Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veinticuatro (24) de Marzo de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-002-**2019-00225-01**
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Fernando Cucalón Sánchez
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	**Revoca parcialmente sentencia** – Ineficacia de traslado de régimen pensional – No sumas adicionales de la aseguradora.
Sentencia escrita No.	**020**

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia emitida el 07 de julio de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media -RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos. Adicionalmente, que se condene a Porvenir S.A. a asumir, con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, y a pagar las costas procesales (Fls. 45 a 58).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 74 a 81. Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que el actor se afilió de manera voluntaria al RAIS. Agrega que no se evidencian vicios del consentimiento en el traslado del régimen pensional. 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* (sic) *QUE TRAIGA COMO*

CONSECUENCIA LA ANULACIÓN O INVALIDEZ DE LA MISMA", "*BUENA FE*", "*PRESCRIPCIÓN"* y la "*INNOMINADA O GENÉRICA"*.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a folios 100 a 116, se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que el accionante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria. Que se le brindó asesoría integral en la que se le informó las ventajas y desventajas de ambos regímenes y las implicaciones del traslado. Formuló como excepciones de fondo las de: "*PRESCRIPCIÓN", "FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIONES DEMANDADAS", "BUENA FE", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA OBLIGACIÓN", "PRESCRIPCIÓN DE 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 ASESORÍA DEL FONDO"*.

3. Decisión de primera instancia.

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 07 de julio de 2020. En su parte resolutiva, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir del 01 de marzo de 2004, efectuado a través de Porvenir S.A.; **Segundo**, dispuso que el actor

conservó su derecho a permanecer en el Régimen de Prima Media. Condenó a Porvenir S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado. Dichos valores deben recibirse por parte de Colpensiones; **Tercero**, negó la excepción de prescripción; y **Cuarto**, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, ni en la demanda, ni en las contestaciones se allegó el formulario de traslado suscrito por el accionante. No obstante, tampoco se acreditó por el fondo privado el cumplimiento de la obligación de dar información clara y suficiente en el traslado de régimen que hiciera el actor. Recalcó que el diligenciamiento de los formularios no es prueba suficiente de una manifestación de la voluntad completamente libre. Por ende, incumbe a la administradora allegar prueba fehaciente de los datos proporcionados a los afiliados. Que en el *sub lite* no es posible inferir que dicha asesoría se hizo de manera suficiente, exponiendo las ventajas y desventajas del régimen pensional, tal como lo señala los parámetros de la jurisprudencia laboral. Por lo tanto, concluyó que hay lugar a declarar su ineficacia al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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

4. Las apelaciones.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, formularon recursos de apelación.

4.1. Apelación Porvenir S.A.

4.1.1. Arguye que no es procedente la ineficacia del traslado del demandante. Que en el plenario se demostró que **recibió una asesoría integral** respecto de los beneficios propios de cada régimen pensional. Así, consintió el traslado de forma libre y voluntaria al RAIS. Sostiene que, de esta manera, el traslado produjo efectos jurídicos válidos que generaron obligaciones para ambas partes. Porvenir S.A., realizó las gestiones de administración y el afiliado las cotizaciones.

4.1.2. Respecto a los **gastos de administración y sumas adicionales**, solicita tener en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 señala que un porcentaje de la cotización a la que se obliga el afiliado, es decir, el 3%, está destinado a cubrir la **cuota de administración** y a pagar el seguro previsional con la aseguradora contratada. Éste contrato de seguro tiene como fin asegurar las contingencias de la invalidez y la muerte a fin de que se pueda contar con la suma adicional requerida para financiar una pensión de invalidez o sobrevivientes, situaciones que no se han generado en este momento, por lo tanto, no hay lugar a sumas adicionales. Resalta que dicha AFP ha administrado los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera muy eficiente y eso es lo que ha generado rendimientos.

4.1.3. Agrega que, de conformidad con el concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia, el traslado entre regímenes genera la aplicación del artículo 7 del Decreto 3995 de 2006, que señala que dicho traslado acarrea la transferencia de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual más sus rendimientos. No obstante, no hay lugar a trasladar las cuotas de administración y **los pagos de las aseguradoras** por recaer sobre prestaciones acaecidas. Lo anterior, generaría un enriquecimiento sin causa en favor del demandante y un empobrecimiento para la AFP. También impactaría la sostenibilidad financiera del régimen pensional. Que, aplicando el artículo 1446 del Código Civil, sobre restituciones mutuas, tampoco se ve la garantía sobre dicho aplicativo.

4.1.4. Finalmente, resalta que las solicitudes al poder judicial deben apoyarse en soportes técnicos en los que se determine que no se afecta el Sistema General de Pensiones, atendiendo el **principio de sostenibilidad financiera** y la seguridad jurídica. Las actuaciones que se han generado en la AFP han sido ajustadas a la ley, por ello, devolver sumas adicionales o gastos de administración le estaría generando un empobrecimiento.

4.2. Apelación Colpensiones

4.2.1. Manifiesta que no se configuran los elementos para que el actor pueda ser parte del Régimen de Prima Media administrado por esa AFP. La solicitud de ineficacia del traslado se basa en una indebida información por parte del

fondo privado por un supuesto engaño. Que en el interrogatorio, como en el testimonio recaudado, no se logra evidenciar que el accionante fuera un afiliado lego, ya que es contador público. No obstante, no realizó ninguna pregunta a los asesores de Porvenir S.A., ni tampoco se acercó a Colpensiones a recibir ninguna información adicional.

4.2.2. De otro lado, memoró que la jurisprudencia ha señalado que existen ciertos comportamientos que demuestran el deseo de un afiliado de permanecer en un régimen pensional. En sentencia SL-413 del 2018 se indicó que la vinculación no es la única expresión de esa voluntad, sino que existen otras, como la solicitud de saldos, solicitud de claves, etc., que demuestren el compromiso serio de permanecer en ella. En el plenario se avizora el deseo del señor Fernando de trasladarse y mantenerse en el RAIS, por haber permanecido por 15 años. Asimismo, solicitó saldos en reiteradas oportunidades, lo cual denota un compromiso serio de permanecer en Porvenir S.A.

4.2.3. Por último, expresa que, a pesar de que el fondo privado traslade a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, gastos de administración y rendimientos financieros pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados y por el tiempo en que éste 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 con los otros afiliados a este esquema. El período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los

principios de universalidad, tangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos del pago de futuras mesadas. Según la Corte, el fondo del régimen de prima media con prestación definida se descapitalizaría. En consecuencia, requiere se revoque el fallo apelado.

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 2020[1], se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.1. **Porvenir S.A.:**

Insistió en los argumentos del recurso de apelación. Solicita se revoque la orden judicial en cuanto al traslado de cuota de administración. Aludió que el actor es una persona capaz que, al haber firmado el formulario de vinculación, formalizó dicho trámite conforme a la regulación vigente para la época. Por ello, el objeto y la causa del traslado son lícitos y se generaron obligaciones reciprocas para ambas partes. Frente al bono pensional, recalcó que no es la entidad pagadora.

[1] *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".*

Finalmente, enunció que se debe considerar la estabilidad y el principio de sostenibilidad financiera regulado en el artículo 48 de la Carta Política. Por ende, manifestó que se debe revocar el traslado de gastos de administración previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y, en su lugar, se ordene dar aplicación al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

5.1.2. **Colpensiones**:

Requiere se revoque la sentencia de primera instancia. Describió que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado. Ello ha sido analizado por la Corte Constitucional en sentencia C – 086 de 2016. Expone que durante el debate probatorio no se logró demostrar que hubo una indebida o insuficiente información por parte la AFP para el traslado de régimen. La misma Corporación enseñó que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema. Por ende, el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

5.1.3. **Parte demandante**:

Ratificó los argumentos expuestos en primera instancia. Requirió se confirme el fallo objeto de apelación y consulta.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia.

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

2. Legitimación en la causa.

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

Colpensiones, también cuenta con legitimación por pasiva. Conforme al historial de vinculaciones de Asofondos (Fl. 120), al expediente administrativo[2] y a la historia laboral emitida por esa misma entidad (Fls. 3 a 5), el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación

[2] Expediente Administrativo. Folio. 94.

Definida desde el 08 de febrero de 1983 al 31 de enero de 2004. Por este motivo, le asiste legitimación en la causa por pasiva a Colpensiones, por ser la entidad que asumió los servicios de aseguramiento de pensiones de los afiliados al Régimen de Prima Media del extinto 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; decreto 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 afiliación y/o traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

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

3.3. ¿Es acertado ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, además de las cotizaciones, traslade a Colpensiones los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora?

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

4. Respuesta al primer y segundo interrogante.

4.1. La respuesta al primer interrogante será **positiva y al segundo negativa**. Fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional. Correspondía a la AFP Porvenir S.A. demostrar que la afiliación del demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado. Al no cumplir con esta carga, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado. Asimismo, la declaratoria de ineficacia no comporta un riesgo para la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

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

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

4.1.4. En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

4.1.5. Igualmente se ha señalado que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el: "*deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad*", premisa que implica dar a conocer: "*las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes*", como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

4.1.7. Adicionalmente, se puntualizó en dicha providencia que: "***el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente***" y que el acto de traslado: "*debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas*

de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado".

4.1.8. Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

5. Caso en concreto.

5.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones[3] y de Porvenir S.A.[4], del reporte de simulación pensional[5], del historial de vinculaciones de Asofondos[6] y del formulario de traslado de régimen pensional[7], se desprende que el demandante ha estado vinculado al Subsistema de

[3] Fls. 3 a 5 – Anexo de la demanda y expediente administrativo (Fl. 94).
[4] Fls. 23 a 27 (Anexo de la demanda) y 122 a 126 (Anexo contestación Porvenir S.A.) .
[5] Fls. 14 a 19 – Anexo de la demanda.
[6] Fl. 120 – Anexo contestación Porvenir S.A.
[7] Fl. 21 – Anexo de la demanda.

Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

5.1.1. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, del 08 de febrero de 1983 al 31 de enero de 2004, en el Instituto de Seguros Sociales – I.S.S., hoy Colpensiones.

5.1.2. Según el formulario de vinculación o traslado No. "*01978702*", visible a folio 21 de la demanda, y conforme al historial de vinculaciones a folio 120, el 30 de enero de 2004 el accionante se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1° de marzo del mismo año, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones, tal como se desprende de la relación de aportes de esa AFP a folios 122 a 126.

5.2. En la demanda[8], se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, los asesores de Porvenir S.A. omitieron brindarle información relevante relacionada con la relatividad y beneficios del monto de la pensión. Que no le explicaron que se trataba de unas condiciones posibles, más no definitivas, toda vez que el monto estaba sujeto a rendimientos, las tasas de interés, la existencia o no de beneficiarios y la expectativa de vida. Agregó que lo indujeron a error y no le advirtieron la posible pérdida del régimen de transición.

5.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que al actor se le informó acerca de todas las ventajas y desventajas de ambos regímenes

[8] Folios 45 a 58 del cuaderno de primera instancia.

pensionales, las modalidades de pensión previstos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Que cumplido lo anterior, éste diligenció el formulario de vinculación por traslado, de manera libre, espontánea y voluntaria. Adujo que dicho acto reúne las exigencias de ley y goza de validez.

5.4. No obstante, para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado, al promotor de la acción, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la parte actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones (Fl. 21), lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante.

5.5. Nótese, además, que, en el interrogatorio de parte absuelto por activa, no se advierte manifestación que permita establecer que fue debidamente asesorado, y que, por ello, era conocedor de todas las implicaciones que, en el presente como a futuro, podía involucrar el acto de traslado. En su declaración, el señor Fernando Cucalón puntualizó que en ningún momento se le informó de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional. A su turno, el testigo Carlos Arturo Aguilar González relató que, el día en que se trasladó de régimen el accionante, les brindaron la información general a los asistentes en la cafetería de Crema Colombia S.A. Ratificó que no se indicaron

comparativamente los beneficios y desventajas del RPM y el RAIS.

5.6. En consecuencia, la AFP Porvenir S.A. no demostró la debida asesoría y el suministro de información de los alcances positivos y negativos de su decisión. Esto es, los beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos, y la pérdida del régimen de transición, de ser beneficiario del mismo (SL4811-2020).

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

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

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

"Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustraran a la accionante al momento del traslado, se ***está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP****, al respecto en sentencia SL SL1688-2019, así:*
(…)

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

5.10. Finalmente, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello, ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

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

6. Respuesta al tercer problema jurídico.

6.1. La respuesta es **positiva parcialmente**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones y rendimientos, debe trasladar a Colpensiones los gastos de administración. En cuanto a las sumas adicionales de la aseguradora, la respuesta es negativa, por lo que se revocará la orden de primer grado.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

6.1.1 En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Por tanto, resulta procedente que la entidad demandada reintegre su monto a Colpensiones. Debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes. En virtud del artículo 1746 del C.C., la ineficacia da lugar a la restitución al estado anterior como si nunca hubiera existido el acto. En este sentido, si Colpensiones era quien tenía que recibir la totalidad de la cotización, corresponde a Porvenir S.A. asumir la devolución de estos conceptos.

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

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

6.1.2. Por otro lado, se revocará la orden de devolución de las "***sumas adicionales de la aseguradora***". Ello, por cuanto se trata de un rubro que sólo opera como obligación para las aseguradoras con las que se contrata el seguro colectivo y de participación para sufragar las pensiones de invalidez y sobrevivientes. En el caso bajo examen, no nos encontramos frente a ese evento, por lo cual no resulta procedente ordenar su traslado.

En efecto, los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, prevén que las pensiones de invalidez y sobrevivientes se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del

afiliado, el bono pensional -*si a este hubiere lugar*-, y la "*suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión"*. Esta mesada adicional se encuentra a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes. Así las cosas, es claro que el rubro denominado sumas adicionales 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 que el capital y rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado no alcancen para sufragar este tipo de pensiones. Es ésta la contingencia que protege la AFP con una aseguradora, a través de los seguros colectivo y de participación (artículo 108). En este caso, no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, por lo que no era dable incluir, dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones, las "*sumas adicionales de la aseguradora*".

6.1.3. Finalmente, conviene colegir que, si bien en la etapa de alegatos de conclusión, la apoderada judicial de Porvenir S.A. aludió que esa entidad no es la pagadora de los bonos pensionales, lo cierto es que la Sala carece de competencia para pronunciarse al respecto, toda vez que en dicha etapa resulta inadmisible formular nuevos puntos de apelación. En sentencia SL9518 del 22 de julio de 2015, radicación No. 40501, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, coligió:

"…la censura no puede pretender que los argumentos

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

7. Respuesta al cuarto problema jurídico.

La respuesta a este interrogante es **negativa**. Frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional no resulta aplicable la figura de la prescripción. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020, entre otras; sostiene que la **prescripción** no se aplica a pretensiones declarativas, como la ineficacia del traslado. Además, su nexo de causalidad con el derecho pensional, la hace igualmente imprescriptible. Por ende, se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

8. 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 en favor del actor. No hay lugar a imponer costas a cargo de Porvenir

S.A., dada la prosperidad parcial del recurso de apelación. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal **SEGUNDO** de la parte resolutiva de la sentencia objeto de apelación y de consulta, en el entendido de que la condena impuesta, no incluye los valores por concepto de: "***sumas adicionales de la aseguradora***", de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante, la providencia emitida el 07 de julio de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, objeto de apelación y consulta, dentro del proceso de la referencia, por lo antes expuesto.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada válida para actos judiciales y administrativos
Popayán-Cauca

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS