



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Fabio Hernán Bastidas Villota

Veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso	Ordinario Laboral
Radicación	19-001-31-05-001- 2019-00255-01
Juzgado de primera instancia	Primero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	María Antonia Betancourt Velasco
Demandado:	Porvenir S.A. Colpensiones E.I.C.E.
Asunto:	Modifica sentencia – adiciona ordinal primero
Sentencia escrita n.º	033

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, pasa la sala a proferir sentencia escrita que resuelve los recursos de apelación formulados por Porvenir S.A. y Colpensiones E.I.C.E. contra la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán. Así como el

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

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Procura la citada demandante que se declare que el acto de traslado, del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es nulo. Que, en consecuencia, se ordene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con los rendimientos que se hubieran causado. Adicionalmente, que se condene a Porvenir S.A. a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por gastos de administración en que hubiere incurrido y a pagar las costas procesales.

2. Contestación de la demanda

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

2.1.1. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en adelante A.F.P. Porvenir S.A., dio contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Formuló las excepciones de mérito que denominó: prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración

cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; debida asesoría del fondo; y la innominada o genérica (fols. 128 a 147).

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

2.2.1. La demandada dio contestación a la demanda oponiéndose a todas las pretensiones. Señala que, en el presente caso, no es procedente la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual, dado que, en dicho acto, no se presentó ningún vicio del consentimiento. Asimismo, afirma que la acción para dichos efectos se encuentra prescrita, de conformidad con lo previsto en los artículos 488 del C.S.T., 151 del C.P.T.S.S. y/o 1750 del Código Civil, éste último en aplicación del artículo 145 del C.P.T.S.S.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de afiliación de la demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma; inexistencia de la obligación; y prescripción (fols. 74 a 79).

3. Decisión de primera instancia

3.1. El juez dictó sentencia en la que resolvió:

"1. DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante *MARÍA ANTONIA BETANCOURT VELASCO* del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, sucedido el 10 de julio de 2002. En consecuencia, se ordena a la AFP PORVENIR, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales (en caso de contar con ellos), sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C y los gastos de administración de la actora. Estos últimos, debidamente indexados.

2. Ordenar a PORVENIR a normalizar la afiliación de la demandante en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalles de aportes de la demandante a COLPENSIONES.

3. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR y COLPENSIONES

4. COSTAS a cargo de PORVENIR.”

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

Teniendo como soporte lo expuesto por la SCL de la CSJ en sentencia SL 1688 de 2019, precisó que el deber de información a cargos de las AFP existe desde su creación con la Ley 100 de 1993, que con el paso del tiempo se ha venido incrementando, siendo factible identificar tres etapas: la primera etapa, denominada deber de información, consagrada en los artículos 13 literal b), 271 y 272

de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993; una segunda etapa, deber de información, asesoría y buen consejo, prevista en el literal 15 del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010; y una tercera etapa, de deber de información, buen consejo y doble asesoría, que nace con la Ley 1748 de 2014, el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016. Por lo que es posible ubicar el caso concreto en la primera etapa, como quiera que el acto de traslado al RAIS se verificó en 2002, en la que se exigía el suministro de información necesaria y transparente, es decir, conforme el dicho de la Corte, información sobre las características, condiciones, acceso y servicio de cada uno de los regímenes pensionales, que permitiera al interesado conocer a plenitud sobre las ventajas y desventajas de su decisión.

Aplicando lo dicho por la jurisprudencia especializada, precisó que el simple consentimiento vertido sobre el formulario de afiliación es insuficiente para dar por acreditado el cumplimiento de la obligación de suministrar la información debida. Y que, en asuntos como el presente, la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado, cuando en la misma demanda se parte de afirmar que no se recibió la información debida al momento de la afiliación. En torno a la prescripción, señaló que dicha figura es inaplicable en temas relacionados con la ineficacia del acto de traslado. Al respecto, destaca que Porvenir S.A. no allegó ninguna prueba de que en el momento del traslado se dio información completa a la demandante, hecho que no se acredita únicamente con el formulario, pues solo muestra que hubo un consentimiento, pero no permite determinar que se dio una información eficiente a la accionante. Por tal razón, encuentra procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

3.3. La anterior decisión fue objeto de los recursos de apelación formulados por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E., concedidos por el Juzgado; así como del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones; todos admitidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

4. Sustentación del recurso

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

Fundamenta su reparo frente a la decisión en los siguientes puntos:

4.1.1. Señala que al momento en que la persona firma el formulario de afiliación genera un acto válido, del que nacen derechos y obligaciones para las partes. Para el afiliado, la de realizar las cotizaciones, y para la AFP, la de realizar las gestiones de administración.

Que, en cumplimiento de las gestiones de administración, Porvenir ha efectuado labores de inversión, gracias a lo cual, los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante han obtenido rendimientos. En consecuencia, considera que no es dable que se ordene la devolución de los gastos de administración, dado que la accionante se beneficiaría de la labor realizada por Porvenir, generándose para ella un enriquecimiento sin causa, y para Porvenir un empobrecimiento en su patrimonio.

4.1.2. Precisa que tampoco es dable la devolución de las sumas adicionales por concepto de seguro previsional. Aclara que éstas

solo ingresan cuando se han dado las contingencias de la invalidez o la sobrevivencia, o, se giran sumas adicionales para poder financiar esas pensiones que se llegan a causar. Que, en este caso, no hay lugar a ninguna suma adicional porque no se ha presentado ninguna de estas contingencias.

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

Sustenta su inconformidad frente al fallo de la siguiente manera:

4.2.1. Manifestó que la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante desconoció que el deber de asesoría, sobre el cual se fundamenta la decisión, solo nació para los fondos con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el traslado de la demandante se verificó en el año 2002, es decir, antes de que entrara en vigencia la referida ley. Adujo que las obligaciones generales previstas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 a cargo de las AFP, relacionadas con el deber de información, ciertamente se suplen con el formulario de afiliación, en tanto que, para aquella época los fondos no tenían la obligación de documentar las asesorías en otros documentos diferentes al formulario, siendo esta una carga que la jurisprudencia ha venido imponiendo, lo que hace necesario que la información suministrada por las AFP y sus asesorías sean valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario.

Indicó que, conforme a la normatividad vigente para la fecha en que se realizó el traslado, lo que existía era un mero deber de información, pues solo hasta el año 2014, con la expedición de la Ley 1748, surge el deber de la doble asesoría y la exigencia de realizar el parangón al que alude la SCL de la CSJ en su

jurisprudencia. Que no se trata de que el fondo haya incumplido con sus obligaciones, sino de un cambio normativo.

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba, señaló que es totalmente desproporcionada y no puede aplicarse en este tipo de procesos, toda vez que hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se torne en objetiva, quebrando la lógica de las cargas probatorias. Que, con ello, se desconoce que, en estos asuntos, los afiliados al SGP al igual que los fondos y las administradoras tienen derechos y obligaciones cuyo desconocimiento acarrea consecuencias jurídicas respecto de sus decisiones, especialmente en materia de traslado de régimen, tal y como lo prevé el Decreto 2241 de 2010, que en su numeral 5° precisa que el silencio del afiliado en el transcurso del tiempo se equipara a una decisión consciente de los efectos legales de permanecer en un régimen pensional. Señaló que el *a quo* consideró que el decreto en mención no resultaba aplicable, en tanto no tenía efectos retroactivos, pero que estas consideraciones no se aplicaron respecto del Decreto 656 de 1994, pues, frente al deber de asesoría, ciertamente se está exigiendo a los fondos obligaciones no vigentes al momento del traslado, máxime, cuando afirmaciones relativas a falta de asesoría por ignorancia de la ley no pueden servir de excusa, en tanto ésta se presume conocida y en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993 se describen las características del RAIS.

Refiere que la aplicación de la tesis que sostiene actualmente la jurisprudencia especializada ha vuelto ilimitada en el tiempo la posibilidad de retornar al régimen que mejor resulte a los intereses de los afiliados, transgrediendo el principio de sostenibilidad financiera, pues se termina concediendo beneficios a quienes no participaron o lo hicieron de manera deficiente en el RPM. E impone a Colpensiones una carga económica, sin tener en cuenta que, si

realmente existió falta de asesoría u omisión en la información, es a la AFP a la que le corresponde asumir patrimonialmente las consecuencias de su omisión, máxime, cuando Colpensiones es un tercero de buena fe que no participó en el acto de traslado que en su momento realizó la demandante.

5. Alegatos de conclusión

5.1. María Antonia Betancourt Velasco

5.1.1. El término de traslado para formular alegatos de conclusión venció sin que la parte demandante se pronunciara al respecto.

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

5.2.1. Reitera los argumentos expuestos al formular el recurso de apelación.

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

5.3.1. De acuerdo con el trámite surtido en segunda instancia y la constancia secretarial, el auto que corrió traslado para alegatos se notificó a las partes por estados electrónicos el día 23 de noviembre de 2020. Por tanto, el término de cinco días para presentar alegatos de conclusión venció para la recurrente el día 30 de noviembre de 2020. En consecuencia, el escrito de alegatos presentado el 01 de diciembre de 2020 resulta extemporáneo.

III. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

En virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de lo que es objeto del recurso. Se veda a la Sala adentrarse en puntos ubicados al margen de la discusión, o no aducidos en la sustentación. No obstante, en lo atinente al grado jurisdiccional de consulta, el cual no tiene las limitantes del recurso de apelación, el control de legalidad recae sobre todos los aspectos que sirvieron de fundamento a la sentencia.

2. Legitimación en la causa

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

De otro lado, a Porvenir S.A. le asiste legitimación en la causa por pasiva por ser la entidad administradora que efectuó la afiliación que es objeto de reproche.

Frente a Colpensiones, debe indicarse que, de acuerdo con la historia laboral expedida por esta administradora el 16 de mayo de 2018, la accionante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S. hasta el 31 de julio de 2002. Por tal razón, le asiste legitimación en la causa por pasiva a esta entidad, al ser la entidad que asumió la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012,

por el cual se suprimió y ordenó la liquidación del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S.

3. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala establecer si:

3.1. ¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la afiliación del demandante del RPM, administrado por el ISS, hoy Colpensiones, al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.?

Y, como problema jurídico asociado determinar si:

¿Es improcedente la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, al poner en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones?

3.2. De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, deberá definirse si:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A. que, además de las cotizaciones que se hallen en la cuenta de ahorro individual de la accionante, también traslade a Colpensiones los gastos de administración y las sumas adicionales de la aseguradora?

3.3. En sede de consulta, se estudiará si la acción se encuentra prescrita.

4. Respuestas a los problemas jurídicos planteados

4.1. Respuesta al primer problema jurídico

Para la Sala fue acertada la decisión del *A quo* de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, pues correspondía a la entidad demandada demostrar que la afiliación de la demandante al RAIS fue una decisión suficientemente informada, con conocimiento de los beneficios, riesgos y consecuencias que implicaba su traslado de régimen pensional. Carga probatoria con la que no cumplió, por lo que la sentencia objeto de revisión será confirmada.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

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

4.1.3. Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la

selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

4.1.4. En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y entre las más recientes están la SL19447 - 2017, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y SL1421-2019 de 10 de abril de 2019 - señala que, la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

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

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

deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

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

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

4.2. Caso en concreto

4.2.1. Una vez aclaradas las anteriores situaciones de orden legal y jurisprudencial, se tiene, conforme al formulario de solicitud de traslado a Porvenir S.A., a la historia laboral consolidada de

Porvenir, a la historia laboral de Colpensiones, y, al reporte del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión, que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

4.2.1.1. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM - hasta el 31 de julio de 2002.

4.2.1.2. Se trasladó al Régimen Individual con Solidaridad – RAIS el 10 de julio de 2002, a través de formulario n.º 10151408 de Porvenir S.A. Afiliación que se hizo efectiva el 1º de agosto de 2002, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones ininterrumpidas hasta el periodo enero de 2019, como se desprende de la historia laboral consolidada de Porvenir S.A. expedida el 21 de febrero de 2019 (fols. 11 a 19 del cuadno. ppal.).

4.2.2. Para efectos del referido traslado, en la demanda¹ se argumenta que el acto de traslado del RPM al RAIS obedeció a un engaño en la información que los asesores del fondo privado le suministraron. Señala que no le brindaron información adecuada suficiente y cierta para tomar una decisión libre y espontánea sobre el traslado. Afirma que le ofrecieron condiciones pensionales presuntamente más favorables que las que le brindaba el I.S.S. y omitieron informarle que el monto de la prestación tenía un carácter relativo no definitivo, dado que se encontraba sujeto a los rendimientos de capital, la existencia de beneficiarios y su expectativa de vida, y a otros factores que podían disminuirlo. Señaló que en la proyección realizada el 21 de febrero de 2019 en el RAIS se estimó un monto pensional de \$828.116.00 a la edad de 57 años, y a la edad de 59 años de \$1.138.000.00, sumas

¹ Obra a folios 41 a 53 del cuaderno principal.

ostensiblemente distantes del ingreso base de cotización de la demandante, que asciende a la suma \$7.535.855.00, con el que atiende sus necesidades básicas.

4.2.3. Por su parte, la entidad accionada AFP Porvenir S.A. dio respuesta indicando que la accionante radicó solicitud de traslado al régimen pensional ante la AFP Porvenir S.A., que se materializó de manera libre, espontánea y sin presiones con la firma del formulario de suscripción, luego de haber recibido asesoría por parte del fondo. Afirma que la información suministrada a la accionante se encuentra acorde con las disposiciones legales. Destaca que no puede tildarse de falsa o engañosa la manifestación de un asesor del RAIS de indicar a un afiliado que puede lograr obtener una pensión más alta que la que obtendría en el RPM, a la edad que escoja. Que, por el contrario, es posible, dada la esencia dicho sistema, y constituye una de sus mayores ventajas, aunado a que es una opción con la que no cuentan los afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

4.2.4. Para esta Sala, si bien el formulario de traslado aparece suscrito por la parte actora, haciendo constar que la escogencia del RAIS fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones, el mencionado acto resulta ineficaz toda vez que la parte demandada no cumplió con su deber de demostrar que brindó información suficiente a la accionante sobre las implicaciones de esa decisión, previo a la formalización de dicho acto.

4.2.5. Por lo que, el incumplimiento al deber de proporcionar a los interesados una información clara, cierta, comprensible y oportuna, debe conllevar sin lugar a dudas a la declaratoria de ineficacia de la afiliación o acto de traslado, pues, en efecto, la documental aportada solo da cuenta de la historia laboral y las administradoras

a las que ha estado afiliada la accionante, así como de la solicitud elevada para trasladarse nuevamente al RPM (fol. 28).

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

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

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

4.3. Respuesta al segundo problema jurídico

La respuesta al planteamiento relacionado con la orden dada a Porvenir de que, además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones, debe trasladar a Colpensiones los gastos de

administración y las sumas adicionales de la aseguradora, será afirmativa parcialmente, por las siguientes razones:

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

"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado 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)".

4.3.2. Ahora, en cuanto a las sumas adicionales de la aseguradora, habrá de revocarse dicha orden. En efecto, en virtud de lo

consagrado en el literal a) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, la cuantía de las pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes en el RAIS, así como las indemnizaciones previstas para el mismo, dependerá de los aportes de los afiliados, empleadores, sus rendimientos financieros y de los subsidios del Estado cuando a ello hubiere lugar.

4.3.3. Conforme al literal b) de la referida norma, una parte de los aportes se debe capitalizar en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado, mientras que la otra, se destina al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de la administración del régimen.

4.3.4. A su turno, los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, al tocar el tema de la financiación de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, prevén que éstas 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”. Mesada adicional que se encuentra a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.

4.3.5. Así las cosas, a partir de los anteriores referentes normativos, 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 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).

4.3.6. 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 que en este punto la decisión será objeto de modificación.

4.4. Respuesta al tercer problema jurídico

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

4.4.2. En efecto, tratándose de la facultad para ejercer la acción de ineficacia de afiliación y/o traslado de régimen pensional, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, conformada entre otras por las sentencias CSJ AL 1663-2018, CSJ AL 3807-2018 y SL- 1421 -2019 (radicado 56174)², los términos de prescripción

² "(...) aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a la nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión principal, en sí

no resultan aplicables *dado su contenido eminentemente declarativo.*

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

4.5. Para finalizar, dada la omisión del Juez de Instancia de ordenar a Colpensiones que reciba los aportes y demás bienes ordenados en la parte final del ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, con el fin de evitar a futuro alguna conducta renuente de parte de la demandada Colpensiones de recibir tales bienes, se estima necesario ejercer las facultades constitucionales y legales para garantizar a la actora su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones. En consecuencia, se adicionará el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de ordenar a Colpensiones que reciba todos los bienes consecuencia de la declaratoria de ineficacia.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso se condenará en costas a Colpensiones E.I.C.E., dada la no prosperidad del recurso de apelación. No hay lugar a condenar en costas de segunda instancia a Porvenir S.A., dado que la alzada prosperó en forma parcial.

misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar las posibilidades del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. MAR. 2013, RAD. 49741”.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal **PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación y de consulta, en el entendido de que, la condena allí impuesta, no incluye valores por concepto de “**sumas adicionales de la aseguradora**”. Y **ADICIONARLO** para ordenar que Colpensiones reciba de Porvenir S.A. los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR el resto de la providencia.

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

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

Los Magistrados,

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS