

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**  
**SALA LABORAL**

**Magistrado Ponente:**  
***LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS***

Popayán, Cauca, doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020)

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>FABIO HERNÁN OCAMPO RESTREPO</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>PORVENIR S.A.</b> <b>Administradora Colombiana de Pensiones -</b> <b>COLPENSIONES</b>
<b>RADICADO N°</b>	<b>19-001-31-05-002-2018-00154-01</b>
<b>INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA</b>
<b>TEMA</b>	<b>Nulidad del traslado del RPM al RAIS.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>Se confirma la sentencia apelada y consultada.</b>

**ASUNTO A TRATAR**

De conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, la Sala Laboral, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto

presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandada PORVENIR S.A. y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones** frente a la sentencia proferida en primera instancia el doce (12) de agosto del año dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia.

## 1. ANTECEDENTES

### 1.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante **se declare la nulidad del traslado** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., al haberse configurado un vicio en el consentimiento.

Como consecuencia, **solicita se condene** al fondo de pensiones PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual del señor Fabio Hernán Restrepo, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con sus respectivos rendimientos financieros.

Además, pide se condene a PORVENIR S.A., asumir los detrimentos sufridos por su capital, destinado a la financiación de su pensión de vejez, y se condene en costas procesales y agencias en derecho a las entidades demandadas (fls.27 a 42, cuaderno principal).

Como *fundamentos fácticos*, en síntesis, se expone que: 1) El señor Fabio Hernán Ocampo Restrepo cuenta con 57 años de edad y más de 37 años de servicios laborados con diferentes entidades privadas.

2) Cotizó al ISS, hoy Colpensiones, desde el 01 de junio de 1981, hasta el 08 de junio de 1994.

3) Que para el año 1994 se presentaron asesores del fondo de pensiones COLPATRIA planteando unas condiciones supuestamente favorables para pensionarse, con proyecciones ostentosas, sin advertir consecuencias adversas, por lo que, con esa información engañosa, inexacta y confusa, abandonó el régimen de prima media con prestación definida y los aportes pensionales se encuentran hoy en PORVENIR S.A., debido a que Colpatria se fusionó con el Fondo de Pensiones Horizonte, siendo este último fusionado con PORVENIR S.A.

4) Que, al hacer la proyección de su pensión, se vislumbra un daño irremediable, pues el valor que arroja la proyección del fondo de pensiones Porvenir S.A. es de \$2.488.027; mientras que en el RPMPD sería de \$6.351.458, el primero de los cuales no supliría sus necesidades una vez se efectuó el retiro de la vida laboral.

Y finalmente, 5) Que el 7 de diciembre de 2017 radica solicitud de traslado de fondo pensional la cual fue rechazada por Colpensiones, por cuanto se encuentra a menos de 10 años de pensionarse

## **1.2. Contestación de PORVENIR S.A.**

El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. contestó la demanda a través de su apoderada judicial (folios 59 a 71, cuaderno único de primera instancia), **oponiéndose a todas las pretensiones declarativas y de condena de la demanda**, bajo el argumento que la vinculación del demandante a PORVENIR S.A. es un acto válido, primero, en virtud del traslado que realizó desde el RPM al RAIS el 09 de junio de 1994 con la AFP Colpatria, quien el 29 de septiembre de 2000 se fusionó con la AFP Horizonte y esta a su vez se fusionó el 01 de enero de 2014 con Porvenir S.A., época durante las cuales tuvo la oportunidad de manifestar su inconformidad y no lo hizo, por lo tanto, obró la prescripción

respecto de ese acto de voluntad válido porque se cumplió el rigorismo de la ley para ese tipo de contratos y además, a la fecha de solicitud de traslado el actor era una persona capaz de obligarse y por esta razón firmó el formulario respectivo en señal de aceptación.

Expuso que, los asesores encargados de promover la afiliación al RAIS, brindan una asesoría completa, por lo tanto, de ningún modo se los instruye para engañar u omitir información. Además, que *“la ignorancia de la ley no sirve de excusa”*.

También expuso que el demandante no cumple los requisitos del régimen de transición, en consecuencia, no puede trasladarse al RPMPD.

Excepciones de mérito: “Prescripción”, “falta de causa para pedir”, “buena fe”, “genérica”, “inexistencia de la obligación”, “compensación”, “PORVENIR no puede ser compelido al reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado” y “deber de evitar o mitigar el daño”.

### **1.3. Contestación de COLPENSIONES:**

Colpensiones a través de su apoderado judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, contestó la demanda (folios 127 a 135, *ibídem*), **oponiéndose a todas las pretensiones**, porque, la afiliación al RAIS del demandante frente al fondo de pensiones de carácter privado, se hizo de manera voluntaria.

Además, tal pedimento no es procedente de conformidad con lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, como quiera que el peticionario se encuentra a menos de 10 años del requisito para pensionarse.

Excepciones de mérito: “Inexistencia de la obligación”, “inexistencia de vicio en el consentimiento que indujera a error de la afiliación de la demandante que traiga como consecuencia

la anulación o invalidez de la misma”, “buena fe”, “prescripción” e “innominada o genérica”.

#### **1.4. Decisión de primera instancia:**

El **Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, (Cauca)**, se constituyó en **audiencia pública de trámite y juzgamiento** el día doce (12) de agosto de dos mil diecinueve (2019), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA** dentro del presente asunto, en la cual **resolvió: Declarar la ineficacia del traslado** al régimen de ahorro individual con solidaridad, que a partir del 09 de junio de 1994 efectuara el demandante a través de la AFP COLPATRIA, fusionada el 29 de septiembre de 2000 con la AFP HORIZONTE fusionada con PORVENIR S.A. el 01 de enero de 2014, ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del RAIS.

Y dispuso que el demandante siempre conservó su derecho a permanecer en el régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones, por lo cual, **se condena a PORVENIR S.A.**, como última administradora a la cual se efectuaron los aportes, a **devolver los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz**, tales como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que hubieren causado; valores estos que deberán ser recibidos por COLPENSIONES.

Finalmente, se niega la excepción de prescripción y se condena en costas a PORVENIR S.A.

**TESIS DEL JUEZ:** En este evento, ante la ausencia de prueba en el cumplimiento de la obligación de información clara y suficiente en la afiliación al RAIS que hiciera el demandante, hay lugar a declarar su ineficacia al tenor de lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, sin que haya lugar a

declarar la prescripción de la acción, como quiera que ese acto nunca produjo efectos.

Señala el juez que, al tratarse de una ineficacia del traslado, no puede hablarse 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.

### **1.5. Recurso de apelación:**

Inconforme con la decisión, **la apoderada judicial de Porvenir S.A. presentó recurso de apelación**, manifestando que, si bien las pretensiones del proceso estuvieron encaminadas a la declaratoria de nulidad absoluta del acto de traslado y con base en precedente jurisprudencial se declaró la ineficacia del mismo, y que el señor Fabio Hernán Ocampo siempre conservó el derecho a estar vinculado al RPMPD, hoy administrado por Colpensiones, se ordenan una serie de traslado de sumas de dinero, a las cuales se opone por ser improcedentes.

**Así, su inconformidad radica en dos aspectos, el primero, frente a los rendimientos financieros y el segundo, las sumas adicionales.**

En lo que atañe a los rendimientos financieros, expuso:

*“... ¿cómo decir actualmente, hoy en día de que siempre permanecieron en el régimen de prima media y tienen unos rendimientos que fueron generados y liquidados conforme a la ley 100 de 1993?, hay que tenerse en cuenta que estos rendimientos financieros son el atractivo del régimen de ahorro individual más no del régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones. Ordenar su traslado, sería un contrasentido, porque si siempre estuvieron con el régimen de prima media, ¿qué fundamento jurídico tendría en Colpensiones unas sumas de dinero por concepto de unos rendimientos*

*generados en ley 100 de 1993 con el funcionamiento del régimen de ahorro individual? .... ..”*

Así las cosas, el apelante señala que hay un contrasentido al declararse esa ineficacia, o que no existió un contrato, pero sí que los rendimientos son eficaces, entonces, o lo es ineficaz absolutamente todo, o no es parcial.

**En lo que atañe a las sumas adicionales**, también las considera improcedentes, señalando, con base en una precedente de esta Sala del 11 de julio de 2019, que en el proceso no se ventiló pretensión alguna tendiente a reconocimiento o pago de alguna contingencia, como lo es pensión de sobrevivientes o de invalidez. Así las cosas, **no operaría el retorno de estas sumas adicionales al régimen de prima media para la cuenta del hoy demandante**. Lo anterior, porque:

*“...en virtud de lo consagrado en el literal a) del artículo 60 de la ley 100 del 93, la cuantía de las pensiones de vejez, invalidez y de sobrevivientes en el RAIS así como las indemnizaciones previstas para el mismo dependerán de los aportes de los afiliados y sus empleadores, los rendimientos financieros y los subsidios del Estado cuando a ello hubiere lugar. 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 las primas de seguro para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes.”*

## **2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

En firme el auto que admitió la apelación y la consulta, se dio traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días a cada una, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

De acuerdo a constancia secretarial que antecede, y, revisada la actuación, se constata que, las entidades demandadas – PORVENIR S.A. y COLPENSIONES- allegaron oportunamente los escritos para alegar de conclusión, a través de sus apoderados judiciales.

## **2.1. Alegatos de conclusión de Porvernir S.A.**

Sostiene la apoderada de Porvenir S.A., que, de acuerdo a las normas que regulan el tema de elección y vinculación al régimen de pensiones y el análisis de éstas, no se encuentra una argumentación válida para considerar que no existe prueba veraz y suficiente con la cual PORVENIR acreditara haber informado al afiliado sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional derivando en una ineficacia del acto de traslado. En tal sentido, se debe considerar que el señor OCAMPO RESTREPO eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer, procediendo al diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, formulario que contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y corresponde a la preforma adoptada por la Superintendencia Financiera a través de las Circulares 034 y 037 de 1994.

Por las razones anteriores, solicita que se revoque el fallo de primera instancia y se denieguen las pretensiones del demandante.

Por otra parte, sostiene que, por virtud del efecto retroactivo de la declaración judicial de toda nulidad sustancial, ineficacia en el presente asunto, la sentencia que haga tal declaración debe ordenar que las cosas regresan al estado en que se encontraban antes del otorgamiento del acto o contrato nulo, y por lo tanto, oficiosamente se debe regular las prestaciones mutuas de los contratantes, pues, de lo contrario dicha sentencia infringirá la ley por la inaplicación del artículo 1746 del Código Civil,

según providencia de la Corte Suprema de Justicia, Casación Civil abril 17/75.

## **2.2. Alegatos de conclusión de Colpensiones:**

En ejercicio de su derecho a la defensa, la entidad demandada – COLPENSIONES-, a través de su mandatario judicial, alego de conclusión señalando que, durante el debate probatorio no se logró demostrar que hubo indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado de régimen y posteriormente, la firma del formulario de afiliación, ya que del mismo interrogatorio de parte practicado a la demandante se logra colegir que firmó el formulario de forma voluntaria.

También sostuvo, que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado, tal y como lo precisó la Corte Constitucional en la providencia C 086 de 2016. Que, de este modo, no se configuran los elementos que permitan que la demandante pueda volver a ser parte del régimen de prima media con prestación definida administrado por su representada, ya 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 que conlleva a una variación en el monto pensional.

De otra parte, agregó que, es menester manifestar que la demandante no es un afiliado lego, ya que a pesar de que no es un abogado, es una persona que cuenta con la capacidad de entender y comprender las implicaciones de su traslado y, sin embargo, no realizó ninguna pregunta a los asesores del fondo privado en la asesoría recibida al momento de la afiliación a Porvenir S.A. y tampoco se acercó en algún momento a Colpensiones a recibir información o a solicitar una proyección pensional.

Por todo lo anterior, solicitó: 1) Se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación de la demanda. 2) Se revoque la sentencia de primera instancia proferida el 12 de agosto de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán. En consecuencia, 3) se dé por terminado el proceso y, 4) se condene a la contraparte en costas del proceso.

### **3. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES**

**COMPETENCIA:** En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por la parte demandada PORVENIR S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar el recurso apelación contra la sentencia de primera instancia.

De igual forma, se tramita conjuntamente el grado jurisdiccional de consulta, al ser desfavorable la sentencia a COLPENSIONES.

**Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica** para actuar en este proceso y están representados por sus apoderados.

**En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva** no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce el presunto titular del derecho reclamado, en contra de la persona jurídica eventualmente obligada a reconocerlo.

**El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente** y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insanables.

#### **4. ASUNTOS POR RESOLVER**

Del estudio del recurso de apelación propuesto por la demandada PORVENIR S.A. y para resolver la CONSULTA en favor de COLPENSIONES, la Sala formula los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS:**

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

**4.2. De conformidad con el recurso de apelación de Porvenir S.A., la Sala debe resolver si ¿fue acertado ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones, también traslade a Colpensiones los rendimientos financieros que se hubieren generado y sumas adicionales?**

**4.3. En sede de consulta, se resuelve si la acción se encuentra prescrita.**

#### **5. RESPUESTA AL PRIMER TEMA SOBRE LA INEFICACIA DEL TRASLADO:**

**La Sala concluye que la pasiva Porvenir S.A. incumplió con el deber legal** del suministro de la información al demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto los efectos positivos y negativos que acarreaba el cambio de régimen pensional y, por lo tanto, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual RAIS.

Como consecuencia, se debe CONFIRMAR la sentencia de primera instancia impugnada.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

**5.1.** El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, a través de dos regímenes excluyentes regidos por el principio de la solidaridad:

*(i) el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.*

*(ii) el sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.*

**5.2.** Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es *“aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”*.

En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *“un fondo común de naturaleza pública”*, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley<sup>1</sup>. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

**5.3.** De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad *“es el conjunto de entidades, normas y*

---

<sup>1</sup> Ley 100 de 1993, Artículo 32.

*procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”.*

**5.4.** En punto a la afiliación y traslado entre los dos regímenes pensionales RPM y RAIS, el legislador dispone las siguientes reglas:

*“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:*

*(... ...)*

***“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”***

Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1994:

*c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones;*

La reglamentación del literal c del artículo 60 en cita anterior, aparece en las siguientes normativas:

Sobre la escogencia del régimen pensional, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó

parcialmente la Ley 100 de 1993, original, en lo relevante para resolver, regula que:

**“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.** *La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

*Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora”.*

**5.5.** A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 1994, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 72. REGLAS DE CONDUCTA DE LOS ADMINISTRADORES.** *Los administradores de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales, absteniéndose de las siguientes conductas:*

*(... ...)*

***f. Abstenerse de dar la información que a juicio del Superintendente Bancario, deba obtener el público para conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos. (... ..)***

**5.6. Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, se dispone que:**

En el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando

***“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa... ..***

Y, además, expresamente se dispone que

***(... ..) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.***

**5.7.** En cuanto a la carga de la prueba del vicio en el consentimiento, aplica el artículo 1604 ibídem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos, incumbe al que ha debido emplearlo.

**5.8.** Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber de información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse entre otras en las sentencias del 9 de

septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019.

En reciente sentencia CSJ SL1452-2019, la CSJ Sala Laboral se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

*(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

*(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su*

*afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.*

*(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.*

**5.9.** En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, **es la ineficacia del negocio jurídico del traslado.**

Así lo consigna la CSJ-SL, en la sentencia reciente del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, cuando, luego de CASAR la sentencia del Tribunal, profiere la sentencia de instancia:

*“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa*

*La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por*

*este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018). ]*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio comercial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la*

*legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*[3: El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que «No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca» el mínimo de derechos laborales. ]4: Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 «Estatuto del Consumidor», privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores. ]5: De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva".]*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.*

Esta línea viene siendo reiterada, entre otras, la más reciente del 03 de julio de 2019, SL2422-2019.

## **6. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:**

**6.1.** Está probado con la historia laboral consolidada de Porvenir S.A., a folio 4 del cuaderno único de primera instancia, que el señor FABIO HERNÁN OCAMPO RESTREPO, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, reporta en el sistema de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (OBP), aportes en los siguientes períodos: Del 01/06/1981 al 02/05/1988, del 04/05/1988 al 13/11/1990 y del 11/12/1990 al 08/06/1994; y que por esos tiempo cotizados registra afiliación al RPM administrado en ese entonces por el ISS, conforme documento a folio 23 *ibidem*.

**6.2.** Probado está, que el traslado entre los dos regímenes pensionales (del RPM al RAIS) se produjo el 09 de junio de 1994, cómo se extrae de la constancia de PORVENIR S.A. a folio 18 del expediente principal, junto con el pantallazo del historial de vinculaciones de ASOFONDOS, a folio 72 *ibidem*, y los hechos aceptados al contestar la acción, a pesar de no aparecer al plenario el formulario respectivo de afiliación al RAIS.

**6.3.** Ahora, del examen en conjunto de todos los medios de convicción aportados con la demanda y su contestación, esta Sala encuentra que, la pasiva Porvenir S.A. no demostró en el proceso, que al momento del traslado, los asesores del extinto fondo de pensiones Colpatria, le hubiese dado a conocer al actor en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable.

Además, tampoco aporta el formulario de afiliación, quedando sin prueba alguna manifestación de voluntad del actor de aceptar el traslado en el año de 1994, cuando laboraba para el

Banco Colpatria, a su vez con participación en el fondo de pensiones Colpatria.

**6.4.** Por lo tanto, a falta de prueba de la manifestación de voluntad del actor para realizar el traslado, por una parte y por otra, no se cumple con el requisito legal del deber de información, la consecuencia jurídica no es otra que la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la **INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS**, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en recientes providencias, entre otras, la citada.

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

**7. RESPUESTA AL TEMA APELADO POR PORVENIR S.A., SOBRE LA ORDEN DE TRASLADAR A COLPENSIONES LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS Y SUMAS ADICIONALES:**

**La respuesta DE LA SALA** será AFIRMATIVA, dado que, con la declaratoria de ineficacia del acto de traslado las cosas retornan al estado anterior, dando cabida a las restituciones mutuas, entre las que se encuentran, el capital, los rendimientos del capital, los bonos pensionales y sumas adicionales, que conforman la cuenta individual del afiliado

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

**7.1.** De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros.

**7.2.** A su turno, según el literal a) del artículo 60 de la misma ley, el reconocimiento y pago de las prestaciones que contempla el RAIS, dependerá del capital que se obtenga de la sumatoria de los aportes de los afiliados y empleadores, más los **rendimientos financieros** obtenidos, que conforman la cuenta individual del afiliado, manejada por la Administradora, como lo dispone el literal b) de la misma normativa, pero bajo la naturaleza jurídica de un patrimonio autónomo del afiliado, como lo define el literal d) del mencionado artículo 60.

**7.3.** Conforme con estos parámetros legales, existe suficiente claridad, al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, éste es el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución del capital existente en la cuenta individual, se entienda incluidos los rendimientos financieros, pues el dueño de lo principal, también lo será de lo accesorio, tal cual está previsto en el literal a) del citado artículo 60.

**7.4.** En cuanto a la queja de la apoderada de Porvenir, en relación con la orden impartida por el Juez de Primera Instancia, para que devuelva los valores por concepto de **“sumas adicionales”**, la Sala no acoge los argumentos de la apelación, porque esta orden no tiene ninguna relación directa con los valores que recibió la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y/o sobrevivientes, en cambio, está ligada con aquellos aportes adicionales a los legales, que pudiera haber efectuado la actora, con el fin de aumentar su capital y mejorar la mesada pensional.

## **8. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, EN SEDE DE CONSULTA:**

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la

presentación de la demanda, trascurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1994.

**La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción**, como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la ineficacia del acto de traslado al RAIS, de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, no cabe establecer si tal acto o negocio jurídico de traslado está sujeto a las reglas de la prescripción, toda vez que con la declaración de INEFICACIA JURÍDICA, se entiende que tal acto o negocio jurídico jamás nació al mundo jurídico, por una parte y por otra, siguiendo la tesis de la imprescriptibilidad expuesta por la CSJ-SL, en la sentencia SL1689-2019, cuando sostiene que la solicitud de declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS es imprescriptible, ante el hecho de estar en presencia de un proceso meramente declarativo y que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.

Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

En la sentencia en mención, se afirma:

*“Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.*

**Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo,**

**que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la **afiliación**, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión» (resaltado fuera del texto original)

**En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)”.**

Esta tesis ha sido reiterada en sentencias posteriores, la más reciente del 03 de julio de 2019 SL2422-2019.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por Porvenir S.A. y Colpensiones, en tanto el afiliado puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en cualquier momento para solicitar la declaración de ineficacia de la afiliación, y se defina en que régimen pensional se encuentra afiliado.

## 9.- COSTAS

De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del CGP, al resolverse en forma desfavorable el recurso de apelación propuesto por la pasiva Porvenir S.A., se impone la condena en costas de segunda instancia.

Las agencias en derecho se fijarán por el Magistrado ponente en la oportunidad procesal.

## 10. 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.- SE CONFIRMA** la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida en primera instancia el doce (12) de agosto del año dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por el señor FABIO HERNÁN OCAMPO RESTREPO contra la Sociedad Administradora de Fondos y Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. -SE CONDENA EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA**, a la demandada PORVENIR SA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO.** -Oportunamente, **DEVUÉLVASE** el expediente al

juzgado laboral de origen, previo registro de su salida definitiva.

**CUARTO.** -La presente sentencia queda notificada a las partes POR **ESTADO ELECTRÓNICO** y por Secretaría de la Sala se remite copia de la presente providencia, a los correos electrónicos suministrados por los apoderados de las partes.

Los Magistrados,



**LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES**

Firma digitalizada válida para  
actos judiciales y administrativos



**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
Magistrado

Popayán-Cauca



**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA**