



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

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Octubre veintiséis (26) de dos mil veintiuno (2021)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	19-001-31-05-002-2020-00043-01
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Popayán
Demandante:	Darío Armando Salazar Montenegro
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Confirma sentencia de primer grado
Sentencia escrita No.	085

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia emitida el 27 de abril de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán en el proceso ordinario laboral promovido por Darío Armando Salazar Montenegro. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. El referido demandante llamó a juicio a las citadas demandadas con el propósito que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad; que la Sociedad Porvenir S.A., debe asumir de su propio peculio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de su pensión de vejez; y, trasladar a Colpensiones los valores de su cuenta de ahorro individual, incluyendo los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus respectivos frutos e intereses; asimismo, que se ordene a Colpensiones aceptar el traslado y que se condene en costas a Porvenir.

2. Contestaciones de la demanda

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

2.1.1. En ejercicio de su derecho de defensa, se opuso al *petitum* demandatorio. Arguyó –*en síntesis*- que el actor es una persona capaz a la luz del artículo 1503 del CC, que conforme lo señala el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado al momento de la suscripción del formulario de vinculación. Precisó que al momento de la afiliación el demandante recibió una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época, que sólo a partir de la expedición de la circular 016 de 2016, surgió para las AFPS la obligación de guardar los soportes documentales, por lo que antes de esta fecha las asesorías eran verbales, sin que por ello pueda afirmarse que no fueron completas y que no puede exigírsele que fuera de otro modo dado que esa era la forma correcta y ajustada a la ley para ese entonces. Agregó que el acto de vinculación por traslado es válido por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni mucho menos se realizó bajo engaños ni medio de coacción.

2.1.2. 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"*.

2.2. De la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

2.2.1. Se opone a la prosperidad de las pretensiones, manifestando que el señor Darío Armando Salazar realizó el traslado de régimen de manera libre, informada y consiente. Cuestiona que se diga que Porvenir S.A., no le proporcionó información suficiente, desconociendo que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones ha tenido varias etapas y para el momento del traslado correspondía atender lo preceptuado en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículo 97 numeral 1º, por lo que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben valorarse bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario de afiliación; que no es razonable, ni jurídicamente válido imponer obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico.

2.2.2. Propuso como excepciones las de *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "INDEBIDA INTERPRETACION DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORIA DE TRASLADO PENSIONAL", "INEXISTENCIA DE VICIO EN EL CONSENTIMIENTO QUE INDUJERA A ERROR DE LA AFILIACIÓN DEL DEMANDANTE QUE TRAIGA COMO CONSECUENCIA LA INEFICACIA O INVALIDEZ DE LA MISMA", "IMPOSIBILIDAD DE ALEGAR LA IGNORANCIA DE LA LEY EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS", "BUENA FE", "LA INOPONIBILIDAD DE A RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES", "PRESCRIPCIÓN" y la "INNOMINADA O GENÉRICA"*.

3. Decisión de primera instancia

3.1. El *A quo*, puso fin a la primera instancia en sentencia dictada en audiencia del 27 de abril de 2021, en la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, decidió: (i) declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, que a partir del 5 de marzo de 1997 se atribuye al demandante, a través de Horizonte SA, hoy Porvenir SA, ante la ausencia de un consentimiento voluntario e informado en la escogencia del RAIS. (ii) declarar que el demandante conservó el derecho a permanecer en el RPM hoy administrado por Colpensiones y en consecuencia se condenó a Porvenir SA como última administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como: cotizaciones, bonos pensionales (si es del caso), sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado, disponiendo que los valores deberán ser recibidos por Colpensiones. (iii) negó la excepción de prescripción, y; (iv) condenó a Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso.

3.2. Para adoptar tal determinación, apoyado en precedentes de la jurisprudencia especializada, que tratan sobre el deber de suministrar información necesaria y transparente; de igual manera que el diligenciamiento de los formularios no es prueba suficiente de una manifestación de la voluntad completamente libre al tenor de lo dispuesto en el art. 13 de la ley 100 de 1993 y que acorde a lo dispuesto en el artículo 1604 CC, incumbe a la administradora de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del art. 271 de la ley 100 de 1993. En esta sentencia la Sala Laboral ya no hace referencia a una nulidad relativa del proceso de afiliación o traslado sino a su ineficacia.

3.3. Precisó que al interior del proceso no es posible verificar que la administradora de pensiones cumplió con el deber de suministrar una información completa y suficiente, que permitiera a la afiliada verificar la posibilidad real de conocer tanto lo positivo como lo negativo de cada régimen pensional, por lo que atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del art. 97 del Decreto 663 de 1993, se genera la ineficacia de esa afiliación o traslado al tenor de lo dispuesto en el art. 271 de la ley 100 de 1993, lo que implica que al no surtir efecto dicha afiliación al RAIS, el asegurado queda en posibilidad de llevar a cabo una nueva afiliación, sin que sea necesaria o

constituya una condición que con anterioridad al traslado estuviese afiliado al RPM.

3.4. Sostuvo que en el caso concreto no existe prueba de que se haya dado cumplimiento a esta obligación en el traslado de DARIO ARMANDO SALAZAR MONTENEGRO, sin que el interrogatorio de parte llevado a cabo evidencie prueba de confesión en cuanto a que la AFP efectivamente hubiese agotado en legal forma a este deber

3.5. Agregó que, de acuerdo a los recientes lineamientos de la jurisprudencia laboral, el traslado efectuado por el demandante deviene en ineficaz, o que nunca produjo efectos, y recuerda que las disposiciones en materia laboral e incluso en la seguridad social constituyen un mínimo de derechos y garantías que se consagran en favor de los trabajadores y por tanto al tenor de lo dispuesto en el art. 13 del C.S.T no produce ningún efecto cualquier estipulación que desconozca ese mínimo.

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

4. Las apelaciones

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

4.1. Apelación Porvenir S.A.

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

Porvenir S.A.; además que su actuación ha sido de absoluta buena fe.

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

4.1.3. Alega que la entidad en aplicación del artículo 20 de la ley 100 de 1993 efectuó la distribución de la cotización tal y como lo ordena dicha norma, es decir destinando el 3% de la misma para cubrir los gastos de administración, que, en consecuencia, al decretarse la nulidad o ineficacia del traslado y ordenar la devolución de recursos se debe respetar la restituciones mutuas **y por tanto excluir la sumas por concepto de primas de seguros y gastos de administración**, que en su lugar se de aplicación al artículo 7º del decreto 3995 de 2008 que regulan que al efectuarse el traslado de recursos entre los regímenes se debe trasladar lo correspondiente a los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, más no que se ordene devolver los gastos de administración y primas de seguro previsional.

4.2. Apelación de Colpensiones.

4.2.1. Discrepa de la apreciación del A quo, referida a la falta de acreditación del suministro de información al actor, advirtiendo que la vinculación a cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria, y que en este caso, el demandante manifestó esa voluntad por escrito con la suscripción del formulario de afiliación, que para ese momento, cumplía con los requisitos previstos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y las proformas adoptadas por la Superintendencia Financiera en las Circulares 034 y 037 de 1994.

4.2.2. Sostiene que debe tenerse en cuenta que, a pesar de que Porvenir SA traslade a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos y los gastos de administración debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional, en tanto que, nadie puede resultar

subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuye es al logro de los principios de universalidad y eficiencia, asegurando la intangibilidad y sostenibilidad del sistema, al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago de futuras mesadas y el reajuste periódico de las mismas, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencias C 1024-2004 y SU 062-2010.

4.2.3. Argumentó que aceptar la ineficacia y como consecuencia el traslado del demandante, quien cotizó de una manera deficiente al sistema, implicaría un colapso financiero, toda vez que Colpensiones se vería obligada a pensionar a una persona no efectuó aportes a la entidad durante su vida laboral, por lo tanto, solicitó la revocatoria de la decisión de primer grado.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

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

5.1.1. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

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

5.1.2. De Porvenir S.A.

5.1.2.1. Como alegatos de conclusión, concretamente frente al asunto en cuestión, refiere que el demandante, luego de la información recibida, manifestó mediante su firma plasmada en formulario de vinculación de fecha 05 de marzo de 1997 y con efectividad a partir del 01 de mayo del mismo año, su voluntad de afiliación y al haber permanecido por más de 19 años queda demostrado la intención y la decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual al cual pertenece Porvenir, razón por la cual conforme a las normas vigentes para el año 1997 están dados todos los requisitos de Ley para la validez de la selección de régimen realizada por el demandante.

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

5.1.2.3. Explica que al tener los dineros destinados a la seguridad social dentro de la cuenta de ahorro individual que es manejada por las AFPs se generan gastos de administración, así como la necesidad de contratar un seguro provisional de invalidez y muerte para cada contingencia y para cada vigencia del caso; que devolver el dinero que la ley le permite a la AFP descontar por administración, generaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante quien se ha visto favorecido por beneficios propios del RAIS y un empobrecimiento para la AFP y por ende para el sostenimiento financiero del sistema de seguridad social del régimen de ahorro individual, que por esta razón se opone a la devolución de gastos de administración.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

2. Legitimación en la causa

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

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

2.3. Frente a Colpensiones, debe indicarse que, del reporte de semanas cotizadas visible en el archivo 6 del expediente administrativo adjunto a la carpeta del proceso, se constata que el actor cotizó en esta entidad como independiente entre el 1º de mayo y el 30 de junio de 1995, un total de 8.43 semanas y conforme la historia laboral consolidada, expedida por Porvenir S.A. el 17 de enero de 2020¹ se evidencia que en total entre el sector público y privado alcanzó a cotizar en el RPM un total de 94 semanas. Por tal razón, le asiste legitimación en la causa por pasiva, al ser la entidad que asumió la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012, por el cual se suprimió y ordenó la liquidación del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S.

¹ Fls 4 y 5 archivo 3 del expediente digital.

3. Problemas jurídicos:

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

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

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

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

3.3. ¿Conforme el reproche de Porvenir S.A. frente a la improcedencia de devolución de prima de seguros previsional, es dable que la Sala se pronuncie al respecto?

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

4. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

4.1. Respuesta al primer problema jurídico.

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

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

4.1.3. Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994 ya comentado, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno, tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

4.1.4. En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, SL19447 - 2017, SL 4964 -2018, SL 4689-2018 y entre las más recientes SL1452-2019, SL1421-2019 de 10 de abril de 2019 y SL 373 del 10 de febrero de 2021, Radicación No 84475 señala que: *"la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

4.1.5. Bajo esta dirección, ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y

comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

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

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

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

(...)

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

4.1.10. Caso en concreto

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

4.1.10.2. Obra en el plenario, reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, visible en el archivo 6 del expediente administrativo adjunto a la carpeta del proceso, que da cuenta que el actor cotizó en esta entidad como independiente entre el 1º de mayo y el 30 de junio de 1995, un total de 8.43 semanas y conforme la historia laboral consolidada, expedida por Porvenir S.A. el 17 de enero de 2020² se evidencia que en total entre el sector público y privado alcanzó a cotizar en dicha entidad un total de 94 semanas, medios probatorios que acreditan que el

² Fls 4 y 5 archivo 3 anexos de la demanda- expediente digital.

demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media.

Aunado a lo anterior, el hecho de la preliminar vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, queda evidenciado con el informe de Asofondos,³ del que se extracta que el 5 de marzo de 1997 el demandante efectuó el traslado de régimen pensional, con efectividad a partir del 1º de mayo del mismo año, en el que se señala a Colpensiones como la AFP de origen; de igual manera, este hecho se corrobora con el formulario de afiliación (traslado de régimen)⁴.

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

4.1.11. Ahora, se observa que para efectos de cuestionar el referido traslado, el promotor del proceso expone que el traslado de régimen pensional obedeció al engaño del fue objeto por parte de los promotores de las entidades administradoras, dado que no le brindaron una información completa y veraz frente a las ventajas y desventajas del cambio del régimen, tampoco se le hizo una proyección en cuanto a la mesada que recibiría en cada uno de los regímenes, ni le informaron sobre el derecho de retracto contenido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, que contrario a ello solo le dijeron que obtendría un monto pensional superior al esperado en el régimen de prima media, por tal razón sostiene que existen vicios en el consentimiento por la falta de información clara, veraz y suficiente que conllevó que la decisión fuera libre y espontánea.

4.1.12. Acorde con lo anterior, fundada en los dispositivos legales reseñados y en acogimiento de los postulados de la jurisprudencia especializada cuyos apartes compartimos, precisa la Sala que la sola suscripción del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad *per se*, no constituye prueba idónea para acreditar que Porvenir S.A. ofreció al promotor de este juicio, una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

4.1.13. Para este Colegiado, si bien el formulario de traslado aparece suscrito por el actor haciendo constar que la escogencia del RAIS fue

³ Fl. 33 anexos respuesta Porvenir del expediente digital

⁴ Fl. 27 anexos respuesta Porvenir del expediente digital

efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones, en copiosos pronunciamientos se ha dejado sentado y se mantiene pacífico, que la sola suscripción del formulario de afiliación al RAIS, es un acto que resulta ineficaz para demostrar que Porvenir S.A. cumplió con su deber de acreditar que brindó información suficiente sobre las implicaciones de esa decisión, previo a la formalización de dicho acto

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

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

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

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

4.2. Respuesta al segundo problema jurídico

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

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

4.2.1.2. Con todo, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la idónea información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, i m p e l e que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁹.

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

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

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

4.3. Respuesta al tercer problema jurídico.

4.3.1. Conforme el reproche de Porvenir S.A., frente a la improcedencia de devolución de prima de seguros previsional, es de advertir que, como quiera que, en la decisión del A quo, se echa de menos que expresamente haya impuesto a cargo de esta AFP devolución por este concepto, *prima facie* este Tribunal podría relevarse de pronunciarse al respecto; no obstante, importa relieves que en la forma como está descrita la orden consecencial a la declaratoria de ineficacia, esto es, de devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, **todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, haciendo alusión expresa a las cotizaciones**, debe entenderse que las cuantías valor que fueron extraídas de las mismas para destinarlas a la contratación y pago de los seguros previsionales se encuentran incluidos en la orden judicial.

4.3.2. Así las cosas, en el entendido que la devolución de los costos por concepto de seguros previsionales, que valga decir, incluye las primas pagadas para su efectividad, se encuentra ínsita en la decisión del juez de instancia, este Colegiado, apartándose de las apreciaciones sobre las cuales Porvenir S.A. estima improcedente tal devolución, secunda lo

resuelto por el A quo, pues, reservarle a esta AFP valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido, fruto de ello, es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización.

4.3.2. Ahondando en razones, no resulta viable que para resolver la relación jurídica entre el afiliado y las administradoras vía ineficacia del traslado, se pueda echar mano a la validez de un contrato de seguro con un tercero, que es una relación jurídica ajena al proceso, de la cuál si surgiere algún derecho u obligación, debería zanjarse en proceso aparte entre las partes interesadas; De otro lado, porque el valor de las pólizas de seguro se saca del 3% de la cotización, destinado para el pago de las mismas y los gastos de administración, pero nunca de la cuenta individual del afiliado y conforme lo dispone el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el Régimen de Ahorro Individual comprende el conjunto de entidades, normas y procedimientos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, los cuales están a cargo de Porvenir independientemente de cómo se financien, que en el caso de la pensión de sobrevivientes y de invalidez, se financian con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional, el bono pensional (si a ello hubiere lugar) y la suma adicional, que estará a cargo de la aseguradora.

4.3.4. Por tanto, consentir que Porvenir no restituya el valor de las primas de los seguros previsionales, envolvería la violación directa del artículo 1746 del Código Civil que regula los efectos de la declaratoria de nulidad, aplicable según la jurisprudencia a la figura de la ineficacia, en tanto las dos figuras dan a las partes el derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiere existido el acto o contrato, máxime, cuando en este proceso tampoco se ha demostrado que se contrató el seguro previsional ni el valor de la póliza que es colectiva y de participación, conforme al artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y menos, cuál es el valor que de la respectiva prima de seguros le corresponde a la demandante afiliada en este proceso para que se pudiera proferir una decisión en concreto si llegare a ser procedente, por lo que también, por falta de prueba es imposible que prospere la inconformidad respecto a la no devolución de las primas del seguro

previsional, que como ya se dijo, se entienden incluidas en la devolución de la cotización completa al RPM.

4.3.5. En colofón de lo expuesto, los razonamientos frente a los cuales la apoderada de Porvenir considera que en la sentencia de primer grado no debe incluirse la devolución por concepto de primas por seguros previsionales, no tienen la virtualidad para disponer que sean excluidos de la misma.

4. 4. Respuesta al cuarto problema jurídico.

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

4.4.2. Frente al particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, expresó: "*la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*".

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones EICE, dada la no prosperidad de sus apelaciones.

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.- CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 27 de abril de 2021, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **DARIO ARMANDO SALAZAR MONTENEGRO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones EICE y a favor del demandante.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo e igualmente por edicto, que deberá permanecer fijado por un día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y de la SS.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los Magistrados,



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES

Con salvamento parcial de voto