



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral**

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Octubre doce (12) de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-003-2019-00088-01
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Hugo Portela Guarín
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones - Protección (Vinculado)
Asunto:	Se adiciona sentencia de primera instancia.
Sentencia escrita No.	078

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia emitida el 22 de abril de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán en el proceso ordinario laboral promovido por Hugo Portela Guarín. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Procura el demandante que se DECLARE que el acto del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., suscrito por el actor, adolece de vicios en el consentimiento por haber sido inducido de mala fe y deficiente información y que por tanto dicho traslado es ineficaz; así mismo, que dicha demandada está obligada a devolver todos los ahorros y rendimiento de la pensión a Colpensiones.

1.2. Como secuela de las anteriores declaraciones pretende que se condene a Porvenir S.A. a trasladar todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de ahorro pensional del demandante a Colpensiones; y, a esta última a recibir las sumas de dineros provenientes de dicho fondo Privado y que efectúe los ajustes y cálculos para que tales sumas sean tenidas en cuenta como efectivamente cotizadas para cuando cumpla la edad para pensionarse.

2. Contestaciones de la demanda

2.1. De Porvenir S.A.

2.1.1. Al contestar el libelo introductorio, se opone a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la entidad ante quien el actor adelantó el traslado de régimen pensional fue ante PROTECCION S.A., luego a Horizontes Pensiones y Cesantías y posteriormente a Porvenir S.A.; que, en ese orden de ideas quien debe pronunciarse sobre el traslado de régimen es la primera, esto es PROTECCION S.A.

2.1.2. Sostiene que el acto jurídico celebrado ante Horizonte y Porvenir S.A. se celebró con persona capaz a la luz de artículo 1503 de CC, que es un válido y ajustado a la ley, libre de cualquier vicio, máxime cuando en tres oportunidades el demandante ratificó su decisión de permanecer en

el RAIS y durante un lapso de 20 años.

2.1.3. Manifiesta que el demandante realizó el traslado del régimen de Prima Media a Porvenir S.A., mediante solicitud de vinculación y ratificando se voluntad de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, en cuanto adelantó solicitud de traslado entre AFPs, esto es, entre el Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE hoy PORVENIR y el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, ratificando tres veces su voluntad de traslado al RAIS, que con esto queda más que demostrado que el periodo de 20 años tuvo claro que quería pertenecer en dicho régimen privado.

2.1.4. Agrega que se debe tener en cuenta que el traslado es válido por cuanto este no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni mucho menos se realizó bajo coacción alguna y que se produjo previa asesoría integral en materia pensional, adelantada tres veces en cada AFP ante la cual se trasladó corroborando su voluntad de permanencia en el RAIS.

2.1.5. Expone que en relación con el traslado de régimen la vinculación a uno u otro régimen pensional o entidad administradora según lo determina el literal b) del art 13 la ley 100 de 1993 obedece al libre albedrio de las personas, que en el caso particular y concreto dicha determinación se encuentra plasmada en la suscripción del formulario de vinculación a la Administradora de pensiones y cesantías de su elección, para el caso Protección S.A.

2.1.6. Solicita vincular a Protección como litisconsorte necesario, por haber sido la entidad con la que el actor adelantó el traslado de régimen pensional.

2.1.7. Propuso las excepciones de fondo de: "PRESCRIPCIÓN", "FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS", "BUENA FE", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE DEVOLVER LA COMISION DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA OBLIGACIÓN", "PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO", "INNOMINADA O GENÉRICA", "INEXISTENCIA DE ALGÚN VICIO DEL CONSENTIMIENTO AL HABER

TRAMITADO EL DEMANDANTE FORMULARIO DE VINCULACIÓN AL FONDO DE PENSIONES” y “DEBIDA ASESORIA DEL FONDO”

2.2. De la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

2.2.1. Al contestar se opone a las pretensiones de la demanda, manifestando que no es procedente la nulidad del traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, porque ninguna de las pruebas que acompañan la demanda denotan vulneración de escoger libremente el régimen que gobierna su prestación; además, que en el acto de traslado no se presentó ningún vicios del consentimiento; y que, la acción correspondiente para dichos efectos se encuentra prescrita, de conformidad con lo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

2.2.2. Expresa que se opone a cualquier declaración que comprometa los intereses de la entidad, teniendo en cuenta que la pretensión de la demanda no se encuentra relacionada con las actuaciones de Colpensiones; que, en el evento de declararse la nulidad del traslado del régimen pensional solicitado corresponde a PORVENIR trasladarle la totalidad de los aportes, rendimientos, gastos de administración, etc., así como asumir la merma en el capital destinado a la financiación de la prestación del actor.

2.2.3. Propone como excepciones de fondo las de: “INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO QUE INDUJERA A ERROR DE LA AFILIACION DEL DEMANDANTE QUE TRAIGA COMO CONSECUENCIA LAANULACION O INVALIDEZ DE LA MISMA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION” y “PRESCRIPCION”.

2.3. De Protección S.A. (Vinculada)

2.3.1. Al contestar el escrito promotor, se resiste a todas las pretensiones que le puedan corresponder, argumentando que la afiliación del demandante, hoy no existe con el fondo ante la solicitud de traslado que efectuó a la AFP Porvenir S.A., la cual se efectuó conforme a los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia y se remitieron los dineros correspondientes a su cuenta de ahorro individual, que aquel no posee

aportes pendientes por devolver por parte de Protección S.A.; agrega que al demandante en la época de la afiliación, se le brindó una absoluta profesional y verdadera asesoría.

2.3.2. Propuso como excepciones de fondo las de: "FALTA DE CAUSA EN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, CARENCIA DE ACCIÓN Y AUSENCIA DE DERECHO, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS RESPECTO DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE, INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO QUE PUDO INDUCIR A ERROR EN LA AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE INICIALMENTE A LA AFP PROTECCIÓN S.A., QUE TRAIGA COMO CONSECUENCIA LA ANULACIÓN DE ESA AFILIACIÓN Y PRESCRIPCIÓN."

3. Decisión de primera instancia

3.1. El *A quo*, dictó sentencia en audiencia del 22 de abril de 2021, en la que puntualmente, resolvió:

"PRIMERO-DECLARAR la ineficacia de la afiliación en pensiones del demandante HUGO PORTELA GUARIN, identificado con CC.16.347.249 a la AFP PROTECCION S.A., suscrita el 31 de marzo de 1998, así como el traslado posterior a la AFP HORIZONTE S.A. y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por las razones expuestas. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR que para todos los efectos legales, el afiliado demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. TERCERO: -CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a efectuar el pago o traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, como administradora del Régimen de Prima Media, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante HUGO PORTELA GUARIN, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a la administradora COLPENSIONES, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido y las sumas de dinero descontadas de la cuenta individual del demandante por concepto de gastos de administración. CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES recibir los valores trasladados por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR

*S.A. y correspondientes al demandante. **QUINTO:** DECLARAR como no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. **SEXTO:** Se condena a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. a pagarlas costas que se liquiden en favor del demandante, incluidas las AGENCIAS EN DERECHO que se fijan en la suma total equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. **SEPTIMO:** CONSULTESE esta decisión ante el Superior, por haber sido adversa a la demandada COLPENSIONES. NOTIFIQUESE. Se notifica en estrados a las partes.”*

3.2. Para adoptar tal determinación, previa valoración probatoria dio por hecho que el demandante estuvo afiliado al RPM , cotizando un total de 524 y que posteriormente se trasladó al RAIS, seguidamente trajo a colación la normatividad que regula la libertad de escogencia de régimen pensional y dio lectura a algunos precedentes de la jurisprudencia especializada y de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán y tras manifestar su acogimiento a los mismos, precisó que en este caso para la fecha en que el demandante suscribió el formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual, la administradora Protección S.A. estaba obligada a entregar al actor previamente una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar, para que tuviera la condición de ser libre y voluntaria, como lo ordena el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

3.2. Refiere que al negar el promotor del proceso tanto en la demanda como en el interrogatorio de parte que la información le fue suministrada, la carga de la prueba se invirtió correspondiéndole al fondo demandado demostrar lo contrario, lo cual no se logró, en tanto solo aportó como prueba la firma del formulario por parte del demandante, prueba que no es idónea del cumplimiento de la obligación, por lo que en este caso no se demostró que hubiera suministrado una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a adoptar, para que la misma tuviera la condición de ser libre y voluntaria, razón por la cual el acto de la afiliación se torna en ineficaz y por ende se genera la consecuencia jurídica plasmada en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en el sentido de quedar sin efecto la afiliación del demandante a la AFP PROTECCION, que fuera suscrita el 31 de marzo de 1998 y su posterior traslado a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR.

3.3. De otro lado, apoyado en criterios de la jurisprudencia especializada, concluyó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen

pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y los derechos que nacen de ella tienen igual connotación pues forman parte de los derechos irrenunciables a la seguridad social.

4. Las apelaciones

Contra esa decisión, las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones formularon recursos de apelación y los sustentaron esencialmente en los siguientes términos.

4.1. Apelación Porvenir S.A.

4.1.1. Se duele de la orden impartida en la sentencia de primer grado, respecto a la devolución de gastos de administración, arguyendo que se está en presencia de prestaciones ya acaecidas por lo que no se puede desconocer que la cuenta de ahorro individual del demandante produjo rendimientos gracias a la buena gestión de la administración, la cual a su vez cobró una comisión para hacer rentar esos dineros por lo tanto son conceptos excluyentes es decir que, no se puede devolver dos sumas al afiliado pues estaría desconociendo el trabajo que por más de 20 años ha realizado Porvenir S.A.; además que su actuación ha sido de absoluta buena fe.

4.1.2. Sostiene que se debe tener en cuenta que la afiliación al sistema general de pensiones se formaliza con el diligenciamiento del formulario de vinculación dispuesto para tal fin, el cual debe cumplir con los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del decreto 692 de 1994 y el programa adoptado por el Superintendencia Financiera de Colombia a través de la circular 34 y 37 de 1994 ; que dicha formalización del contrato de vinculación mediante la suscripción del formulario de afiliación creó para el sistema general de pensiones un contrato válido y de ahí se generaron derechos y obligaciones recíprocas para las partes.

4.1.3. Alega que la permanencia del actor en el sistema general de ahorro individual por más de 20 años, implica que había aceptado su permanencia en el mismo, por lo que en aplicación del artículo 20 de la Ley 100 de 1993

se efectuó la distribución de la cotización tal y como lo ordena dicha norma, es decir destinando el 3% de la misma para cubrir los gastos de administración, que, en consecuencia, al decretarse la ineficacia del traslado y ordenar la devolución de recursos se deben respetar las restituciones mutuas y por tanto excluir la sumas por concepto de dichos gastos de administración, que en este evento debe darse aplicación al artículo 7º del decreto 3995 de 2008 que regulan que al efectuarse la transferencia de recursos entre los regímenes se debe trasladar lo correspondiente a los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, más no que se ordene devolver los gastos de administración.

4.1.4. Adicionalmente solicita a tener en cuenta que el demandante estuvo en un tiempo afiliado a Protección S.A., mediante la suscripción del formulario de vinculación efectuada el 31 de marzo de 1998, hasta que se trasladó a la AFP horizonte hoy Porvenir S.A., esto es, el 2 de septiembre de 1999, por lo que también surge para dicha entidad la misma responsabilidad frente a los gastos de administración que acarrea la administración de los recursos, dado que, en su momento también cobro la gestión por administración.

4.1.5. Finaliza insistiendo en que se revoque la decisión emitida por el juez de primera instancia de ordenar la devolución de los gastos por administración.

4.2. Apelación de Colpensiones

4.2.1. Discrepa de la apreciación del A quo, referida a la falta de acreditación del suministro de información al actor, aduciendo que las obligaciones generales previstas en los artículos 14 y 15 decreto 656 de 1994 a cargo de las AFP relacionadas con tal información se cumplen con el formulario de afiliación, que para la época de la afiliación del demandante, los fondos pensionales no tenían la obligación de probar las asesorías en otros documentos por fuera de tal mentado formulario, que esta es una carga que la jurisprudencia impuso, por lo que la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debía brindarse al tiempo de la afiliación deben ser valoradas bajo la normativa vigente para la fecha de la suscripción del formulario, dado que no es razonable ni

jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado. Afirma que el fondo sí ofreció una debida asesoría al señor Hugo Portela y resalta que conforme lo expuesto en la demanda y lo declarado en el interrogatorio de parte, se evidencia que en este caso no se está frente a una omisión errónea o inadecuada información sino ante inconformidad sobre el monto de la mesada pensional, dado que señala que el que recibiría en el RAIS no supe su calidad de vida.

4.2.2. De otro lado, controvierte la omisión del A quo de ordenar que los gastos de administración de devuelvan indexados, así mismos que no haya dispuesto el traslado correspondientes al porcentaje de la garantía de pensión mínima y las sumas adicionales de la aseguradora, por ello solicita que el *Ad quem* disponga la devolución de es estos valores a Colpensiones, adicionando para ello el numeral tercero de la sentencia, pedimento que apoya en criterios jurisprudenciales¹, según los cuales, estos valores hacen parte de los que la administradora le debe devolver como consecuencia de la ineficacia de la afiliación.

4.2.3. Precisa que los **gastos de administración** deben trasladarse indexados para que no se genere un detrimento patrimonial a la entidad. Respecto a la devolución de la garantía de pensión mínima, sostiene que conforme lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, la devolución de todos los valores acumulados en la cuenta individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media, por ser la entidad encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional; y **en cuanto a las sumas adicionales**, arguye que es necesario el traslado de ese porcentaje mensual que porvenir descontó al demandante y que corresponde al 1.6% de IBC sobre el cual cotizaba el señor Hugo Portela, ya que al permitir que Porvenir efectúen descuentos por concepto de sumas adicionales se le está dando efectos parciales a la declaratoria de ineficacia; además, que de no garantizarse el traslado íntegro de los aportes realizados por el demandante a Colpensiones, que es un tercero de buena fe, se le impone que asuma ese faltante correspondiente al 1.6% mensual del IBC que ha cotizado desde año 1998 hasta la fecha en el RAIS.

¹ S.L. 1688 del 8 de mayo de 2019, AL 1251 del 27 de mayo de 2019, S.L. 2877 de 2020, sentencia SL 1421 de 2019
Página 9 de 31

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión.

Dentro del trámite de segunda instancia, ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación, se corrió traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020¹, derecho respecto del cual, sólo hicieron uso Porvenir y Colpensiones.

5.1.1. Colpensiones:

5.1.1. En su escrito de alegaciones manifiesta que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación. Recalca que el fundamento de la sentencia de primera instancia es que la AFP no brindó la debida asesoría al demandante, que para ello no tuvo en cuenta que al momento del traslado del actor no les era exigibles a los fondos documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, que esa, es una carga que la jurisprudencia impuso, e itera que, hacerlo implica imponer cargas a los fondos no previstas por el ordenamiento jurídico, ya que si la Ley no les exigía otros documentos como soporte de las asesorías mal podría ahora exigírseles cuando han transcurrido más de 20 años de vinculación; que los fondos teniendo la facultad legal para hacerlo optaron por no constituir otros documentos por fuera del formulario, que prueba de ella es que en ninguno de los procesos cuentan con otras pruebas, por manera que requerir otros mecanismos probatorios es obligarlos a lo imposible, que es necesario que se considere que lo que está ocurriendo en los asuntos como el presente, no es porque el fondo privado incumplió, sino porque ocurrió un cambio normativo.

5.1.2. Manifiesta que de ser confirmada la sentencia se adicione el numeral tercero de la parte resolutive en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que además de trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y bonospensionales en caso de contar con ellos, también se ordene como valor a trasladar lo atinente a la INDEXACIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, APORTES PARA GARANTÍA DE LA PENSIÓN MÍNIMA y las SUMAS ADICIONALES

DE LA ASEGURADORA, dado que estos valores de conformidad con la jurisprudencia actual de la H. Corte Suprema de Justicia, hacen parte de los valores que la administradora debe devolver a la primera AFP como consecuencia de la ineficacia de la afiliación, dada la conducta indebida de dicha administradora al momento de efectuar el traslado del afiliado.

5.2. De Porvenir S.A.

5.2.1. Como alegatos de conclusión, concretamente frente al asunto en cuestión, refiere que el demandante, luego de la información recibida, manifestó mediante su firma plasmada en formulario de vinculación de fecha 02 de septiembre de 1999 y con efectividad a partir del 01 de noviembre de 1999, su voluntad de afiliación y al haber permanecido por más de 19 años queda demostrado la intención y la decisión de mantenerse en el régimen de ahorro individual al cual pertenece Porvenir, razón por la cual conforme a las normas vigentes para el año 1999 están dados todos los requisitos de Ley para la validez de la selección de régimen realizada por el demandante.

5.2.2. Señala que se debe tener en cuenta que PORVENIR S.A. ha actuado con la mayor y absoluta buena fe y en cumplimiento de lo dispuesto en el régimen de ahorro individual al cual pertenecen las AFPs, previa la asesoría verbal realizada en virtud de la ley vigente para la fecha de vinculación del demandante y también que a la luz del art 1503 y 1504 es una persona capaz que firmó de manera libre y voluntaria formulario de vinculación y en virtud de ello se generaron derechos y obligaciones dentro del régimen de ahorro individual al cual pertenece PORVENIR S.A., que por tal razón los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante tuvieron un incremento a través de los rendimientos generados por la buena administración que PORVENIR S.A., por ende no puede beneficiarse de las gestiones de administración de los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual sin que se efectúen los descuentos de ley regulados en el art 20 de la ley 100 de 1993.

5.2.3. Explica que al tener los dineros destinados a la seguridad social dentro de la cuenta de ahorro individual que es manejada por las AFPs se generan gastos de administración, así como la necesidad de contratar un seguro provisional de invalidez y muerte para cada contingencia y para

cada vigencia del caso; que devolver el dinero que la ley le permite a la AFP descontar por tales conceptos, generaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante quien se ha visto favorecido por beneficios propios del RAIS y un empobrecimiento para la AFP y por ende para el sostenimiento financiero del sistema de seguridad social del régimen de ahorro individual, que por esta razón se opone a la devolución de gastos de administración.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de los recursos, sin perjuicio de las previsiones consignadas en la sentencia C 968 de 2003 promulgada por la Corte Constitucional.

2. Legitimación en la causa

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

2.2. De otro lado, a Porvenir S.A. y a Protección S.A. les asiste legitimación en la causa por pasiva, por ser las entidades administradoras que efectuaron la afiliación que es objeto de reproche.

2.3. Frente a Colpensiones, debe indicarse que, de conformidad con la historia laboral consolidada², expedida por Porvenir S.A., el 3 de diciembre de 2018 se constata que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media y cotizó en el I.S.S.(hoy Colpensiones) un total de 524.14 semanas en esta entidad, del mismo historial se desprende que bajo dependencia de la razón social Universidad del Cauca, su periodo de cotizaciones en el RPM conforme a lo reportado en el sistema de bonos pensionales, inicio el 15 de marzo de 1984 y terminó el 31 de marzo de

² Folios 18 expediente digital

1994 de igual manera este hecho se extracta del informe de Asofondos,³ del que se extracta que el 31 de marzo de 1998, se dio el primer traslado de régimen del demandante, siendo la AFP de origen Colpensiones y de destino Protección S.A. 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:

De acuerdo con los reparos que hacen los recurrentes, corresponde a la Sala establecer si:

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

Si lo anterior resulta positivo, conjuntamente se determinará si: ¿la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pone en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones?

3.2. ¿Es improcedente que en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, se ordene el traslado a Colpensiones, además del capital los gastos de administración como lo sostiene Porvenir?

3.3 ¿Si la respuesta anterior define la procedencia del traslado de los gastos de administración, estos se deben devolver indexados?

3.4. ¿Sería dable adicionar la sentencia de primer grado para ampliar la condena impuesta a Porvenir SA, respecto de las sumas que por parte de la AFP se descontaron por concepto sumas adicionales y la garantía de pensión mínima?

3.5. En virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, deberá analizarse si es procedente adicionar la sentencia de primer grado para ampliar la condena impuesta a Porvenir SA, respecto de las sumas que por parte de la AFP se descontaron por concepto de las

³Folio 12º expediente digital

primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes?

3.6. ¿Debe Protección asumir los gastos de administración descontados de las cotizaciones del demandante, durante el tiempo de su vinculación?

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

4. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

4.1. Respuesta al primer problema jurídico.

4.1.1. Previo a dilucidar si en este caso fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conviene puntualizar que, de la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que trajo consigo la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que éste trajo consigo, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

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

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

intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994 ya comentado, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno, tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

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, SL19447 - 2017, SL 4964 -2018, SL 4689-2018 y entre las más recientes SL1452-2019, SL1421-2019 de 10 de abril de 2019 y SL 373 del 10 de febrero de 2021, Radicación No 84475 señala que: *" la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas decada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

4.1.5. Bajo esta dirección, 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).

4.1.6. En esa línea de pensamiento, en sentencia CSJ SL1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993,

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

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

4.1.8. Y sobre la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, respecto de, a quien le corresponde demostrar la existencia de consentimiento informado, precisó la alta Corporación 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 documentaciónsoporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

"Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustraran a la accionante al momento del

traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP, al respecto en sentencia SL SL1688-2019, así:

(...)

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional”.

4.1.10. Caso en concreto

4.1.10.1. Descendiendo al asunto que concita la atención de la Sala, debe decirse que al auscultar los supuestos facticos sobre los cuales se apoyan las pretensiones del libelo introductorio y medios de prueba que militan en el expediente, se evidencia y constata lo siguiente:

4.1.10.2. Obra en el plenario, historia laboral consolidada, expedida por Porvenir S.A., el 3 de diciembre de 2018⁴ de la que se extracta que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media y cotizó en el I.S.S.(hoy Colpensiones) un total de 524.14 semanas en esta entidad, del mismo historial se desprende que bajo dependencia de la razón social Universidad del Cauca, su periodo de cotizaciones en el RPM conforme a lo reportado en el sistema de bonos pensionales, inicio el 15 de marzo de 1984 y terminó el 31 de marzo de 1994.

4.1.10.3. De igual manera, el hecho de la preliminar vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, queda evidenciado con el informe de Asofondos,⁵ y el formulario de afiliación (traslado de régimen)⁶, primigeniamente efectuado a Protección S.A., por cuanto estas documentales dan cuenta que el 31 de marzo de 1998 se dio el

⁴ Folio 18 expediente digital

⁵ Folios 120 expediente digital

⁶ Folios 182 expediente digital

inicial traslado del RPM al RAIS.

4.1.10.4. Así entonces, sin lugar a dudas, queda establecido que el accionante estuvo vinculado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

4.1.11. Ahora, se observa que para efectos de cuestionar el referido traslado, narra el promotor del proceso que estuvo afiliado al SGSS desde antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 cotizando en el I.S.S. hoy Colpensiones 524 semanas; que, estando en horario laboral una asesora de Porvenir S.A. (*sic*) en un tiempo de 10 a 15 minutos le indicó la importancia de trasladarse a esta entidad, argumentando que el I.S.S. estaba en crisis y a punto de cerrar, que el fondo privado era más seguro, que tendría mejores rendimientos, y que se pensionaría antes de la edad requerida en el RPM y con una mesada pensional superior; pero que, no le advirtieron que ello dependía del capital, no le hablaron del derecho de retracto, ni los factores que influyen para establecer el monto de la pensión, incumpliendo con ello, el deber de diligencia que le imponía su responsabilidad, induciéndolo en error a efectos de producirse el traslado.

4.1.12. Acorde con lo anterior, fundada en los dispositivos legales reseñados y en acogimiento de los postulados de la jurisprudencia especializada cuyos apartes compartimos, precisa la Sala que la sola suscripción del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad *per se*, no constituye prueba idónea para acreditar que Porvenir S.A. ofreció al promotor de este juicio, una ilustración, 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.

4.1.13. Para este Colegiado, si bien el formulario de traslado aparece suscrito por el actor haciendo constar que la escogencia del RAIS fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones, en copiosos pronunciamientos se ha dejado sentado y se mantiene pacífico, que la sola suscripción del formulario de afiliación al RAIS, es un acto que resulta ineficaz para demostrar que Porvenir S.A. cumplió con su deber de acreditar que brindó información suficiente sobre las implicaciones de esa decisión, previo a la formalización de dicho acto

4.1.14. Además, que en el interrogatorio de parte absuelto por el actor no se advierte manifestación que permita establecer que fue debidamente asesorado, y que, por ello, era conocedor de todas las implicaciones que, en aquel preciso momento como a futuro, podía involucrar el traslado.

4.1.15. En suma, el incumplimiento al deber de proporcionar a los interesados una información clara, cierta, comprensible y oportuna, conlleva a la declaratoria de ineficacia de la afiliación o acto de traslado, pues en efecto, la documental aportada solo da cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

4.1.16. Por lo tanto, 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 mermas, 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.

4.1.17. De otro lado, 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.

4.1.18. Sean las anteriores consideraciones suficiente para refrendar la sentencia de primer grado en cuanto declaró la ineficacia de traslado del RPM al RAIS.

4.2. Respuesta al segundo problema jurídico

4.2.1. En cuanto a los **gastos de administración**, de cuya orden de traslado se queja la apoderada de Porvenir, se precisa que son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Por tanto, resulta procedente que los fondos privados demandados le reintegren su monto, por lo que pasa a indicarse.

4.2.1.1. El artículo 1746 del C.C., aplicable analógicamente en esta clase de asuntos prevé que la declaratoria de ineficacia trae aparejada la obligación de efectuar entre los contratantes las respectivas restituciones mutuas, que implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que debió recibir de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula de igual manera en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, normativa que dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes.

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

4.2.1.3. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, indicó:

*"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los **gastos de administración y comisiones** con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al 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)".*

En consonancia con lo anterior, la Sala estima que acertó el A quo al incluir dentro de las sumas a trasladar por parte de Porvenir S.A. a Colpensiones, lo correspondiente a las cuotas o gastos de administración, por lo tanto los argumentos expuestos por la recurrente, Porvenir, no tienen la virtualidad de lograr la revocatoria frente a este punto.

4.3. Respuesta al tercer problema jurídico.

4.3.1. La apoderada de Colpensiones, dentro del sustento de la alzada procura que, de confirmarse la sentencia, se ordene que los gastos de administración le sean trasladados debidamente indexados.

4.3.2. Al respecto, lo primero que dirá la Sala es que, en tratándose de un aspecto que no fue controvertido por la AFP en el recurso de apelación, lo cual delimita el tema objeto de estudio y decisión ante este Tribunal, en virtud del principio de consonancia, no serán objeto de estudio en segunda instancia; además, si bien, los alegatos de 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.

4.3.3. Sobre el particular 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**".*

4.3.4. Ahora, si en gracia de discusión, en consideración a que se trata de un asunto que va en pro de los intereses de Colpensiones, se aceptara, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, que es procedente pronunciarse sobre la temática relativa a la pretendida indexación de los gastos de administración, la respuesta sería igualmente **negativa**, por las siguientes razones:

4.3.5. Conforme lo previsto en la ley, es importante recordar que las AFP deben invertir los recursos existentes en las cuentas individuales, en el fondo o fondos de pensiones elegidos por los afiliados, a fin de que aquellos obtengan rendimientos, respecto de los cuales, incluso a fin de prever que no sufran desmejoras, precisó que es una obligación de la administradora, garantizar una rentabilidad mínima, de ahí que si la ordenada a raíz de la declaratoria de ineficacia es que las AFP trasladen a Colpensiones el valor recibido por concepto de cotizaciones más los rendimientos financieros, entiende la Sala que el sistema ya tiene prevista su propia dinámica económica para mejorar esos recursos y por eso no es viable reconocer sumas adicionales, ni siquiera por vía de indexación frente a gastos y/o comisiones por administración, pues cuando la

cotización retorna al RPM por declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, ya los recursos del afiliado regresan incrementados.

4.3.6. Ahora, si bien la Sala no puede desconocer que en la providencia SL1688-2019 la Corte dispuso que las AFP devolvieran debidamente indexadas a Colpensiones las sumas que descontaron por concepto de gastos y/o comisiones de administración, considera que las mismas no se advienen al presente caso, como quiera que en aquellos asuntos el reconocimiento de la indexación fue objeto de las pretensiones, lo cual no ocurrió en el sub lite.

4.3.7. Igual sucede con lo resuelto en la providencia AL 1251-2020, que trae a colación en sus alegatos la apoderada de Colpensiones para soportar el reconocimiento de la indexación, en tanto de su revisión, es dable resaltar que la misma tuvo por finalidad resolver un recurso de queja formulado contra el auto que negó la concesión del recurso extraordinario de casación, para lo cual tuvo en cuenta el valor de las condenas impuestas a la AFP demandada y que realmente podían constituir un agravio para su patrimonio, si a aquella le asistía interés jurídico para recurrir en casación, de manera independiente si las compartía o no, de ahí que, los rubros que la condena impuesta haya previsto por concepto de indexación, no implican per se, que la Corte haya estado de acuerdo con la misma.

En armonía con lo anterior, frente al traslado de los gastos de administración a Colpensiones, no procede la indexación.

4. 4. Respuesta al cuarto problema jurídico.

Se memora que se circunscribe a determinar si es viable adicionar la sentencia de primer grado para ampliar la condena impuesta a Porvenir SA, respecto de los valores que por parte de la AFP se descontaron por concepto sumas adicionales y la garantía de pensión mínima, para ese efecto conviene puntualizar lo siguiente:

4.4.1. De las sumas adicionales

4.4.1.1. Al respecto, ciñéndonos en estricto sentido a que lo procurado es la devolución de sumas adicionales de la aseguradora, de entrada dirá la Sala que ello no es posible, como quiera que conforme a lo vertido en el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el concepto de sumas adicionales, no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, ni tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las administradoras del fondo de pensiones, basta para ello examinar los artículos 70 y 77 de la citada ley, para colegir que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional, cuando en la cuenta individual del afiliado no exista el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes según sea el caso.

4.4.1.2. 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).

4.4.1.3. Ahora, la Sala no desconoce que sobre la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto traslado, ha hecho referencia la Sala de Casación Laboral en varias de sus providencias, citando como sentencia inicial la correspondiente al radicado N.º 31989 de 2008, sin embargo, es importante puntualizar que es en la parte considerativa más no en la resolutive, que la Corte alude a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, citando dicho rubro de manera enunciativa, al hacer referencia al deber de las administradoras de devolver al sistema, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación. Por lo tanto, se mantiene el criterio que, como en el presente asunto no está acreditado que la AFP Porvenir SA hubiere recibido respecto del demandante sumas de dinero por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, no es viable disponer tal traslado.

4.4.1.4. Asimismo, es menester aclarar que el concepto de "sumas adicionales de la aseguradora", no es equivalente al valor de las primas correspondientes a los seguros contratados por las AFP con aseguradoras,

para garantizar el pago de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, pues la sumas adicionales solo se originan, cuando una vez causada la correspondiente pensión de invalidez o sobrevivientes, en la cuenta de ahorro individual del afiliado, no se cuenta con el capital necesario para solventar el pago de la respectiva prestación, siendo entonces de cargo de la correspondiente aseguradora, asumir el valor que hiciere falta.

4.4.1.5. Luego entonces, como en el presente caso no se analiza la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/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 tanto, sobre este aspecto, acertó el fallador de primer grado, al omitir la inclusión dentro de los rubros que deben ser trasladados a Colpensiones, las referidas sumas adicionales.

4.4.1.6. Sean las anteriores motivaciones suficientes para sostener que no es posible disponer la adición de la sentencia incluyendo el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora.

4.4.2. De la garantía de pensión mínima.

4.4.2.1. Este juez plural, frente a la petición de Colpensiones referente al traslado de la garantía de pensión mínima, como adición a lo ordenado por el A quo, encuentra viabilidad, teniendo en cuenta que este rubro se financia con el 1.5%, de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS y que en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM. Ello, dado que, a partir de lo reglado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, en concordancia con lo previsto en el artículo 1° de Decreto 4982 de 2007, tratándose de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el porcentaje general del 16% del IBC o en otras palabras, la cotización, se distribuye de la siguiente manera: el 11.5% para la cuenta individual de ahorro pensional; el 3% para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes y el 1.5% para asegurar la garantía de pensión mínima.

4.4.2.2. Por consiguiente, por haberlo omitido el juzgador de primer grado, se hace necesario ordenar en esta instancia la devolución del mencionado rubro, a fin de garantizar que las cotizaciones del demandante en el RAIS, retornen al RPM de manera íntegra, pues, reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica, que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido, aún a costa de las utilidades de la AFP privada, que por la misma figura de la ineficacia debe operar para todos los valores que componen la cotización.

4.4.2.3. En armonía con lo anterior, se adicionará la sentencia en el sentido de ordenar a Porvenir, que además de lo ordenado en la sentencia de primer grado, también traslade lo concerniente al rubro relacionado con la garantía de pensión mínima.

4.5. Solución al quinto problema jurídico.

4.5.1. Frente a este interrogante, relativo a determinar si en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, sería viable adicionar la sentencia de primer grado para ampliar la condena impuesta a cargo de Porvenir S.A., respecto de sumas por concepto de las **primas por seguros de invalidez y sobrevivientes**, la respuesta habrá deser afirmativa por lo que pasa a exponerse:

4.5.1.1. En virtud de lo consagrado en el artículo 69 del CPT y de la SS, después de la modificación introducida por artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, deberán ser consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, siendo también aceptado que, lo que la ley persigue con la consulta es la protección de los bienes y el interés público.

4.5.1.2. En efecto, la consulta ha sido prevista como un mecanismo de revisión oficioso de la sentencia que opera por ministerio de la ley, a través del que se pretende ejercer un control integral encaminado a corregir los errores de hecho o de derecho en los que haya podido incurrir el fallador de primer grado, sin que quede cobijado por los alcances del principio de

la *no reformatio in pejus*⁷.

4.5.2. Caso concreto

4.5.2.1. Advierte la Sala, que el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia que ahora se revisa, no incluye el valor de la cotización destinado al pago de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, que en estricto sentido es lo que reprocha la apoderada de Colpensiones al sustentar su alzada y que erróneamente, alude a “sumas adicionales de la aseguradora”.

4.5.2.2. En razón a lo anterior y como quiera que se trata de una omisión que va en contra de los intereses de dicha entidad, este Colegiado estima procedente por vía del grado jurisdiccional de consulta asumir su estudio, toda vez, que el valor de las pólizas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, se financian con el 3%, de la cotización obligatoria que mes a mes debe realizar el afiliado al RAIS, y que se extrae del porcentaje general del 16% que regula el artículo 1º del Decreto 4982 de 2007 y en virtud de la declaratoria de ineficacia y la figura de las restituciones mutuas, debe retornar íntegra al RPM.

4.5.2.3. Por consiguiente, se hace necesario ordenar en esta instancia la devolución de las primas en cuestión, dado que con ello se garantiza que las cotizaciones del demandante en el RAIS, retornen al RPM de manera íntegra., toda vez que, *-se itera-* reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica, que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido, aún a costa de las utilidades de la AFP privada, que por la misma figura de la ineficacia debe operar para todos los valores que componen la cotización.

4.5.2.4. Es más, consentir, que la AFP Porvenir retenga los valores que eventualmente destinó para adquirir las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, entrañaría el desconocimiento del aforismo "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" al que la Corte Constitucional ha aludido como una regla general del derecho, por virtud de la cual, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-424 de 2015, que reitera lo dicho por esa misma Corporación en providencia C-968 de 2003
Página 27 de 31

finés que persigue la misma norma. Ello, toda vez, que guarda compatibilidad con los postulados previstos en la Constitución Política, en particular, con el “deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” consagrado en el artículo 95 de la Carta Política, amén, que en sí mismos, los derechos tienen un límite sustancial, según el cual, para la primacía de un orden justo se requiere el ejercicio simultáneo de los derechos propios y ajenos; así como el deber de actuar de forma justa sin desvirtuar el objetivo que persigue la norma llevándola a resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico⁸; los cuales fueron desbordados por la AFP Porvenir desde el mismo momento en que incumplió sus deberes legales y a partir de éste, gestó el negocio jurídico ineficaz, que inhibe cualquier beneficio en desmedro de los derechos del afiliado o del RPM administrado por Colpensiones.

4.5.2.5. De otro lado, no es plausible admitir la retención de los dineros por parte de la AFP Porvenir, so pretexto de la existencia del contrato de seguro celebrado por ésta con las aseguradoras, en cumplimiento de las disposiciones del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Lo anterior, dado que se trata de una relación jurídica ajena a la del cotizante o afiliado con Porvenir S.A., que por esa connotación, eventualmente edificaría un litigio extraño al de ineficacia del traslado, que en últimas, no ha sido objeto de planteamiento de forma, que en observancia del principio de congruencia, no puede ser examinado por la Sala, al margen, de la impropiedad que el afiliado resulte afectado de un negocio jurídico ineficaz.

4.5.2.6. Aunado a lo anterior, consentir que Porvenir no devuelva el valor de las primas de los seguros previsionales, implica la violación directa del artículo 1746 del Código Civil, aplicable según la jurisprudencia del órgano de cierre en materia ordinaria laboral, y como se explicó anteriormente, a la figura de la ineficacia, en tanto que, ambas otorgan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato. Subyace una zona de penumbra en torno al monto preciso de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, en tanto que, además de sufragarse con parte del 3% de la cotización - sin que se pueda señalar con exactitud la porción que fue destinada a su adquisición -, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993, son seguros colectivos y de participación, circunstancias que imposibilitan al juez, en el hipotético caso de considerar que no hay lugar a su reintegro,

⁸ Sentencia T-122 de 2017

proferir una condena en concreto, considerando que le está vedado emitir condenas *in genere*, y de manera alguna se demostró en el proceso que se contrató el seguro previsional, el valor de la póliza colectiva y de participación, y cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde al demandante. Y es que al final de cuentas, el principio supra legal de la tutela judicial efectiva, impide soslayar los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS, por cuya virtud, el rubro por las cotizaciones debe retornar de manera íntegra al RPM, con independencia de la destinación que sobre la misma efectuó la AFP del RAIS.

4.5.2.7. De contera, como la ineficacia comporta el desconocimiento de los efectos jurídicos del acto de traslado desde el momento en que aquél pretendió materializarse, siendo consecuencia obligada la devolución de la cotización completa, aunque en su momento la misma haya sido distribuida en la forma indicada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, así como también los rendimientos financieros causados en vigencia de la afiliación efectuada de manera irregular, como quiera que de no haberse presentado la mutación viciada de régimen, en el RPM la cotización también habría obtenido rendimientos.

4.5.2.8. Sean las anteriores motivaciones suficientes para disponer la adición del ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia consultada, en el sentido de indicar que también será objeto de devolución por parte de la AFP Porvenir SA, las sumas que haya descontado con destino al pago de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, de las cotizaciones obligatorias que mes a mes recibió a nombre del demandante.

4.6. Resolución del sexto problema jurídico

4.6.1. La demandada Porvenir, dentro del discurso argumentativo para derruir la orden de trasladar a Colpensiones el valor correspondiente al porcentaje descontado al afiliado por concepto de gastos de administración, solicita que se tenga en cuenta la responsabilidad que frente a este rubro le asiste a Protección S.A., durante el tiempo que el actor estuvo afiliado.

4.6.2. Para definir este punto traído en discusión ante esta instancia,

importa señalar que se encuentra probado que mediante formulario No. 0890332 suscrito el 31 de marzo de 1998, el señor Hugo Portela Guarín, se trasladó por primera vez del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que a través de formulario de afiliación No. 657531, firmado el 02 de septiembre de 1999, se trasladó a la AFP Horizontes; y, que mediante formulario No. 13392167 refrendado el 04 de septiembre de 2009, se trasladó a Porvenir S.A.

4.6.3. El historial de estas vinculaciones, contenido en el reporte de Asofondos que obra en el plenario, permite constatar que la materialización de la afiliación a Protección inicio el 1º de mayo de 1998 y terminó el 31 de octubre de 1999; y que la ejecución del traslado a Horizontes, hoy Porvenir S.A., en virtud de la fusión que se dio entre estas dos entidades, tuvo su génesis el 1º de noviembre de 1999 y finalizó el 31 de octubre de 2009, para posteriormente, cobrar efectividad Porvenir desde el 1º de noviembre de este último año, donde ha venido efectuando cotizaciones hasta el mes de enero de 2020, tal como consta en la relación histórica de movientes visible a folios 125 a 137 del expediente digital.

4.6.4. Para la Sala, aunque esta apodícticamente demostrado que el demandante entre el 1º de mayo de 1998 y el 31 de octubre de 1999, estuvo afiliado a Protección S.A., en este evento en particular, no resulta procedente considerar que esta entidad deba sufragar los gastos de administración que durante el mencionado lapso descontó de las cotizaciones del afiliado, lisa y llanamente porque no es dable que ante este estadio procesal por vía del recurso de apelación, Porvenir S.A., traiga un nuevo aspecto de litigio, que no fue materia de debate y decisión en primera instancia, pues al contestar la demanda, aunque solicitó la vinculación de Protección, no elevó en concreto una pretensión en su contra, por tanto, no puede ahora venir a sorprender a la contraparte, con una situación frente a la cual no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción; y, mal se haría por parte de este Colegiado, ordenarle que traslade el valor correspondiente a los gastos de administración a Colpensiones, durante el tiempo que el actor fue su afiliado, porque con ello, no solo se vulnerarían los mencionado derechos, sino que se atentaría contra el debido proceso, vertido en el artículo 29 Superior.

4.6.5. En armonía con estas breves motivaciones, la pretensión de Porvenir S.A., no está llamada a prosperar en esta instancia.

4.7. Respuesta al séptimo problema jurídico.

4.7.1. El juez de instancia declaró no probada la excepción de prescripción formulada por las entidades accionadas, decisión que secunda la Sala, como quiera que la línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que los términos de prescripción para ejercerla acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter declarativa, cuyo propósito es la recuperación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez bajo las garantías que de él emanan, se torna imprescriptible. Por ende, se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

5. 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 dada la prosperidad parcial de la apelación de Colpensiones, no se imponen costas en su contra.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta, en el sentido, de ordenar a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones, además de lo indicado en el referido ordinal (capital,

rendimiento financieros y gastos y/o comisiones por administración), lo que también descontó de las cotizaciones obligatorias que recibió del demandante, con destino a la garantía de la pensión mínima y al pago de las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

TERCERO.- CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a Porvenir S.A. En auto separado se fijarán las agencias enderecho.

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.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los Magistrados,



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
Con salvamento parcial de voto