



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

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Tres (03) de Mayo de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-001- 2019-00280-01
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Luz María Maya Blum
Demandados:	- Colpensiones - Porvenir S.A.
Asunto:	Adiciona sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	034

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por las apoderadas judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia emitida el 26 de agosto de 2020. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda y su reforma.

Procura la demandante que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-. En consecuencia, que se ordene a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados. Asimismo, 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, por los gastos de administración en que hubiere incurrido. Finalmente, requiere el pago de las costas y agencias en derecho (Fls. 49 a 60 y 135 a 147).

2. Contestaciones de la demanda y su reforma.

2.1. Colpensiones

Dio contestación a la demanda y su reforma, mediante escritos visibles a folios 78 a 83 y 150. Se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que no se evidencian vicios del consentimiento en el traslado del régimen pensional. Agregó que la nulidad deprecada se encuentra prescrita. Propuso las excepciones de fondo de: *"INEXISTENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO QUE*

INDUJERA A ERROR DE LA AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE, QUE TRAIGA COMO CONSECUENCIA LA ANULACIÓN O INVALIDEZ DE LA MISMA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” y “PRESCRIPCIÓN”.

2.2. Porvenir S.A.

A través de memorial visible a folios 105 a 124, se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó que esa AFP brindó a la actora, asesoría integral acerca del funcionamiento, características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. Por ende, el acto de traslado es válido y no se presentaron vicios del consentimiento. 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 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 (sic) 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 26 de agosto de 2020. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS,

sucedido el 22 de agosto de 2000. En consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. a que traslade los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración de la actora a Colpensiones; **Segundo**, ordenó a ese fondo privado a normalizar la afiliación de la actora en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalles de aportes a Colpensiones; **Tercero**, declaró no probadas las excepciones formuladas por pasiva; y **Cuarto**, condenó al fondo privado en costas procesales.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de conformidad con la jurisprudencia nacional, la situación fáctica alegada debía abordarse bajo la figura de la ineficacia. Ello, al tenor del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. En dicho escenario, recalcó las etapas normativas relacionadas con las obligaciones de las AFP frente a los ciudadanos. Determinó que en el *sub lite* Porvenir S.A. no demostró el deber de información completa y suficiente que le atañía frente al traslado de la accionante, esto es, tanto las ventajas como desventajas de ambos regímenes pensionales. Por ende, concluyó que era procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional. Finalmente, señaló que la acción de ineficacia de los traslados de los regímenes pensionales es imprescriptible.

4. Las apelaciones.

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

4.1. Apelación Porvenir S.A.

4.1.1. Arguye que el Sistema General de Pensiones, se integra por dos regímenes pensionales, el RPM y el RAIS, coexistentes pero excluyentes entre sí. Los requisitos para acceder a la pensión son totalmente diferentes, así como la distribución del porcentaje de cotización. La finalidad de ambos es garantizar el amparo contra las contingencias de la vejez, invalidez y muerte. Existen condiciones especiales frente a la distribución de la cotización que realiza el RAIS en aplicación del artículo 20 de la Ley 100 de 1993. El 3% del I.B.C. se debe destinar para cubrir las **cuotas de administración** de los dineros depositados en las cuentas de ahorro individual y para pagar los seguros de invalidez y muerte. Las AFP deben contratar con la aseguradora de su preferencia a fin de contar con el valor de la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia, según corresponda.

4.1.2. Agrega que ordenar la devolución de los **gastos de administración** no es procedente. Ello, por cuanto los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, han tenido unos rendimientos gracias a las gestiones de la AFP. El traslado de ese concepto generaría un enriquecimiento sin causa a la parte actora y un empobrecimiento a ese fondo pensional. Requiere tener en cuenta que el artículo 7º del Decreto 3995 del 2008 señala que al efectuarse el traslado de recursos de un régimen a otro es viable el traslado de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos, pero no

frente a primas de seguros provisionales o comisión de administración.

4.1.3. Manifiesta que de conformidad con el artículo 1503 y 1504 del Código Civil, la accionante es una **persona capaz**, sujeto de derechos y obligaciones. En ese orden, al **firmar el formulario de vinculación** se creó un contrato con obligaciones recíprocas. A la señora Maya Blum le competía efectuar las cotizaciones obligatorias y a la AFP Porvenir adelantar todas las gestiones de administración. Los rendimientos en la cuenta individual de la promotora de la acción son producto de esas buenas gestiones y administración.

4.1.4. Finalmente, insiste que el traslado de los recursos debe ceñirse al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, que precisa que procede la transferencia de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, **más no los gastos de administración**. En similar sentido, se indica en el concepto de fecha 15 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera. Las solicitudes de traslado por vía judicial deben apoyarse en criterios técnicos, en las que se determine que no se afecta el Sistema General de Pensiones atendiendo al principio de sostenibilidad financiera.

4.2. Apelación Colpensiones

4.2.1. Expresa que se accedió a las pretensiones de la demanda sin tener en cuenta que el deber de asesoría

surgió con el literal b) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, la cual no se encontraba vigente al momento de efectuarse el traslado de la demandante. Es claro que las obligaciones a cargo de las AFP previstas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, relacionadas con el deber de información, **se suple con el formulario de afiliación**. No se tenía la obligación de documentar las asesorías por fuera del formulario. Dicha exigencia es una carga que la jurisprudencia impone. Frente a la falta de asesoría, solo existen los dichos de la demandante, sin que sustente probatoriamente los supuestos fácticos de la demanda.

4.2.2. Que la **inversión de la carga de la prueba** es desproporcionada, más aún cuando no se atiende los principios del C.G.P. Dicha interpretación altera las cargas probatorias a que se refiere el fallo C – 086 de 2016. Que el Decreto 2241 de 2010 establece los deberes en cabeza de los afiliados del Sistema General de Pensiones, sin distinción del momento de su afiliación o vinculación. Por tanto, el silencio en el transcurso del tiempo equivale a una decisión consciente de los efectos legales de pertenecer a un determinado régimen pensional. Que la actora no atendió dichos deberes, motivo por el cual, no es procedente imponer la carga probatoria solo en la AFP. Así se establece un tipo de responsabilidad objetiva que favorece la inercia probatoria de los demandantes. Que en 20 años la promotora de la acción no procuró información sobre su situación pensional.

Que la pretensión del traslado de régimen es meramente económica y en sentencia C – 086 de 2002 se indicó que no

es una finalidad del S.G.P. conservar el equilibrio cuota prestación, bajo la premisa de que los afiliados no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada.

4.2.3. Expone que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 y el 9 de septiembre de 2008 reitera la necesidad de brindar información suficiente y veras sobre el traslado, también lo es que, en esos asuntos, los afiliados estaban en situaciones muy distintas respecto de su sistema pensional. En el segundo fallo citado, el afiliado, al momento del traslado, contaba con 58 años y 1.286 semanas. Por ende, tenían una expectativa legítima en el RPM. Además, se acreditó que la información que se le entregó no fue veras. En consecuencia, **es necesario analizar cada caso en concreto para declarar o no la ineficacia**. En el *sub lite*, la accionante contaba con 38 años de edad y 1.180,71 semanas al RPM, beneficiándose por más de 20 años de las prerrogativas del RAIS. Lo anterior encuentra sustento en las aclaraciones de voto de las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1689-2019, entre otras.

4.2.4. Por último, manifiesta que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional transgrede el principio de **sostenibilidad financiera** consagrado en el artículo 48 de la Carta Política. En consecuencia, requiere se revise cada caso de manera particular, toda vez que se termina imponiendo 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. Lo anterior, lo viene sosteniendo el Tribunal Superior de Pereira, que se ha apartado del precedente de la CSJ, señalando que la acción procedente en estos casos es la prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

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:

Ratificó los argumentos expuestos desde la contestación de la demanda y en el recurso de apelación. Resalta que, para el momento del traslado de la actora, no se exigía documentar las asesorías por fuera del formulario de afiliación, pues es una carga que la jurisprudencia impuso. Que la acción procedente, para el resarcimiento de los perjuicios causados al afiliado por el incumplimiento en el deber de información, es la prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, conforme a la cual, la responsabilidad por dichos perjuicios corresponde a la AFP.

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".

En el evento que se confirme la decisión del *A quo*, requiere se modifique y/o adicione la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A. que, además de trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, también se ordene el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y la indexación de los gastos de administración.

5.1.2. La demandada Porvenir S.A. y la parte actora, guardaron silencio en el término concedido para formular alegatos de conclusión.

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

Colpensiones también cuenta con legitimación por pasiva. De las historias laborales a folios 38 a 40 y 42 a 48 y el historial de vinculaciones de Asofondos (Fl. 126), se extrae que, previo al traslado de la demandante al RAIS, ésta se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 03 de octubre de 1984 al 30 de junio de 2000. 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 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 de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

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

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

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

4. Respuestas al primer y segundo interrogante.

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

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

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

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

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

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

4.1.6. En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la

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

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

4.1.8. Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada *-cuando no imposible-* o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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.

5. Caso en concreto.

5.1. Para este caso, de las historias laborales de Colpensiones² y Porvenir S.A.³, el formulario de traslado de régimen pensional⁴ y del Historial de Vinculaciones de Asofondos⁵, se desprende que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

5.1.1. En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, del 03 de octubre de 1984 al 30 de junio del año 2000, de manera interrumpida (Fls. 38 a 40 y 43).

5.1.2. Según el formulario de vinculación o traslado No. "01427417" (Fl. 21 y 128) y conforme al Historial de Vinculaciones (Fl. 126), el 22 de agosto de 2000 la accionante se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. Dicha afiliación se hizo efectiva a partir del 1º de octubre del mismo año, fecha desde la cual viene realizando cotizaciones, tal como se desprende de la relación de aportes de esa AFP a folios 42 a 48.

² Fls. 38 a 40.

³ Fls. 42 a 48.

⁴ Fl. 21 y 128.

⁵ Fl. 126.

5.2. En la demanda⁶ se argumenta que, en el acto de traslado del RPM al RAIS, la accionante nunca recibió asesoría integral donde se le explicara las diferencias, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales. No se le informó que no existiría certeza frente al valor de la pensión. Esto es, que la pensión en el fondo privado es de carácter relativo y no absoluto, es decir, un monto posible más no definitivo. Que el monto está sujeto a los rendimientos, a la existencia o no de beneficiarios y la expectativa de vida. Tampoco se le efectuó una proyección del monto pensional. Finalmente, señaló que, al tratar de constatar el posible valor de su derecho pensional en el RAIS, se determinó en una suma de un Salario Mínimo Mensual Legal, cuando lo cierto es que, dados sus salarios, de haber continuado en el RPM podría ascender a la suma de \$1.296.288.

5.3. Por su parte, la AFP Porvenir S.A. dio respuesta al introductorio indicando que brindó a la actora asesoría integral acerca del funcionamiento, características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. La promotora de la acción se trasladó de manera libre, voluntaria y sin presiones al RAIS, por lo cual, suscribió el formulario de vinculación (Fls. 105 a 124).

5.4. Para la Sala, Porvenir S.A. no demostró que haya brindado, a la demandante, la información suficiente para llevar a cabo el traslado de régimen. A pesar de que se allegó el formulario de traslado suscrito por la actora, en el que se hace constar que la escogencia del RAIS fue

⁶ Fls. 49 a 60 y 135 a 147.

efectuado de forma libre, espontánea y sin presiones (Fl. 21 y 128), lo cierto es que su sola suscripción no es prueba de la debida asesoría que debía suministrar la AFP. A su vez, las otras documentales aportadas solo dan cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliada la accionante.

5.5. Además, nótese que en el interrogatorio de parte absuelto por activa no se advierte manifestación que permita establecer que fue debidamente asesorada, y que, por ello, era conocedora de todas las implicaciones que, en el presente como a futuro, podía involucrar el acto de traslado. En su declaración, la señora Luz María Maya Blum puntualizó que no se le suministró ninguna información al momento de suscribir el formulario de vinculación al fondo privado.

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

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

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

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

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

(...)

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

5.10. En cuanto al alegado incumplimiento de los deberes de la demandante frente a las exigencias del Decreto 2241 de 2010, es importante precisar que: **i)** su expedición (23 de junio de 2010) y su vigencia (1º de julio de 2010), son posteriores a la fecha en que la demandante suscribió el

formulario de afiliación, esto es, 22 de agosto de 2000; **ii)** Dicha disposición, que entró en vigencia el 1° de julio de 2010, por disposición del artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, cuya vigencia data del 15 julio del mismo año, quedó expresamente derogado; y **iii)** si en gracia de discusión no existiera ningún inconveniente con la vigencia del Decreto 2241 de 2010, no debe olvidarse que el objeto de su expedición fue establecer los principios, reglas, derechos y deberes para la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades administradoras de los regímenes del Sistema General de Pensiones, partiendo de la necesidad de garantizar que los usuarios recibieran información y el buen consejo que les permitiera adoptar decisiones informadas, especialmente, en lo relativo a la selección de fondos de pensiones. De ahí que las estipulaciones contempladas solo podían ser aplicadas teniendo en cuenta tal parámetro, pues, de lo contrario, el estatuto no sería de protección del consumidor del sistema pensional, sino de las administradoras, lo que sería un contrasentido.

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

29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través de fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

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

6. Respuesta al tercer problema jurídico.

La respuesta es **positiva**. Porvenir S.A., además de los valores que percibió por concepto de cotizaciones y rendimientos financieros, debe trasladar a Colpensiones los gastos de administración. De otro lado, se adicionará el fallo de primer grado, en el sentido de ordenar a Colpensiones que reciba todos los bienes ordenados en la sentencia objeto de apelación y consulta.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

6.1. En cuanto a los **gastos de administración**, son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Por tanto, resulta procedente que el fondo privado demandado, 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)".

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

6.2. Finalmente, estima necesario la Sala ejercer las facultades constitucionales y legales para garantizar a la demandante su derecho fundamental a la Seguridad Social en Pensiones. Ello, por la omisión del *A quo* de ordenar a Colpensiones que reciba los aportes y demás bienes

ordenados en la parte resolutive de la sentencia de primer grado, con el fin de evitar a futuro alguna conducta renuente de parte de la demandada Colpensiones de recibir tales bienes.

En consecuencia, se adicionará la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de ordenar a Colpensiones que reciba todos los dineros y/o conceptos ordenados por el *A quo* producto de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

7. Respuesta al cuarto problema jurídico.

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

8. Finalmente, no resulta procedente para el *Ad quem* ordenar el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Igual situación acontece con la indexación de los gastos de

administración. Lo anterior, por cuanto dichos puntos no fueron objeto de apelación por Colpensiones.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

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

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

8.1.2. Colofón de lo expuesto, la Sala carece de competencia para pronunciarse frente a las nuevas solicitudes formuladas por la apoderada judicial de Colpensiones en su escrito de alegatos de conclusión. Ello, por cuanto desbordan las materias objeto del recurso de

apelación. Dicha omisión tampoco se convalida con el grado jurisdiccional de consulta de que trata el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto dicho mecanismo opera frente a los aspectos que fueron desfavorables para la parte en virtud de la cual se surte.

9. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., en favor de la actora. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **ORDENAR** que **COLPENSIONES** debe recibir de Porvenir S.A. los valores y/o conceptos ordenados por el *A quo* producto de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dispuestos en los numerales PRIMERO y SEGUNDO del fallo de primer grado, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la providencia objeto de apelación y consulta, por lo antes expuesto.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado


CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA


LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS