



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Julio, catorce (14) de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-002- 2019-00170-01
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Silvia Mercedes Chara López
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se revoca parcialmente y se adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	052

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 03 de septiembre de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán en el proceso ordinario laboral promovido por Silvia

Mercedes Chara López. 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

Procura la demandante que: (i) se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A. (ii) Declarar y condenar a Porvenir S.A., asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la Pensión de Vejez del demandante, por lo gastos de administración que haya sufrido. (iii) Declarar y condenar a Porvenir S.A., a trasladar a la administradora del régimen de Prima Media con prestación definida, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales con los rendimientos que se hubieren causado. (iv) Se condene en costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso.

2. Contestaciones de la demanda

2.1. Colpensiones

2.1.1. Al contestar el libelo introductorio, se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que el pretendido traslado es improcedente bajo la egida que de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que prevé que los afiliados al Sistema General de Pensiones sólo podrán trasladarse de régimen cuando hayan permanecido como mínimo 5 años en el mismo, contando desde su

afiliación y no le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión; agregó que la accionante se afilió a Porvenir S.A. a partir del año 1996, época desde la cual tenía pleno conocimiento de los cambios de régimen pensional que había efectuado y de sus consecuencias, las cuales so pretexto de engaños y falta de información, no pueden exonerarlo de asumir su propia responsabilidad, como quiera que en el expediente no existe prueba de que el consentimiento haya sido afectado por vicio alguno o haya sido constreñido para firmar el formulario.

2.1.2. Sostiene que en este caso no es dable aceptar el traslado de la demandante toda vez que nació el 3 de noviembre de 1961 y actualmente cuenta con 57 años de edad, y el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 prevé que la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez para las mujeres es de 57 año, por lo que sobrepasa el requisito de la edad para consolidar el derecho a su prestación, en consecuencia en aplicación a la norma citada no es posible el traslado de régimen.

2.1.3. Propuso las excepciones de fondo de: "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO QUE INDUJERA A ERROR DE LA AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE QUE TRAIGA COMO CONSECUENCIA LA ANULACIÓN O INVALIDEZ DE LA MISMA", "BUENA FE", "PRESCRIPCIÓN" y la "INNOMINADA O GENÉRICA".

2.2. Porvenir S.A.

2.2.1. En respuesta a lo demandado en su contra, se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó –*en síntesis*- que el traslado del régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la AFP Porvenir,

se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, así como por las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia; que, de acuerdo con lo señalado en el literal b) del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, la afiliación al Sistema General de Pensiones depende del libre albedrío de la persona quien decide de manera libre y voluntaria afiliarse a uno u otro régimen y que para el caso de la demandante a través del diligenciamiento del formulario de vinculación de fecha 18 de diciembre de 1995, manifestó su decisión libre y voluntaria de afiliarse a PORVENIR S.A., y que esta vinculación se hizo efectiva a partir del 1º de enero de 1996.

2.2.2. Formuló como excepciones de fondo las de: *"PRESCRIPCIÓN, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEOLVER LA COMISIÓN DE CUOTAS DE ADMINSITRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO, ya INNOMINADA o GENÉRICA.*

3. Decisión de primera instancia

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 03 de septiembre de 2020, en la que declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que a partir del 18 de diciembre de 1995 se le atribuye a la demandante, ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del régimen de ahorro individual; que, por lo tanto, siempre conservó el derecho a permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

3.2. Como secuela de lo anterior, condenó a Porvenir S.A., como ultima

administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado. Indico que estos valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES en razón a la ineficacia que se declara. Negó la excepción de prescripción y condenó en costas a Porvenir S.A.

3.3. Para adoptar tal determinación, apoyado en precedentes de la jurisprudencia especializada, que tratan sobre el deber de suministrar información necesaria y transparente; de igual manera que el diligenciamiento de los formularios no es prueba suficiente de una manifestación de la voluntad completamente libre al tenor de lo dispuesto en el art. 13 de la ley 100 de 1993, precisó que al interior del proceso no es posible verificar que la administradora de pensiones cumplió con el deber de suministrar una información completa y suficiente, que permitiera a la afiliada verificar la posibilidad real de conocer tanto lo positivo como lo negativo de cada régimen pensional, por lo que atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del art. 97 del Decreto 663 de 1993, se genera la ineficacia de esa afiliación o traslado al tenor de lo dispuesto en el art. 271 de la ley 100 de 1993, lo que implica que la asegurada queda en posibilidad de llevar a cabo una nueva afiliación, sin que sea necesaria o constituya una condición que con anterioridad estuviese afiliado al RPM.

3.4. Agregó que, de acuerdo a los recientes lineamientos de la jurisprudencia laboral, el traslado efectuado por la demandante deviene en ineficaz, o que nunca produjo efectos, y recuerda que las disposiciones en materia laboral e incluso en la seguridad social constituyen un mínimo de derechos y garantías que se consagran en favor de los trabajadores y

por tanto al tenor de lo dispuesto en el art. 13 del C.S.T no produce ningún efecto cualquier estipulación que desconozca ese mínimo.

3.5. Refiere que al tratarse de una ineficacia del traslado no puede asimilarse a la de un acto válido pero afectado de nulidad por cualquiera de las causales establecidas en la legislación civil y por tanto no es susceptible de sanearse, contrario a lo que sí sucede cuando se trata de vicios de la voluntad.

4. Las apelaciones

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

4.1. Apelación de Porvenir S.A.

4.1.1. Como sustentáculo de su oposición a la decisión de primer grado, sostiene que la vinculación al Sistema General de Pensiones se realiza a través del formulario de vinculación que fue diligenciado y suscrito por la demandante, que en ese sentido y dado que es una persona capaz a la luz del artículo 1503 del C.C. todos sus actos los hacen susceptible de derechos y obligaciones recíprocas para las partes. Para la afiliada, el deber de realizar aportes y para esa AFP, efectuar las gestiones de administración de dichos recursos depositados en la cuenta de ahorro individual, administración que se ha venido efectuando por más de 20 años y que se ha realizado con fundamento en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que es por ello que parte de la cotización que realiza cada uno de los demandantes se destina para cubrir los gastos de administración y seguros en lo que tiene que incurrir la AFP con el fin de contar con el

seguro que la aseguradora emita para sufragar los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

4.1.2. Sostiene que Porvenir S.A. ha corrido con los gastos de administración por más de 20 años por lo tanto las cuenta de ahorro individual de la demandante ha tenido intereses y que presenta el recurso en el sentido de que la AFP no estaba lista para devolver ningunos de los dineros que ha destinado para los gastos de administración ni para cubrir los seguros que amparan las contingencias de invalidez y muerte; además que esta entidad no cuenta con sumas adicionales pues estas solo son cubiertas por la aseguradora en el momento en que surja las contingencias de invalidez o muerte

4.1.3. Requiere que el traslado de los recursos existentes, se efectúe conforme al artículo 7° del Decreto 3995 del 2008, que señala la procedencia de trasladar los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual mas no los dineros en los que ha tenido que incurrir mi administradora al efectuar los gastos de administración mes a mes; que, condenar a Porvenir a asumir de su propio patrimonio los gastos en lo que tuvo que incurrir para administrar los recursos, implica un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y empobrecimiento sin causa para la entidad.

4.1.4. Agrega que las condenas afecta el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, en tanto, se autoriza el traslado de personas que se encuentran dentro de las restricciones de ley, por lo tanto, las condiciones en las que sus dineros a través del Sistema General de Pensiones entran en cada uno de los regímenes no van a tener la misma equivalencia de aportes.

4.2. Apelación Colpensiones

4.2.1. Procura que se revóquela sentencia de primera instancia frente a la orden dada de trasladar al demandante al régimen de prima media, para ello, hace señalamientos referidos a que la Corte Suprema de Justicia desconoció el precedente de la Corte Constitucional, al generalizar la presunta ignorancia e la ley por parte de los afiliados para considerarlos como parte débil, en consecuencia legos o inexpertos desconocimiento adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos menos para buscar un aprovechamiento pensional.

4.2.2. Aduce que debe tenerse en cuenta que la parte demandante no debe ser considerada como una persona imposibilitada de tener un entendimiento mínimo o incapaz de realizar actividades orientadas a instruirse mejor e incompetente para aportar pruebas que expongan la existencia de un vicio del consentimiento.

4.2.3. Así mismo, el silencio en el transcurso del tiempo debe entenderse como una decisión consiente de permanecer en el régimen que seleccionó con documentos que obran en el expediente y que se puede establecer que fue de forma voluntaria y que permaneció afiliado a dicho régimen por más de 20 años y cuando ya estuvo cerca de adquirir la pensión decide regresar a Colpensiones.

4.2.4. Arguye que la demandante solo tiene una mera expectativa de pensión, por lo que acceder a la ineficacia del traslado y volverla a afiliar a Colpensiones van en mengua del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados 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:

5.1.1. Colpensiones:

5.1.1.1. Con fundamento en aspectos jurídicos y jurisprudenciales, diserta sobre la carga dinámica de la prueba, concluyendo que no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado. Expone que durante el debate probatorio no se logró demostrar la indebida o insuficiente información por parte la AFP para el traslado de régimen, además que firmó el formulario de forma voluntaria, hecho que se colige del interrogatorio de parte, por lo que, no se configuran los elementos que permitan que la demandante pueda volver a ser parte del régimen de prima media con prestación definida, en la medida que la ineficacia del traslado se basa en una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado y a su vez, de un supuesto engaño, en el caso concreto, se evidencia es una variación salarial y que conlleva a una variación en el monto pensional. Agrega que es un elemento notorios que exponen la intención de la demandante de trasladarse y permanecer fue el hecho de permanecer más de 15 años afiliada al mismo régimen.

5.1.1.2. precisa que debe tenerse en cuenta que, a pesar de que los fondos privados trasladen a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES –la totalidad de Cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta

individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que el actor permaneció afiliado al mismo, se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas

5.1.2. Porvenir S.A. y la demandante guardaron silencio en el término concedido para formular alegatos de conclusión.

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 a la parte actora 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. le asiste legitimación en la causa por pasiva, por ser la entidad administradora que efectuó la afiliación que es

objeto de reproche.

2.3. Frente a Colpensiones, debe indicarse que, de la historia laboral consolidada visible a folio 25 del archivo 2, se constata que la accionante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media y cotizó un total de 202 semanas en Colpensiones (antes I.S.S.); asimismo, del folio 20 del mismo archivo, se extracta que la afiliación en esta entidad inició en febrero de 1992 y terminó en diciembre de 1995. Por tal razón, le asiste legitimación en la causa por pasiva, al ser la entidad que asumió la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012, por el cual se suprimió y ordenó la liquidación del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S.

3. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala establecer si:

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

Como problema jurídico asociado al anterior, deberá determinar si:

¿La declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pone en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones?

3.2. Si lo anterior resulta positivo, conjuntamente se definirá si: ¿Debió el A quo ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, traslade a Colpensiones, además del capital los gastos de administración y sumas adicionales?

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

4. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

4.1. Respuesta al primer problema jurídico.

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

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

4.1.3. Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de

seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, 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, y entre las más recientes están la SL19447 – 2017, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y SL1421-2019 de 10 de abril de 2019 -señala que, la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

4.1.5. Y en esa 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 haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido, que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación

soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

4.1.9. Y 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.

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

4.1.10.1 Sin lugar a dudas la promotora del proceso estuvo vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, esto por cuanto las pruebas atesoradas a la foliatura, conducen a tal convencimiento, pues del examen efectuado a la historia laboral consolidada que se observa a folio 25 del archivo 2 del expediente, hecho que encuentra respaldo con el reporte expedido por Asofondos, visible a folio 23 del archivo 18 del expediente digital, cuando en lo atinente al traslado de régimen, especifica que se efectuó el 18 de diciembre de 1995, señalando como AFP de origen a Colpensiones y de destino a la AFP Horizonte, (hoy Porvenir), y esto se refuerza con la aceptación que sobre este supuesto hicieron las entidades demandadas en la contestación del libelo genitor,

4.1.10.2. Precisado entonces que la demandante estuvo afiliada al RPM, en lo que concierne a su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, según consta en el formulario N° 138415 de Porvenir S.A., que reposa a folio 23 del archivo 2 del cuaderno digital, se efectuó el 18 de diciembre de 1995, afiliación que se hizo efectiva a partir del mes de enero del año 1996, fecha desde la cual, ha efectuado cotizaciones ininterrumpidas hasta el mes de mayo de 2019 (Ver Fls. 28 a 36 archivo 2)-

4.1.10.3. Se observa que para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda¹ la accionante argumenta que la afiliación se dio porque le recibió información de unas condiciones presuntamente más favorables que las ofrecidas por el extinto I.S.S., pero que omitieron decir que el monto estimado de una ostentosa pensión que le proyectaron era de carácter relativo y no absoluto, es decir que era posible no definitivo, dado que se encontraba sujeto a los rendimientos del capital y que podía disminuir de acuerdo a la fluctuación de las tasas

¹ Fl 38 archivo 2 del expediente digital

de interés.

4.1.11. Acorde con lo anterior, con fundamento en los dispositivos legales reseñados en precedencia, así como en acogimiento a los postulados de la jurisprudencia especializada cuyos apartes *-en lo pertinente-* se transcribieron, debe decirse que, en virtud a que en este asunto Colpensiones trajo como mecanismo de defensa, que con la firma del formulario de afiliación, la demandante se acogió de manera libre y voluntaria al régimen pensional al que deseaba pertenecer, luego de haber recibido asesoría por parte de Porvenir S.A., para este Tribunal, importa precisar que, la sola suscripción del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad *per se*, no constituye prueba idónea de que a la promotora de este juicio, lo suscribió por haber recibido asesoría suficiente para hacerlo, 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.

4.1.12. Bajo esta arista, dado que, salvo la suscripción del formulario de afiliación por parte de la accionante, no existe ningún otro medio de prueba que sirva válidamente para demostrar que a efectos de acogerse al traslado de régimen, fue previamente informada sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, este Tribunal, no encuentra elementos de juicios para mutar el criterio que en copiosos pronunciamientos ha dejado sentado y se mantiene pacífico, referente a que 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.

4.1.13. Ahora, conviene precisar que en este asunto, las entidades

demandadas en la etapa de practica de pruebas, renunciaron al interrogatorio de parte de la demandante, razón por la cual no es de recibo que el apoderado de Colpensiones, en los alegatos de conclusión, pregone que la firma voluntaria del formulario se colige de dicho medio de prueba, porque conforme a lo anterior, no existió declaración de parte.

4.1.14. En suma, en este asunto se vislumbra el incumplimiento al deber de proporcionar a la demandante una información clara, cierta, comprensible y oportuna, lo cual 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 afiliada la accionante.

4.1.15. 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.

4.1.16. En lo que concierne a la carga de la prueba, objeto de reproche por parte de la demandada Colpensiones, es de indicar que en este asunto estaba a cargo de la demandada AFP Porvenir, por el hecho de que en la demanda se partió de una negación indefinida, lo cual en virtud de lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, eximía de prueba a la parte actora y se la trasladaba en su condición de contraparte,

en consecuencia, le correspondía acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen y como no lo hizo, generó que la decisión resultara adversa a sus intereses.

4.1.17. Aquí, importa memorar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1. y 2.2.7.4.3 del DUR 1833 de 2016, los promotores que estaban al servicio de las AFPs, debían suministrar a los posibles afiliados en el momento de promocionar la afiliación, información suficiente, amplia y oportuna, so pena de hacer responsable a la respectiva administradora, de cualquier infracción, error u omisión, que llegare a causar algún tipo de perjuicio a los intereses de los afiliados.

4.1.18. Precisado lo anterior, frente al problema jurídico que aflora asociado al primero, este Juez Plural advierte que la decisión que se controvierte no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, dado que los recursos que deben reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. 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 de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

En consecuencia, procede confirmar la sentencia de primer grado en este punto.

4.2. Respuesta al segundo jurídico.

4.2.1. De los gastos de administración.

4.2.1.1. Frente a este concepto, es del caso precisar que, pese a que el *A quo* no irrogó condena expresamente por gastos de administración, Porvenir, al sustentar la alzada, disertó sobre las razones por las cuales no es procedente ordenar el traslado de este rubro, es decir, que su reparo estuvo orientado a atacar una condena inexistente, motivo suficiente para sostener que en estricto sentido, no le asiste interés para recurrir este punto, por lo que *prima facie*, no habría lugar a hacer pronunciamiento al respecto.

4.2.1.2. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la omisión del juez de primer grado de ordenar de manera expresa el traslado de dichos gastos de administración, *-los cuales, conforme el contenido de la segunda pretensión declarativa, se entiende que hacen parte de las súplicas de la demanda-*, le es desfavorable a Colpensiones, se abordará el estudio de este aspecto en sede de consulta, al cumplirse los presupuestos jurídicos previstos en el artículo 69 del CPLSS, con las modificaciones introducidas por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, como quiera que en eventos como este, se busca a través de esta vía garantizar la protección de los bienes y el interés público.

4.2.1.3. Para ese efecto, cumple decir que los gastos de administración, 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.

4.2.1.4. El artículo 1746 del C.C., aplicable analógicamente en esta clase

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

4.2.1.5. Con todo, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a supatrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁵.

4.2.1.6. 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)".

4.2.1.7. En consonancia con lo anterior, la Sala estima que debió el A quo 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 se torna procedente adicionar la sentencia de primer grado en ese sentido.

4.2.2. En lo concerniente a las sumas adicionales, para este Colegiado, no era dable ordenar su traslado a Colpensiones por las siguientes razones:

4.2.2.1. 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 encuentra 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.

4.2.2.2. Con sujeción a estos preceptos normativos, debe decir la Sala que como en el presente caso no se pretende un reconocimiento pensionales, sino lograr los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP porvenir a Colpensiones, el rubro de "*sumas adicionales de la aseguradora*", por lo tanto sobre este aspecto, fue desacertada la decisión de primer grado, por lo que, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, deviene indefectible la revocatoria del ordinal 6° de la parte resolutive de la sentencia apelada, en lo relacionado con la devolución de las precitadas sumas adicionales de la aseguradora.

4.3. Respuesta al tercer problema jurídico.

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

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal 6º de la parte resolutive de la de la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 3 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **SILVIA MERCEDES CHARA LÓPEZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, respecto de la condena impuesta a Porvenir SA, de trasladar a Colpensiones lo referente al concepto de "*sumas adicionales de la aseguradora*", por lo motivado en precedencia.

SEGUNDO.- ADICIONAR el ordinal 6º de la parte resolutive de la sentencia referida en el numeral anterior en el sentido de ordenar a Porvenir SA que traslade a Colpensiones, además del capital y los rendimientos financieros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los dineros que por concepto de cuotas o gastos de administración, ha venido descontando de cada una de las cotizaciones que por dicha afiliación ha venido recibiendo.

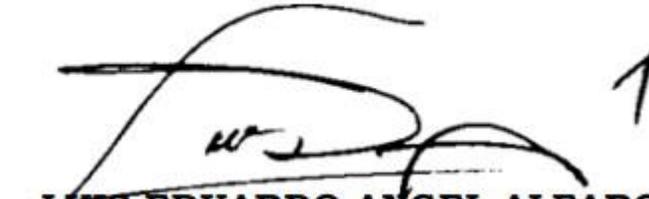
TERCERO.- Se confirma en todo lo demás la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO.- CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia, a Colpensiones, y en favor de la demandante, por lo motivado en precedencia. En auto separado se fijarán las agencias en derecho.

QUINTO: 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,


LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO


CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA


LEONIDAS RODRIGUEZ CORTÉS