas de los contratantes, pues, de lo contrario, dicha sentencia infringirá la ley por la inaplicación del artículo 1746 del Código Civil, esto según pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el 17 de abril de 1995.

4.1.4. Finalmente, manifestó su desacuerdo frente a la orden de traslado de los **bonos pensionales**. Mencionó Porvenir S.A. que no tiene el bono pensional de la accionante por cuanto éste no ha se redimido. Aclara que dichas sumas se encuentran en el fondo de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda. En consecuencia, requiere se revoque el fallo de primera instancia.

4.2. Apelación Colpensiones

4.2.1. Manifiesta que ninguno de los dichos señalados por la demandante en el libelo introductorio y el interrogatorio de parte encuentran sustento probatorio. Por el contrario, se logró evidenciar que existen conductas desplegadas por activa, como el pago de aportes desde el año 1995 y hasta la fecha, de lo cual se deriva la **voluntad de pertenecer al RAIS**. Ese tipo de conductas en términos de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL413-2018, constituyen una señal nítida de la voluntad del trabajador.

4.2.2. Agrega que no es acertado señalar que al momento del traslado se debía indicar cuál de los regímenes pensionales era más beneficioso, por cuanto a la edad de la actora no tenía un derecho consolidado. Por ende, no se puede hablar de **ventajas o desventajas** al momento de la afiliación. Los supuestos engaños se traducen en meros errores de derecho, no de hecho, los cuales en virtud del artículo 9° y 1509 del Código Civil, no vician el consentimiento.

4.2.3. En cuanto a la **inversión de la carga de la prueba**, es totalmente desproporcionada. Ello, por cuanto no se exige aportar soporte alguno que demuestre la existencia de fuerza, vicio o dolo al momento de afiliarse al RAIS. Contrario a ello, se obliga que toda la carga probatoria recaiga en la AFP, sin que exista un menor esfuerzo en cabeza de la demandante. La responsabilidad objetiva exige que la esfera del control sea exclusiva de quien causa el daño. En este punto, trae a colación el artículo 4° del Decreto 2241 de 2010, frente al deber de informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones, entre otras.

4.2.4. Insiste que la señora Adriana Agudelo no atendió sus deberes legales, por lo cual, no es procedente imponer la carga probatoria solo en la AFP. Ello, altera la lógica de la carga de la prueba tal como se indica en sentencia C - 086 de 2016. Además, en el interrogatorio de parte se manifestó que nunca se acercó al fondo a procurar información sobre su situación pensional. No es acertado exigirles a los fondos una prueba documental adicional, por cuanto para la fecha

de vinculación se exigía solamente el **formato de afiliación**, el que no fue tachado de falso ni desconocido por la parte demandante y **tiene plena validez**. Expresa que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional **pone en peligro** el derecho fundamental a la seguridad de los demás afiliados y al mismo sistema, por cuanto éste se descapitaliza.

4.2.5. Por último, enrostra su inconformidad frente a la negación del *A quo* de trasladar los **gastos de administración**. Alude que en sentencia SL2817-2019 se explica lo que se debe devolver por parte de los fondos privados a Colpensiones una vez sea declarada la ineficacia de la afiliación, entre ellos, dichos rubros. Alude que, previo al traslado, Porvenir S.A. debe normalizar la afiliación en el sistema de información de la AFP. En cuanto a la devolución de sus aportes a Colpensiones, lo haga con la respectiva entrega del archivo y aportes realizados durante su permanencia en el RAIS.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Las apoderadas judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹, se pronunciaron de la siguiente manera:

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. **Colpensiones:**

Ratificó los argumentos expuestos desde la contestación de la demanda y el recurso de apelación. Resalta que para el momento del traslado de la actora no se exigía documentar las asesorías por fuera del formulario de afiliación, pues es una carga que la jurisprudencia impuso. De ahí, que es necesario que el operador jurídico considere que lo que está ocurriendo en estos asuntos no es porque el fondo privado incumplió, sino por cuanto ocurrió un cambio normativo.

En el evento que se confirme la decisión del *A quo*, requiere se modifique y/o adicione 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 bonos pensionales, también se ordene el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y a los gastos de administración debidamente indexados.

5.1.2. **Porvenir S.A.:**

Formuló sus alegatos de manera extemporánea². Requiere se revoque el fallo de primer grado.

5.1.3. **Parte demandante:**

La parte actora guardó silencio en el término concedido para formular alegatos de conclusión.

² Mediante auto del 04 de noviembre de 2020 se corrió traslado para alegatos de conclusión. La providencia se notificó por estados electrónicos el día 05 de noviembre de 2020. El término de 5 días para formular alegatos por parte de las apelantes, transcurrió entre el 06 al 12 de noviembre de 2020. Porvenir S.A. allegó memorial de alegatos el día 17 del mismo mes y año.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia.

El artículo 35 de la Ley 712 de 2001, por medio del cual adicionó el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., regula el principio de consonancia. Este consiste en que la decisión que resuelva la apelación de autos y sentencias deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso de apelación. En consecuencia, la decisión de segunda instancia no podrá tocar los puntos que las apelantes no impugnaron. No obstante, el grado jurisdiccional de consulta no tiene esas limitaciones, por lo que el control de legalidad recae sobre todos los aspectos que fueron desfavorables para la parte en virtud de la cual se surte.

2. Legitimación en la causa.

Le asiste a la demandante legitimación por activa, en tanto es la persona que se trasladó al Régimen de Ahorro individual cuya ineficacia se pretende. A Porvenir S.A., le asiste legitimación en la causa por pasiva al ser la entidad administradora en la que actualmente se encuentra afiliada la actora.

Frente a Colpensiones, debe indicarse que las documentales visibles a folios 4 a 6 y 135 a 137 dan cuenta de que la promotora de la acción estuvo afiliada en la extinta Cajanal a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, desde el 09 de junio de 1989 al 31 de diciembre de 1994.

Siendo esto así, conviene colegir que, con el fin de regular la afiliación de las personas a uno de los dos regímenes pensionales, que como la actora vienen laborando desde antes de la vigencia de la Ley 100, se expidió el Decreto 692 de 1994, que reza:

*"Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, **y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja**, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.*

*Los servidores públicos que al 1° de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, **así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.**"*

Adicionalmente, el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009 - por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal-, consagró que dicha entidad debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la entidad en la que estaba afiliada la accionante al momento del traslado de régimen pensional se encuentra liquidada, le asiste

legitimación en la causa por pasiva a Colpensiones, por ser la administradora del Régimen de Prima Media que asumió las funciones del anterior ISS. Ello, en virtud a lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2013 de 2012.

3. Problemas jurídicos.

Corresponde a la Sala establecer si:

3.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de afiliación y/o traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

3.2 De ser afirmativa la respuesta al anterior cuestionamiento: ¿La declaración de ineficacia pone en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones?

3.3. ¿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, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración?

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

4. Respuesta al primer y segundo interrogante.

4.1. La respuesta al **primer** interrogante será **positiva y al segundo negativa**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Porvenir S.A. 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. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

4.1.1. La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Por su parte, el Decreto 1068 del 23 de junio de 1995 reguló la entrada en vigencia del S.G.P. de los servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital. En su artículo 4º, prevé que ésta implica la aceptación de las condiciones propias de éste y, por ello, debe proceder de una decisión libre y voluntaria por parte del afiliado. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre

debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

4.1.2. A su turno, 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 de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, 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. Igualmente se ha señalado 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).

4.1.6. En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se 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 puntualizó en dicha providencia 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. Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del 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.

5. Caso en concreto.

5.1. Para este caso, del formulario de traslado de régimen pensional³, del certificado de información laboral para bono pensional⁴, de la constancia laboral del Servicio Geológico Colombiano⁵, de la historia laboral de Porvenir S.A.⁶ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁷; se desprende que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de

³ Folio 2 y 80

⁴ Fls. 4 a 5 y 135 a 137.

⁵ Fls. 6.

⁶ Fls. 7 a 20 y 85 a 134.

⁷ Fl. 81.

Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

5.1.1. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, del 09 de junio de 1989 al 31 de diciembre de 1994 en la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal (Fls. 4 a 6 y 135 a 137).

5.1.2. Según el formulario de vinculación o traslado No. "388494" (Fls. 2 y 80), la historia laboral de Porvenir S.A. (Fls. 7 a 20 y 85 a 134) y el Historial de Vinculaciones (Fl. 81), el 20 de diciembre de 1994, la accionante se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1º de enero de 1995, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones, tal como se desprende de la relación de aportes de esa AFP.

5.2. En la demanda⁸, se argumenta que en el acto de traslado del RPM al RAIS los asesores de Porvenir S.A. omitieron brindarle información relevante relacionada con las características del fondo, los requisitos para acceder a la pensión, el monto requerido para acceder a ella y si la edad es un presupuesto para adquirirla. Tampoco se le explicó que la mayor o menor rentabilidad del capital depende de los movimientos del mercado. Se omitió informarle las consecuencias adversas del traslado de régimen pensional. Finalmente, señaló que, al tratar de constatar el posible monto de su derecho pensional en el RAIS, se determinó en una suma de \$1.492.500, cuando lo cierto es que, dados sus salarios, de haber continuado en el Régimen de Prima Media, podría ascender a la suma de \$3.508.557.

⁸ Fls. 29 a 44.

5.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio, indicando que la vinculación de la accionante a esa administradora es un acto válido en la medida que fue realizado en forma libre, espontánea y sin presiones, tras brindar una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión (Fls. 142 a 151).

5.4. No obstante, para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado, a la promotora de la acción, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la accionante, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones (Fls. 2 y 80), lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la demandante.

5.5. Nótese, además, que en el interrogatorio de parte absuelto por activa no se advierte manifestación que permita establecer que fue debidamente asesorada, y que, por ello, era conocedora de todas las implicaciones que, en el presente como a futuro, podía involucrar el acto de traslado. En su declaración, la señora Adriana Del Pilar Agudelo Restrepo puntualizó que no se le brindó ningún tipo de asesoría, como tampoco se le explicó la diferencia entre ambos regímenes pensionales.

5.6. En consecuencia, la AFP Porvenir S.A. no demostró la debida asesoría y el suministro de información de los

alcances positivos y negativos de su decisión. Esto es, los 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 la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiaria del mismo (SL4811-2020).

5.7. Lo anterior, conlleva a despachar de manera desfavorable los argumentos formulados en los recursos de apelación.

5.8. Luego, tampoco son de recibo los reproches de la apoderada judicial de Colpensiones concernientes a que la afiliación de la accionante se mantuvo por varios años en el RAIS y, por ende, validó su afiliación. Dicha circunstancia, *per se*, no puede convalidar las deficiencias del traslado de régimen pensional que le son atribuibles a Porvenir S.A.

5.9. En lo que atañe a la inversión carga de la prueba en estos asuntos, basta con recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado como en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, que:

*"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**”*

5.10. En cuanto al reprochado incumplimiento de los deberes de la demandante frente a las exigencias del Decreto 2241 de 2010, es importante precisar que: **i)** su expedición (23 de junio de 2010) y su vigencia (1° de julio de 2010), son muy posteriores a la fecha en que la demandante suscribió el formulario de afiliación, esto es marzo de 1998; **ii)** Dicha disposición, que entró en vigencia el 1° de julio de 2010, por disposición del artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, cuya vigencia data del 15 julio del mismo año, quedó expresamente derogado; y **iii)** 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.

5.11. Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento 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. Ello, 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 fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

5.12. En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, al no haberse demostrado que la AFP Porvenir S.A. suministró a la actora la suficiente información para acogerse al RAIS.

6. Respuesta al tercer problema jurídico.

6.1. La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los rendimientos financieros y bonos pensionales, si es del caso. De otro lado, debe trasladar el rubro denominado gastos de administración, por lo cual se adicionará el fallo apelado.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

6.1.1. De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos **rendimientos financieros**. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS, dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y evidente que éste sea de su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio. En caso contrario, se estaría habilitando un enriquecimiento de carácter injustificado.

Frente a la viabilidad de trasladar dichos conceptos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación No. 68852, concluyó: *"...la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**...pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones"*. Dicho criterio ha sido reiterado en fallos SL2877 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667 y SL4811 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 68087, entre otros.

6.1.2. Frente a la **devolución del bono pensional**, la orden debe entenderse bajo la condición de que dicho bono se hubiere redimido y ya estuviere bajo la administración de la AFP. De lo contrario se constituiría en una obligación de imposible cumplimiento. Lo anterior, se acompasa con lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en las providencias antes citadas.

En consecuencia, no amerita introducir modificación alguna en la parte resolutive de la sentencia reprochada frente a dichos tópicos.

6.1.3. Finalmente, en el recurso de apelación formulado por la apoderada judicial de Colpensiones, se reprocha la omisión del *A quo* de ordenar la devolución de los **gastos de administración**. Para la Sala, dichos valores 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 para 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 C.C., 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.

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 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)".

6.1.3.1. Al examinar las órdenes emitidas en el fallo de primera instancia, se observa que el *A quo* no condenó a la devolución de gastos de administración por parte de Porvenir S.A. Por tal motivo, le asiste razón a la apoderada judicial de Colpensiones en su recurso de apelación. Ello, por cuanto los gastos de administración forman parte del capital que debe ser trasladado por el fondo privado demandado, con el cual se va a financiar la pensión de la actora.

6.1.3.2. En el evento de no trasladarse la totalidad del capital de la cuenta individual se produce un detrimento o

desmejora a la administradora Colpensiones. Por ende, se adicionará la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la demandante, por concepto de gastos de administración.

7. Respuesta al cuarto problema jurídico.

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.

8. Finalmente, no resulta procedente para el *Ad quem* ordenar el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Igual situación acontece con la indexación de los gastos de administración. Lo anterior, por cuanto dichos puntos no fueron objeto de apelación por Colpensiones y tampoco tienen sustento normativo y/o jurisprudencial.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

8.1.1. En el escrito de alegatos de conclusión, la apoderada judicial de Colpensiones, requiere el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y a los gastos de administración debidamente indexados. No obstante, colige la Sala que, dada la naturaleza propia de dicha etapa procesal, resulta inadmisibles formular nuevos puntos de apelación. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL9518 del 22 de julio de 2015, radicación No. 40501, coligió:

*"...la censura no puede pretender que los argumentos planteados en dichos alegatos subsanen de alguna manera cualquier posible deficiencia existente en el recurso de apelación, **pues el principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. limita el pronunciamiento de segundo grado a los temas planteados en la apelación, no aquellos contenidos en escritos anteriores o posteriores, tal como aduce el censor referentes a los alegatos presentados antes de emitirse sentencia de fondo**".*

8.1.2. En consecuencia, la Sala carece de competencia para pronunciarse frente a las nuevas solicitudes formuladas por la apoderada judicial de Colpensiones en su escrito de alegatos de conclusión. Ello, por cuanto desbordan las materias objeto del recurso de apelación. Dicha omisión tampoco se convalida con el grado jurisdiccional de consulta de que trata el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto

dicho mecanismo opera frente a los aspectos que fueron desfavorables para la parte en virtud de la cual se surte.

9. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Porvenir S.A. y en favor de la actora. No hay lugar a imponer costas a cargo de Colpensiones, dada la prosperidad parcial del recurso de apelación. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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: ADICIONAR el ordinal **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** a **Porvenir S.A.** trasladar a Colpensiones además de los conceptos determinados por el *A quo*, todas las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual de la actora, por concepto de "**gastos de administración**", por lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a cargo de la apelante Porvenir S.A. y en favor de la demandante. En auto aparte se fijarán las agencias en derecho.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca


CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA


LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS