

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



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

**Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, nueve (09) de noviembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	KENNY ELIZABETH CAMPO SARSOZA
DEMANDADOS	PORVENIR S.A. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
RADICADO	19-001-31-05-001-2018-00210-01.
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA
TEMA	Ineficacia del traslado del RPM al RAIS.
DECISIÓN	Se adiciona y confirma la sentencia apelada y consultada.

1.- 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 Nro. 005 del cuatro (04) de

febrero de dos mil veinte (2020), proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende el demandante: **(i) se declare** que el acto de voluntad de trasladarse de régimen y afiliarse a Porvenir S.A. estuvo mediado de error y por ende se encuentra viciado de nulidad **(ii) se declare** que la afiliación de la demandante al régimen de prima media con que opera la Caja de Previsión de la Universidad del Cauca aún sigue vigente. **(iii) se ordene** a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales con los rendimientos. **(iv) se ordene** a Porvenir S.A. a trasladar a la administradora del régimen de Prima Media con Prestaciones Definida, los valores de los aportes realizados por la demandante, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales. **(v) Se condene** a Porvenir S.A. a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital por los gastos de administración. **(vi) Se condene** en costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso.

Como **fundamento facticos**, señala que la demandante nació el 23 de agosto de 1960; se encuentra afiliada al fondo privado de pensiones Porvenir desde el 30 de junio de 1999 hasta la fecha; con anterioridad se encontraba afiliada al régimen de prima media en la Caja de previsión de la Universidad del Cauca desde el 16 de febrero de 1985 hasta el 30 de julio de 1999.

Aduce que al momento del traslado al RAIS, contaba con 876 semanas cotizadas al ISS y la Caja de la Universidad.

Que el asesor comercial de Porvenir omitió información sobre la planeación financiera de su futuro pensional; no le expuso que el monto de la pensión era de carácter relativo y no absoluto; no realizó la proyección de la pensión; no entregó copia del texto del reglamento, así como los términos y condiciones del plan escogido, ni informó las ventajas y desventajas del sistema pensional escogido.

Que al realizar una comparación entre la pensión que reconocería Porvenir con la de Colpensiones, arroja una diferencia de \$4.489.384, en favor de la pensión reconocida por el RPM.

2.2. Contestación de la demandada por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones:

La entidad demandada contestó la demanda a través de su apoderada judicial (folios 74 a 78, cuaderno de instancia), **oponiéndose a todas las pretensiones declarativas y condenas consignadas en la demanda**, con el argumento, que no se presentó ningún vicio del consentimiento, que dichos engaños que la demandante aduce se traducen en errores de derecho, los cuales no vician el consentimiento.

Que el traslado solicitado no es procedente por encontrarse prescrita la acción; además, la actora no demuestra que al efectuar el traslado al RAIS su consentimiento haya sido viciado de error.

Propuso como **excepciones de mérito**: “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”.

2.3. Contestación de la demanda por parte de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

En ejercicio del derecho de contradicción, la llamada a juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial (folio 106 a 119), luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, se **opone a todas las pretensiones**; aduce que es imposible saber que un asesor no le suministró información a un cliente, cuando ha transcurrido 20 años desde el traslado, por lo que cualquier información en pro o en contra carece de fidelidad.

Advierte que cumplieron con la obligación de proporcionar una asesoría completa y que por voluntad propia tuvo deseo de trasladarse y máxime cuando la demandante es una profesional

de altas calidades y por ello, no cabría la posibilidad de caer en engaño alguno.

Aduce que se brindó una asesoría a la demandante conforme a las normas vigentes para la época, la cual certificó con su firma en el formulario y que, de no haber sido suficiente y completa, la demandante hubiera solicitado más información.

Sobre el bono pensional argumenta que no es posible realizar su traslado, ya que Porvenir no lo posee, solo es exigible a los emisores y contribuyentes en el momento que se den los presupuestos legales para que se deba sumar a la cuenta de ahorro individual y que forme parte del capital.

Propuso como excepciones de mérito: “prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de afiliación”, “buena fe”, “genérica”, “inexistencia de la obligación”, “PORVENIR no se puede ver compelido al reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado”, “asesoría pensional de la administradora”, y “afectación a la estabilidad financiera”.

2.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día cuatro (04) de febrero de 2020, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA** dentro del presente asunto, en la cual: **Declaró** la ineficacia del traslado de la demandante Kenny Elizabeth Campo Sarzosa, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado el 30 de julio de 1999. En consecuencia, **ordenó** a la AFP PORVENIR trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración de la actora a COLPENSIONES. Finalmente **declaró** NO probadas las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR y COLPENSIONES, y **condenó** en costas a cargo de PORVENIR.

TESIS DEL JUEZ: Expone como base jurisprudencial para la toma de decisiones frente a este tema, la sentencia SL1688 de 2019, radicado n° 68838, del 8 de mayo de 2019, en donde se

concluye que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es exigible desde su creación, es decir, desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y para el caso, el traslado de régimen pensional se efectuó el 30 de junio del año 1999, por lo que se encuentra en la primer etapa que señala el precedente de la CSJ-SL, sobre el deber de suministrar información necesaria y transparente.

El juez señala que la expresión “libre y voluntaria” del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual sólo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, acude a lo expuesto por la Corte, cuando indicó “que no se puede alegar que hubo una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener sobre sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho con una simple expresión genérica”. De allí que, desde el inicio haya correspondido a las administradoras del fondo de pensión dar cuenta que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Frente al tema del consentimiento vertido en el formulario de afiliación, acoge la línea de la CSJ-SL, es insuficiente para tener por demostrado el deber de información, pues se necesita un consentimiento informado.

Por lo anterior, concluye, que el acto jurídico de cambio de régimen, en este caso, ES INEFICAZ, pues no hay prueba que el consentimiento vertido en el formulario de afiliación por la demandante fue informado y la carga de la prueba la tenía Porvenir S.A.

Adicionalmente, frente a la excepción de prescripción, señala que la CSJ-SL ha mantenido reiteradamente la tesis que la acción de ineficacia entre regímenes pensionales es imprescriptible.

Finalmente aduce, al generarse la ineficacia, procede devolver, además de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pues la falta de asesoría genera asumir las mermas de su patrimonio.

2.5. Recurso de apelación formulado por la pasiva Porvenir S.A.:

Se opone a las afirmaciones del Juez de Primera Instancia, porque “... ..riñe por lo dicho por la parte demandante en su interrogatorio cuando manifiesta que uno de los atractivos que la indujo a trasladarse fue definitivamente al fondo privado eran los buenos rendimientos que iba a tener, esos rendimientos se encuentran reflejados en el movimiento histórico el cual usted señor Juez acaba de desechar en el sentido de que no refleja la asesoría, pues sí refleja la asesoría señor Juez.

Lo que manifestó en el año 1999 el asesor de PORVENIR se encuentra reflejado en esa prueba documental y se hace un comparativo del capital que constituye en sí los aportes efectuados a lo largo de la vida de la Dra. Kenny en PORVENIR, el capital frente al rendimiento financiero, **vemos que el rendimiento financiero es más alto que el capital, así las cosas pues con eso demostramos de que la asesoría impartida en el año 99 fue una asesoría suficiente, correcta y verdadera.**

Ahora bien, el juez decreta una ineficaz del acto de traslado ocurrido el 30 de junio del año 1999 y los efectos de la ineficacia es que se nos ordena trasladar el capital más los rendimientos financiero, más los gastos de administración, me opongo a esto señor Juez, toda vez que la ineficacia tal como usted lo manifiesta en su sentencia retrotraer volver a su estado anterior como estaban las cosas, es decir, que nunca se tiene que la Dra. Kenny se trasladó a PORVENIR que nunca existió ese traslado.

Ahora bien respecto de los **rendimientos financieros** señor Juez que es una figura que nació con la Ley 100 de 1993 y es una característica propia y exclusiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no es del Régimen de Prima Media, la característica del régimen de prima media es recibir los aportes de todos los cotizantes hacer un fondo común y de ahí en adelante quienes cumplan los requisitos para pensionarse echan mano de esos aportes.

Ahora bien, riñe si se decreta una ineficacia y que se devuelvan los rendimientos financieros toda vez si el contrato no nació a la vida jurídica pues la consecuencia lógica es que **los rendimientos financieros** tampoco nacieron a la vida jurídica cosa diferente en que la norma diga a la devolución de las cosas más los intereses, los intereses son totalmente diferente a los rendimientos financieros.

La regulación para tasar unos intereses está tasada por unas circulares que mes a mes expide la superintendencia financiera de Colombia. Los rendimientos financieros tiene una regulación totalmente diferente que no están señalados por la entidad financiera porque estamos hablando de unos dineros que pertenecen o tiene un destino para ser aprovechado en beneficio pensional de la hoy demandante, son dineros que pertenecen a la seguridad social, entonces es una naturaleza jurídica muy sui generis que no podemos decir de que estos rendimientos sean liquidados comercialmente como los hace los bancos hoy en día, no eso es totalmente diferente, me opongo a que se trasladen dichos rendimientos financieros.

Ahora bien, respecto de los **gastos de administración** también me opongo señor Juez, estoy en desacuerdo toda vez que no se puede obligar a mi representada hacer una devolución de rendimientos y gastos de administración toda vez que se tratan de prestaciones ya acaecidas por lo

que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual de la Dra. Kenny Campo produjo unos rendimientos gracias a la buena gestión de los asesores de PORVENIR que pone a disposición de los afiliados todo un equipo interactúa en el mercado secundario de valores que además donde invertir dichos aportes para hacerlos rendir, ese trabajo no debe ser desconocido por parte del fallo del señor Juez pues se está desconociendo este trabajo de buena fe que sin ese trabajo no se hubieran producido los rendimientos que son bastante atractivos.”

3. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA:

En firme el auto que admitió el recurso de apelación propuesto por Porvenir S.A. y la consulta, en favor de Colpensiones, frente al fallo que puso fin a la primera instancia, 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.

La apoderada judicial de Porvenir S.A., solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que la señora Kenny Elizabeth Campo Sarzosa eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer, procediendo el diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, que contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y corresponde a la proforma adoptada por la Superintendencia Financiera a través de las Circulares 034 y 037 de 1994.

Agrega que no es procedente trasladar los gastos de administración como lo ordenó el Juez de instancia, pues estos corresponden a las gestiones realizadas por la demandada.

La apoderada Judicial de Colpensiones, solicita revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la entidad, bajo el argumento que en el presente asunto no es procedente declarar la ineficacia o nulidad del traslado, en virtud que en el plenario no existe prueba de que se hubiese brindado una indebida asesoría por parte de los asesores de los fondos privados para vincularse a la AFP.

La parte demandante Kenny Elizabeth Campo Sarzosa, pese a estar debidamente notificada, guardó silencio.

4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES:

COMPETENCIA: En virtud de 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 tramitará conjuntamente el recurso 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.

5. ASUNTOS POR RESOLVER:

Siguiendo los puntos centrales de la apelación, los asuntos objeto de estudio por la Sala, son:

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

5.2. ¿Fue acertado ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones, también traslade a Colpensiones los rendimientos financieros y gastos de administración que se hubieren generado?

5.3. En sede de consulta, la Sala verifica si la presente acción se encuentra prescrita.

6. RESPUESTA AL PRIMER TEMA SOBRE LA DECLARACIÓN DE INEFICACIA DEL TRASLADO:

Tesis de la Sala: La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia de los traslados del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada, porque la administradora de pensiones Porvenir S.A., incumplió con el deber legal del suministro de la información a la demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto los efectos positivos y negativos que acarreaba el cambio de régimen pensional, al cual estaban obligadas en el momento del traslado en junio de 1999, como se explicará más adelante.

Se adiciona el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia impugnada, para ordenar a Colpensiones reciba de manos de Porvenir, los valores ordenados en dicho ordinal.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

6.1. 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.*

6.2. 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 ley¹. 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.

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

6.4. 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 1995:

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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”.

6.5. 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 1995, 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. (... ..)

6.6. Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, se disponen las sanciones, 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.

6.7. 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.

6.8. Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la 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”.

6.9. 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 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 negocial 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.

7. HECHOS PROBADOS RELEVANTES:

Del examen de los medios de prueba documentales más relevantes, aportados por las partes y ordenados como pruebas, sin tachas, se obtienen los siguientes hechos probados:

7.1. Aparece prueba de la solicitud de traslado firmada por la demandante, a la AFP PORVENIR, proveniente del UNICAUCA-ISS, según el documento visto a 13.

7.2. A folios 18 a 28, se aporta el historial de cotizaciones a Porvenir, que da cuenta del registro de cotizaciones desde agosto de 1999 a mayo de 2018.

7.3. En el folio 121, se anexa la certificación de ASOFONDOS consultada en el SIAFP, de la cual hay evidencia de una solicitud de traslado de régimen a Porvenir, la cual se encuentra vigente desde agosto de 1999, teniendo como AFP de origen, Colpensiones.

7.4. De la revisión de la historia laboral vista a folio 10, queda probado que la demandante estuvo afiliada al ISS, hoy Colpensiones, desde el 01 de abril de 1982, luego en febrero de 1985 a la Caja de Previsión Social de la Universidad del Cauca, hasta junio de 1999.

CONCLUSIONES:

1. Probado está, la demandante estuvo afiliada y cotizando para pensiones en el extinto ISS, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en la Caja de previsión de la Universidad del Cauca, hasta junio de 1999.

Con estos hechos, se infiere con certeza, la actora se encontraba afiliada al RPM desde de abril de 1982, hasta su traslado al RAIS en junio de 1999, por intermedio de la AFP PORVENIR.

2. Del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala concluye que, la pasiva Porvenir no demostró en el proceso que sus propios asesores, le hubiesen dado a conocer a la actora 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 la demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión, la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

4. La consecuencia jurídica de la falta de prueba del cumplimiento de este deber legal de la entrega de la debida información, es 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.

Con la sola manifestación pre-impresa en el formulario de afiliación, no se cumple con el requisito legal del suministro de información, dado que la sola firma no constituye prueba idónea del cumplimiento de este deber legal de las AFP.

Por lo tanto, procede confirmar la sentencia de primera instancia.

8. RESPUESTA AL TEMA APELADO POR PORVENIR, SOBRE LA ORDEN DE TRASLADAR A COLPENSIONES LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

La Sala no acoge los argumentos de la apelación de Porvenir, dado que, con la declaratoria de ineficacia del acto de traslado entre los dos regímenes pensionales, las cosas retornan al estado anterior, como si tal negocio de traslado no se hubiera realizado, por lo tanto, contrario a lo alegado por la apoderada de Porvenir, si procede ordenar las restituciones, tanto del capital, como de los rendimientos obtenidos en favor del afiliado, porque se trata de los frutos que por mandato legal, son de propiedad del afiliado.

Además, en punto a la petición para que se revoque la orden de la devolución de las cuotas de administración de la cuenta individual, la Sala considera que no procede, acogiendo la línea jurisprudencial pacífica sobre el tema, expuesta por la CS-SL, con valor de doctrina probable, por su reiteración.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

8.1. 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 o aportes para pensiones y sus respectivos rendimientos financieros.

8.2. 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.

8.3. 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.

8.4. En relación con la queja del apoderado de Porvenir, por la orden de devolución de las sumas cobradas por la administración de la cuenta individual, no tiene vocación de prosperidad, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada en reciente providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, al afirmar:

*“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)”.*

Conforme a esta línea, la ORDEN emitida por el Juzgador de Primera Instancia, en el ordinal primero de la sentencia impugnada, se encuentra conforme a derecho, sin que tengan vocación de prosperidad los argumentos expuestos por el recurrente.

Además de lo expuesto, la Sala estima necesario ejercer las facultades constitucionales y legales para garantizar a la actora su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, por la omisión del Juez de Instancia de ordenar a Colpensiones que reciba los aportes y demás bienes ordenados en el segundo inciso del ordinal PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia apelada, con el fin de evitar a futuro alguna conducta renuente de parte de la demandada Colpensiones, de recibir

tales bienes.

En consecuencia, se ordena adicionar el ordinal PRIMERO de la sentencia apelada y consultada, con un tercer inciso, en el sentido de ordenar a Colpensiones que reciba todos los bienes ordenados en el ordinal PRIMERO.

9. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, EN SEDE DE CONSULTA:

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verificará si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del ARTÍCULO 151 DEL CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado en el año 1999.

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 adocinado 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.

10. ADICIÓN DE LA SENTENCIA EN FORMA OFICIOSA:

La Sala estima necesario, adicionar la sentencia confirmada, en relación con la obligación legal que tiene Colpensiones de recibir los aportes, rendimientos financieros y demás valores, de manos de la AFP PORVENIR, ante la omisión del Juez de Primera Instancia de emitir tal decisión, la cual es necesaria para garantizar a la actora su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones.

11. COSTAS.

En aplicación del numeral 1º del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, **procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de del apelante Porvenir S.A., por cuanto no tuvo prosperidad su recurso de apelación.**

El Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, en la oportunidad procesal.

12. 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: ADICIONAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia proferida el cuatro (04) de febrero del año dos mil veinte (2020) por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA)**, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia, en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** reciba de manos de **PORVENIR S.A.**, los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, ordenados en el ORDINAL PRIMERO. Se **confirma** la Sentencia impugnada en lo demás.

SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS de segunda instancia a Porvenir S.A. y a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

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 providencia a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Los Magistrados:



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA