

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, veintinueve (29) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS CARLOS AYALA CALDAS
DEMANDADOS	PORVENIR S.A. Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES
RADICADO	19-001-31-05-003-2017-00264-01.
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA
TEMA	Nulidad del traslado del RPM al RAIS.
DECISIÓN	Se confirma la sentencia de primera instancia.

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 a favor de Colpensiones**, contra la Sentencia Nro. 0041 del dieciséis (16) de agosto de dos mil diecinueve (2019), proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia.

2. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende el demandante: **(i) Se declare la nulidad del traslado** del régimen de prima media con prestación definida y de su vinculación al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. **(ii) Se declare y condene al fondo de pensiones PORVENIR S.A. a asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del demandante, por los gastos de administración en que hubiere incurrido. (iii) Se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar al régimen de prima media con prestación definida, a cargo de COLPENSIONES EICE, todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus rendimientos; y (iv) se condene en costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso (folios 19 a 29, del cuaderno único de primera instancia).**

Como *fundamentos fácticos*, en síntesis, el actor expone que se encuentra afiliado a la AFP Porvenir S.A. desde el 25 de abril

de 1996, hasta la actualidad, pero antes reporta vinculación al ISS, hoy COLPENSIONES.

Explica que el traslado de régimen pensional ocurrió mientras laboraba para la Universidad Cooperativa de Colombia, como docente, en donde de forma casi que masiva se traslada a los trabajadores, sin mayores explicaciones, ni mencionar las consecuencias negativas derivadas del mismo, como el carácter relativo del monto de la pensión, el cual está sujeto a los rendimientos del capital y la variabilidad de las tasas de interés del mercado.

Para el actor, no se le brindó una información precisa y completa sobre las consecuencias del traslado, sus ventajas y desventajas, de manera que la decisión tomada hubiera sido libre y espontánea.

Aduce que la única proyección que hizo Porvenir S.A. fue en el año 2014, por encontrarse en situación de pre-pensionado, vislumbrándose una mesada pensional de \$1.273.700, la cual califica como irrisoria comparada con la calidad de vida que ha logrado sostener durante toda su vida laboral, ocupando altos cargos gerenciales y de nivel directivo; pues la misma mesada pensional proyectada para el año 2015, es decir a los 59 años de edad, si estuviera en el RPMPD arrojaría un valor aproximado de \$5.000.000, luego entonces, es evidente la diferencia, lo que denota el engaño por omisión de información del que fue objeto por parte de los promotores o asesores de la entidad demandada.

Contestación de PORVENIR S.A.

El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. contestó la demanda a través de su apoderada judicial (folios 118 a 126, *ibidem*) y luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, **se opuso a todas las pretensiones**, con fundamento en que el

demandante está válidamente afiliado a esa administradora del RAIS, en virtud de la fusión con HORIZONTE, entidad a la cual se afilió el actor el 25 de abril de 1996, mediante formulario de afiliación que suscribió de manera libre, espontánea, sin presiones.

Que además, antes de tomar la decisión de traslado tuvo acceso a toda la información y por estar vinculado al RPMPD conocía sus características.

Indica que las restituciones mutuas a que daría lugar el retroactivo de la declaración de nulidad en el hipotético caso de sentencia condenatoria, no implica que deba reconocer con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, conforme al artículo 1756 del Código Civil.

También expuso que el demandante no cumple los requisitos del régimen de transición, en consecuencia, no puede trasladarse al RPMPD, en virtud de las sentencias C -789 de 2002, C-1014 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, de la Corte Constitucional.

Propuso como excepciones de mérito: “Prescripción”, “buena fe”, “la conducta del contratante convalidó o saneó el presunto vicio”, “genérica”, “inexistencia de la obligación”, “asesoría pensional de la administradora” y “PORVENIR no puede ser compelido al reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado”.

Contestación por parte de COLPENSIONES (folios 138 a 140)

En ejercicio del derecho de contradicción, la vinculada al juicio contestó la demanda a través de su apoderado judicial, **oponiéndose a todas las pretensiones**, por cuanto en el

traslado de régimen pensional efectuado por el señor Ayala Caldas no se presentó ningún vicio del consentimiento, toda vez que dicho acto fue resultado de la manifestación libre y voluntaria de una persona plenamente capaz. Luego entonces, los “engaños” que la parte actora enuncia como vicios del consentimiento se traducen en **errores de derecho**, los cuales en virtud de los artículos 9 y 1509 del Código Civil, no vician el consentimiento.

Para Colpensiones, el nivel académico del actor permite sostener que contaba con todas las posibilidades de desplegar actividades a efectos de procurarse información y de valorar las consecuencias de su traslado, sin embargo, esperó a estar a portas de pensionarse para obtener información de las implicaciones del régimen pensional al que voluntariamente se afilió hace 20 años.

Propuso como excepciones de mérito: “Inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “inexistencia de la obligación” y “prescripción”.

Decisión de primera instancia:

El **Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca)**, se constituyó en **audiencia pública de trámite y juzgamiento** el día dieciséis (16) de agosto de dos mil diecinueve (2019), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA Nro. 0041**, dentro del presente asunto, en la cual **resolvió: Declarar la ineficacia de la afiliación del demandante** a la AFP **Porvenir S.A.**, suscrita el 25 de abril de 1996.

Como consecuencia de lo anterior, declaró que, para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; por lo cual, **condenó a la demandada Porvenir S.A.** a efectuar el pago o traslado a la administradora del régimen de prima media con prestación definida COLPENSIONES, del total del capital y los rendimientos financieros del demandante obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a COLPENSIONES, junto con bonos pensionales que hayan sido expedidos en favor del demandante y que haya recibido.

Finalmente, **ordenó a COLPENSIONES recibir los valores trasladados** correspondientes al demandante, sin dilaciones, y condenó en costas a Porvenir S.A.

TESIS DEL JUEZ: Desestima el Juez, la pretensión de nulidad de afiliación al RAIS, para disponer la ineficacia de la misma, de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, señalando que el negocio jurídico jamás existió y que es imprescriptible la acción, porque, ni los hechos ni estados jurídicos prescriben.

Tal decisión se funda en que, las entidades administradoras de fondos de pensiones estaban obligadas a entregar información muy precisa de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. De igual manera, ha decantado la alta Corporación que la firma de un formulario pre-impreso no es prueba idónea del cumplimiento de dicha obligación del fondo y, en el caso presente, para la fecha en el que el demandante suscribió el formulario de traslado al régimen de ahorro individual, la administradora HORIZONTE, hoy PORVENIR, estaba obligada a entregar al actor previamente una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar para que la misma tuviera la condición de ser libre y

voluntaria como lo ordena el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y al negar el promotor del proceso que dicha información le fue suministrada, se invierte la carga de la prueba y corresponde al demandado demostrar que si se cumplió con dicha obligación legal, y como tal hecho no se logró probar en este caso, se genera la consecuencia jurídica plasmada en el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

En ese sentido, al quedar sin efecto la afiliación del demandante a la AFP Horizonte hoy Porvenir, que fuera suscrita el 25 de abril de 1996, ordena a Porvenir efectuar el pago o traslado a la administradora del régimen de prima media hoy COLPENSIONES del **total de capital y de los rendimientos financieros obtenidos, junto con los bonos que se hubieren expedido en favor del actor.**

Por tal razón, considera no proceden las excepciones de mérito propuestas por la pasiva.

Recurso de apelación de PORVENIR S.A.

Inconforme con la decisión, **la apoderada judicial de Porvenir S.A. presentó recurso de apelación** y como fundamento de su inconformidad, expuso que el juez con base en la ineficacia del traslado, declaró que Porvenir debe trasladar a COLPENSIONES las sumas adicionales. Sin embargo, de acuerdo a lo dicho por este Tribunal Superior en sentencia del 11 de junio de 2019, dentro del proceso de Cielo Patricia Hurtado Cortez, con Rad. 20170011800, y en virtud de lo consagrado en el literal a del artículo 60 de la ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta que la cuantía de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes en el RAIS, así como las indemnizaciones previstas para el mismo, dependerá 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, entre otros.

Así las cosas, concluye:

*“...a partir de los anteriores referentes normativos es claro que el **rubro denominado sumas adicionales** solo tiene vigencia y operabilidad en el evento en que se cumplan los requisitos contemplados para la causación y disfrute de las pensiones de invalidez y/o de sobrevivientes, y el capital y rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado no alcance para sufragar este tipo de pensiones, pues es esta la contingencia que asegura la FP a través de los seguros colectivos de participación. Luego entonces, como en el presente caso no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez, ni de sobrevivientes, sino simplemente determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, es claro que **no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a COLPENSIONES lo correspondiente al rubro de sumas adicionales,...**”.*

Respecto de los rendimientos financieros que se deben trasladar a COLPENSIONES, se opone, bajo el argumento, si en virtud de la declaratoria de ineficacia que conlleva a retrotraer las cosas a su estado anterior, esto es, que la vinculación al RAIS de LUIS CARLOS AYALA CALDAS nunca existió, los rendimientos no deben ser trasladados, pues, son propios del régimen de ahorro individual. Es decir, los aportes del actor generaron unos rendimientos los cuales fueron liquidados conforme a la ley 100 y son el atractivo de los fondos privados, rendimientos que no son propios del régimen de prima media.

En cuanto al bono pensional, también se opone, señalando que no es posible realizar este traslado, pues el dinero que contiene no lo posee Porvenir S.A. y su pago para sumar a la cuenta de ahorro individual solamente es exigible a los emisores y contribuyentes en el momento en que se den los presupuestos legales para que deba sumar a la cuenta individual de ahorro individual y que forme parte del capital para financiar algunas de las prestaciones consagradas en la ley: Vejez, invalidez, sobrevivencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN 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 el señor Ayala eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer, procediendo el 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 proforma adoptada por la Superintendencia Financiera a través de las Circulares 034 y 037 de 1994.

El fallo que se impugna ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los rendimientos financieros. Manifiesto que si en virtud de la declaratoria de INEFICACIA que conlleva a retrotraer las cosas a su estado anterior, esto es, que la vinculación al RAIS de LUIS CARLOS AYALA CALDAS,

NUNCA EXISTIÓ, los rendimientos NO DEBEN SER TRASLADADOS pues estos son propios del Régimen de Ahorro Individual, los cuales fueron liquidados conforme a la Ley 100.

La apoderada Judicial de Colpensiones, solicita revocar la sentencia de primera instancia, y absolver a la entidad, bajo el argumento que en este asunto No es procedente declarar la ineficacia o nulidad del traslado efectuado por el actor en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en los términos en que fue modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, máxime cuando 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.

Finalmente, Teniendo en cuenta que en estos asuntos la **OBLIGACIÓN DE HACER DE COLPENSIONES SE ENCUENTRA SUJETA A CONDICIÓN**, solicitó que en la parte resolutive de la sentencia se ordene que:

- 1.- La AFP PORVENIR S.A normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIFP (Anulación a través de Mantis).
- 2.- La devolución de sus aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS.

Lo anterior, teniendo en cuenta que estas actuaciones y documentos son absolutamente necesarios para que COLPENSIONES pueda dar cumplimiento a la sentencia judicial.

Mediante nota a Despacho del 16 de Julio de 2020, la Secretaría de la Sala informa, el término para alegatos de la parte demandante Luis Carlos Ayala, finalizó en silencio.

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 tramitará 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 LUIS CARLOS AYALA CALDAS, 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:

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

En cuanto al rubro denominado “sumas adicionales”, al cual se opone la parte apelante, no será objeto de estudio en segunda instancia, como quiera que este concepto no fue incluido dentro de las sumas de dinero que debe trasladar la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES; por ende, pierde razón de ser su oposición.

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 información al demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto los efectos positivos y negativos que acarrearía el cambio de régimen pensional y, por

lo tanto, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual RAIS.

La Sala sostiene la tesis del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, exigible para el año 1996, cuando se produjo el traslado de régimen pensional.

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 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.

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 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.”

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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 1996:

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 1996, 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 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 el certificado a folio 17, del 21 de julio de 2017, expedido por la Gerencia Nacional de Servicio al

Ciudadano de Colpensiones, que el señor Luis Carlos Ayala Caldas estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo anterior, se acompasa con la información para bono pensional, visible a folios 51 y 52, donde se registran aportes al ISS/COLPENSIONES, en el período comprendido entre el 21/08/1984 y el 28/02/1995.

De acuerdo al expediente administrativo, aportado en medio magnético (CD) a folio 143, se encuentra reporte de semanas cotizadas en pensiones al RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, desde la afiliación el 05/04/1984, con diferentes empleadores, hasta el 30/04/1996, por un total de 50 semanas.

Probado como está, que el traslado entre los dos regímenes pensionales (del RPM al RAIS) se produjo el 25 de abril de 1996, según se extrae de la solicitud de vinculación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, identificado con formulario número 792049 –folio 3-, junto con el pantallazo del historial de vinculaciones de ASOFONDOS - folio 8 *ibídem*-, la relación histórica de movimientos de Porvenir S.A. – folios 9 y 10- y los hechos aceptados al contestar la acción, acorde con las normativas citadas y la doctrina probable reseñada, salta a la vista que HORIZONTE (hoy AFP PORVENIR S.A.), para esa data del año 1996, **SI estaba obligada a entregar al demandante toda la información favorable y desfavorable, así como los cálculos matemáticos y jurídicos, sobre el traslado del régimen de prima media al RAIS, de tal forma que no se viera comprometida la eficacia jurídica del acto o negocio jurídico del traslado por tal omisión.**

Con la conducta omisiva de Horizonte, hoy PORVENIR, dio paso a que el afiliado no pudiera establecer que era lo mejor y lo más conveniente para el disfrute de una pensión digna para su vejez.

6.2. 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 antes de la firma del formulario del traslado se le hubiese dado a conocer al demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el actor NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable.

6.3. En ese orden de ideas, la consecuencia jurídica de esta conducta procesal omisiva de la pasiva PORVENIR, 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.

Con la sola manifestación pre-impresa en el formulario de traslado de régimen pensional que obra a folio 3 del cuaderno I, no se cumple con el requisito legal del deber de información, dado que la sola firma no constituye un pleno conocimiento, ni una voluntad libre, pues es un deber legal y constitucional por parte de las entidades, que desde el momento de la posible afiliación se debe dar una información completa clara, comprensible y veraz sobre los pro y los contra, de la afiliación de un régimen a otro, tal cual lo tiene decantado el Tribunal de cierre en esta materia.

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

7. RESPUESTA AL TEMA APELADO POR PORVENIR S.A. SOBRE LA OPOSICIÓN A LA ORDEN DEL TRASLADO A

COLPENSIONES DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS Y BONOS PENSIONALES:

La Sala no acoge los argumentos de la apelación de Porvenir S.A., 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 y 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 BONOS PENSIONALES, la Sala considera que tampoco procede, acogiendo la línea jurisprudencial pacífica sobre el tema, expuesta por la CSJ-SL, con valor de doctrina probable, por su reiteración.

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 o aportes para pensiones 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. Respecto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, la CSJ-SL, en sentencia del 14 de agosto de 2019, Radicación n.º 76284, la CSJSL recordó:

*"... la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. ...pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, 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)."*

7.5. Además, atendiendo los efectos de la ineficacia declarada y la queja de la apoderada de Porvenir, por la orden de devolución de BONOS PENSIONALES, la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad, por vía de la aplicación del criterio de la CSJ-SL, con valor de doctrina probable, reiterado en providencia del 5 de noviembre de 2019, radicación nº 66406:

"...ante la omisión del fondo de pensiones de suministrar la información adecuada y sus implicaciones al momento del traslado de régimen, se produce la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen pensional de ahorro individual,

*debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, ... y, en consecuencia, el fondo de pensiones de igual forma, BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A. (hoy PORVENIR), deberá devolver los aportes por pensión, depositados en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, **el bono pensional que tuviese** y los gastos de administración a COLPENSIONES.”*

Igual criterio lo ha tenido la alta Corporación, en oportunidades anteriores, por ejemplo, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, rememoradas en la sentencia del 15 de octubre de 2019, Rad. n.º 62297.

En consecuencia, la orden emitida por el Juzgador de Primera Instancia, en el ordinal tercero de la sentencia impugnada, se encuentra conforme a derecho, sin que tengan vocación de prosperidad los argumentos expuestos por la parte recurrente –Porvenir S.A.-

8. 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 de régimen pensional en el año 2000.

La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción, como quiera, 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 (la) afiliado(a) puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en cualquier momento para solicitar la declaración de ineficacia de la afiliación, y se defina en qué régimen pensional se encuentra afiliado.

9.- 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.

De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, el Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, 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.- **CONFIRMAR** la Sentencia Nro. 0041 del dieciséis (16) de agosto de dos mil diecinueve (2019), proferida en primera instancia por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** promovido por el señor **LUIS CARLOS AYALA CALDAS** contra la Sociedad Administradora de Fondos y Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.** y la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, por los motivos expuestos.

SEGUNDO.- **SE CONDENA EN COSTAS** de segunda instancia a Porvenir S.A. a favor del 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 la remisión de la presente sentencia al correo electrónico de los apoderados de las partes.

Los Magistrados,



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA