

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA PATRICIA ANGULO MUÑOZ
DEMANDADOS	PORVENIR S.A. Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES
RADICADO	19-001-31-05-003-2018-00165-01.
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA
TEMA	Nulidad del traslado del RPM al RAIS.
DECISIÓN	Se 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 del primero (01) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia.

2. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA:

Pretende la demandante **se declare la nulidad de la afiliación a AFP Porvenir**, por carencia total de consentimiento para realizar la misma.

Como consecuencia, **solicita se condene** al fondo de pensiones PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES el total de los aportes pensionales y los respectivos rendimientos, efectuados en favor de la demandante, y se ordene a Colpensiones a recibir la totalidad de los aportes que hizo la demandante; finalmente, se condene en costas procesales y agencias en derecho a las entidades demandadas. (fls. 35 a 53, cuaderno Nro. 1 principal) **Como fundamentos fácticos**, en síntesis, aduce la actora que inicialmente empezó a cotizar al Sistema General de Pensiones desde el año 2008 para Colpensiones, pero que inexplicablemente en febrero de 2015 de manera automática y sin explicación alguna apareció afiliada a la AFP Porvenir.

Que en septiembre de 2016 solicitó a Porvenir realice el traslado de sus aportes a Colpensiones, toda vez que su interés y voluntad era continuar en esta AFP.

Expone, en cumplimiento de acción de tutela en favor de la demandante, Porvenir resolvió de fondo la petición en la que le indicó que no existe solicitud de traslado diligenciado por la señora María Angulo, y que ella había tramitado solicitudes de afiliación en los años 1997 y 2004.

Pese a que Porvenir de manera arbitraria efectuó el traslado del régimen, en ningún momento le explicó las consecuencias que esto implicaba al momento de solicitar la pensión de vejez.

Que, al momento del traslado de la demandante, no se le informó que los aportes que realizaba, no estaban sujetos a pérdidas.

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

La entidad demandada contestó la demanda a través de su apoderada judicial (folios 76 a 79, cuaderno N° 1), **oponiéndose a todas las pretensiones declarativas y condenas consignadas en la demanda**, con el argumento que la demandante no demostró correctamente vicios de error en su consentimiento al momento del traslado de régimen; además, que la oportunidad que poseía la demandante para perseguir la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen pensional se encuentra prescrita, de conformidad con lo previsto en los artículo 488 del CST, 145 y 151 del CPTSS y/o 1750 del Código Civil.

Indica que efectivamente en el año 2008 la demandante solicitó un traslado del RAIS al ISS, en la fecha se encuentra activa en Porvenir y es donde hace las cotizaciones.

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”.

2.3. Contestación de la demanda por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

La entidad demandada, a través de apoderada judicial contestó la demanda (folios 113 a 198, cuaderno N° 1), **oponiéndose a todas las pretensiones declarativas y condenas consignadas en la demanda**, bajo el argumento que el 29 de abril de 2004 colpensiones realizó cesión, por multiafiliación, los aportes a Porvenir, con fecha efectiva 01 de mayo de 2004, y no en el año 2014 o 2015 como se desprende de los hechos de la demanda.

Que la demandante firmó un formulario de traslado de fecha 17 de marzo de 2004 donde manifestó el conocimiento de las consecuencias del traslado, que la actora se traslado desde AFP Horizonte, y desde esa fecha se registran aportes a Porvenir.

Indica que se le explicó a la demandante que el traslado no sería viable ya que se encuentra incurso en la prohibición de traslado entre regímenes de que trata el artículo 2° de la ley 797 de 2003.

Que la demandante como profesional de economía, conoce las finanzas y por ello estando en el mismo RAIS se trasladó de horizonte a Porvenir, por lo que estaba satisfecha del régimen escogido. Además, los asesores del fondo de pensión están capacitados para brindar a los afiliados y potenciales afiliados una asesoría integral de los productos y servicios en el tema pensional; además, se encuentran permanentemente en actualización y supervisión por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, por tanto, de ningún modo se les instruye para engañar u omitir información a las personas interesadas.

En cuanto a los vicios en el consentimiento alegado en la demanda, indica que la vinculación de la actora a PORVENIR S.A. fue un acto válido en la medida que fue realizado de manera libre, espontánea y sin presiones luego de haber recibido asearí integral y completa, la cual confirmó su decisión con su firma, dejó constancia expresa en dos ocasiones, la primera al firmar el formulario de vinculación con Horizonte en el año 1995, y en la segunda oportunidad con Porvenir en el año 2004.

Que el formulario firmado por la demandante no fue diseñado arbitrariamente por las administradoras de RAIS, sino que precisamente lo desarrolló la Superintendencia Financiera.

Por otro lado, la entidad indica que según el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, la afiliada podía, dentro de un periodo de cinco (5) días hábiles desde la fecha en la cual manifestó el traslado, la posibilidad de retractarse de dicha decisión, derecho que la demandante en su oportunidad no ejerció frente de a PORVENIR S.A.

Propuso como 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 “la multifiliación de la demandante fue resuelta conforme a la Ley”.

2.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

El **Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca)**, se constituyó en **audiencia pública de trámite y juzgamiento** el día primero (01) de octubre de 2019, y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA** dentro del presente asunto, en la cual **resolvió: Declarar la ineficacia de la afiliación** de la demandante María Patricia Angulo Muñoz, a Horizonte, hoy Porvenir, ocurrida el 19 de enero de 1995, y posterior a esta última, suscrito el 17 de marzo de 2004.

Como consecuencia de lo anterior, **declaró** que la demandante nunca se trasladó al RAIS, y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media. **Condenó** a Porvenir al pago o traslado de del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a Colpensiones, junto con los bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en favor de la demandante. **Ordenó** a Colpensiones a recibir los valores trasladados correspondientes a la demandante.

Declara NO probadas las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR y COLPENSIONES, y costas a cargo de PORVENIR.

TESIS DEL JUEZ: Como argumentos de su decisión, el juez de instancia afirmó: Ante la ausencia de prueba en el cumplimiento de la obligación de información clara y suficiente en la afiliación al régimen de ahorro individual que hicieran la demandante a través de la AFP Horizonte efectuado en el año 1995 teniendo la obligación de hacerlo, hay lugar a declarar su ineficacia al tenor de lo dispuesto en el art. 271 de la ley 100 de 1993, sin que proceda la excepción de la prescripción de la acción, así como tampoco resulta aplicable lo dispuesto en el art. 1743 del Código Civil.

Por otra, en el segundo traslado de AFP Horizonte a Porvenir, de la señora MARÍA PATRICIA ANGULO MUÑOZ, tampoco se evidencia que PORVENIR S.A. hubiese dado cumplimiento a esta obligación legal en el traslado efectuado a partir de mayo de 2004.

Conforme lo anterior no cabe duda, de acuerdo a los recientes lineamientos de la jurisprudencia laboral, que cada uno de los traslados efectuados por los demandantes deviene en ineficaz, es decir, nunca produjo efectos, siendo en este punto preciso recordar además que las disposiciones en materia laboral e incluso en la seguridad social constituyen un mínimo de derechos y garantías que se consagran en favor de los trabajadores y por tanto al tenor de lo dispuesto en el art. 13 del C.S.T. no produce ningún efecto cualquier estipulación que desconozca ese mínimo.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR LA PASIVA PORVENIR SA:

Inconforme con la decisión, **la apoderada judicial de Porvenir S.A., presentó recurso de apelación** bajo el argumento que “*Se declaró probado dentro del proceso que la señora María Patricia*

Angulo Muñoz se trasladó al régimen de ahorro individual al AFP Horizonte el 19 de enero de 1995, posteriormente **efectuó un segundo traslado dentro del RAIS** hacia la AFP Porvenir el día 17 de marzo de 2004, tenemos así señor juez que aquí se evidencia que hubo doble traslado dentro del mismo régimen **lo cual da a indicar que la demandante era conocedora de cómo funcionaba el RAIS conocía de sus características y tan es así que la motivó a trasladarse en dos oportunidades dentro del mismo régimen**, así las cosas que fue en el año de 1995 donde se dio el traslado de régimen de que la información brindada para aquel entonces respecto de los asesores de los fondos privados se atemperaba a la norma vigente en la época que era el estatuto orgánico del sistema financiero, **esta asesoría era verbal, contacto personal entre el potencial cliente y el asesor no existía en ese entonces en 1995 norma que estableciera que esa asesoría debía plasmarse por escrito hacia futuro para que se constituyera como un prueba de la información que se le había suministrado**, en ese punto estamos pues en desacuerdo con el fallo que se acaba de pronunciar.

Luego de explicar las razones por las cuales no se resolvió favorablemente la petición de traslado a Colpensiones, agrega quela afiliada **no cumplía con los requisitos del régimen de transición y existen sentencias de unificación tales como la 062 de 2010 y la sentencia de unificación 130 de 2013**, proferidas por la Corte Constitucional que hablan que no puede darse un traslado al régimen de prima media con prestación definida porque no cumplía con los requisitos que acabo de mencionar, esa circunstancia no ha sido tomada en cuenta por el despacho, igualmente cabe resaltar que **obra como prueba dentro del proceso que la demandante acepta que existe una solicitud de traslado del Fondo Horizonte a Porvenir “situación que es correcta y no está en discusión” eso hace referencia en el oficio de fecha 17 de noviembre de 2016 suscrito por la doctora María Patricia Angulo Muñoz y dirigida a Porvenir, aquí no hubo esa valoración probatoria**, se debe recalcar que la motivación de la presente demanda por parte de la señora María Patricia Angulo Muñoz es parte de un criterio eminentemente económico al afirmar ella tanto en su demanda como en el interrogatorio de parte de que el cambio de régimen pensional pues afectaba notablemente el

monto de la mesada pensional que podría devengar y que el valor de la misma reconocida en el RAIS es inferior a la que podría devengar en el régimen de prima media.

*Se reitera señor juez de que **en este evento la información suministrada para la época del traslado o sea en enero de 1995 se atemperaba a lo que estaba vigente en ese momento**, tratar de aplicar lo manifestado por las sentencias recientes de la Corte con ese efecto retroactivo 24 años antes pues es casi que imposible revivir o rememorar la conversación sostenida por la demandante con los asesores de los fondos privados.*

A continuación, se opone a las condenas relacionadas con la devolución de rendimientos financieros, al estimar que la administradora actuó de buena fe; a la devolución de bonos pensionales porque no se tramitó la redención y finalmente pide la revocación de la sentencia impugnada.

3. ALEGATOS DE 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 **Colpensiones** presentó sus alegatos y reitera que no es procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante a Porvenir, de conformidad con la ley 100 de 1993, y la modificación introducida por la Ley 797 de 2003. Además, por cuando 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 **AFP Porvenir**, pese a estar debidamente notificada, guardó silencio.

4. 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 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:

Del estudio del recurso de apelación propuesto por la demandada PORVENIR y para resolver la CONSULTA en favor de COPENSIONES, la Sala FORMULA LOS SIGUIENTES PROBLEMAS JURÍDICOS:

5.1. ¿Procede la declaración de ineficacia de los traslados de la afiliación de la demandante MARÍA PATRICIA ANGULO MUÑOZ, del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS administrado inicialmente por Horizontes, hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.?

5.2. De conformidad con el recurso de apelación de Porvenir, 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 los bonos pensionales?

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

6. RESPUESTA AL PRIMER TEMA SOBRE LA INEFICACIA DE LOS TRASLADOS, DEL RPM AL RAIS:

La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia de los traslados del RPM al RAIS, contenida en la sentencia impugnada, porque las administradoras de pensiones Horizontes y Porvenir S.A. incumplieron 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 acarrea el cambio de régimen pensional, al cual estaban obligadas en el momento del traslado, como se explicará más adelante.

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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:

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 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.

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.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 Horizonte, proveniente de la Caja Municipal y el ISS, hoy Colpensiones, según los documentos vistos a folios 4, 13 y 95.

7.2. También se aportó al expediente la solicitud de traslado de la AFP Horizonte, a la AFP Porvenir, firmada por parte de la actora, de fecha marzo de 2004, conforme a los documentales a folios 5, 14 y 96.

7.3. Del examen de la historia de cotizaciones para pensiones de la actora, aparece afiliada al ISS hoy Colpensiones, durante los periodos laborados desde enero de 1988 a diciembre de 2014 (folios 24 a 28 y 133 a 136)

7.4. A folios 30 a 37 y 105 a 128, se aporta el historial de cotizaciones a Porvenir, que da cuenta del registro de cotizaciones desde enero de 1995 a Octubre de 2018.

7.5. En el folio 97, se anexa la CERTIFICACIÓN de ASOFONDOS consultada en el SIAFP, de la cual hay evidencias de tres solicitudes de traslado de régimen: La primera, efectiva desde febrero de 1995 de Colpensiones a la AFP HORIZONTES; la segunda, efectiva desde octubre de 2000 de Horizontes a Colpensiones y la tercera, por razón de aparecer la situación de multifiliación, se decidió dejar la afiliación activa en Porvenir, a partir de mayo de 2004.

7.6. Se anexa la solicitud de bono pensional, realizada por Porvenir, a folios 99 y 100.

CONCLUSIONES:

1. Probado como está, que la demandante estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, desde antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y hasta el momento del traslado al RAIS en septiembre de 1995, por intermedio de la AFP HORIZONTE, luego en el 2004 a PORVENIR y acorde con las normativas citadas y la doctrina probable reseñada, salta a la vista que la AFP HORIZONTES, para esa data del año 1995, como Porvenir en el año 2004, **SI** estaban obligadas a entregar a la 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. Claro está, con la conducta omisiva de las AFP, dio paso a que la afiliada no pudiera establecer, cuál era el régimen pensional más conveniente, para el disfrute de su pensión de vejez.

2. Del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala encuentra que la pasiva Porvenir no demostró en el proceso, que antes de la firma de los formularios del traslado, las AFP le hubiese 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, cuál será la forma de su ahorro, que los rendimientos están sujetos, al incremento de usuarios y de la cantidad de aportes que se puedan hacer por fuera de lo cotizado normalmente, la persona tiene una información precisa de la cual se podría deducir si acepta, o no, el traslado.

3. 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.

4. Por otro lado, y de conformidad con la Jurisprudencia de la SL de la CSJ, trasladarse entre AFP del RAIS, no genera por si solo el conocimiento del los beneficios y riesgos que tiene cada régimen pensional existente en Colombia, por lo tanto, no se acepta lo sostenido por el recurrente, en tal sentido.

Por lo tanto, procede confirmar la sentencia de primera instancia, pero aclarando que estamos ante la ineficacia jurídica del traslado entre regímenes.

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

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 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.

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 estos 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)”.*

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 el recurrente.

8.5. En relación con los bonos pensionales, la orden dada por el juez de instancia esta condicionada a que la AFP Porvenir haya realizado la gestión de cobrar los mismos, caso en el cual, está obligado a la devolución, por lo tanto, no se puede avalar lo sostenido por el recurrente, pues la orden dada por el juez de instancia esta conforme a derecho.

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 1995.

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.- 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.

11. 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 proferida el primero (01) de octubre del año dos mil diecinueve (2019) por el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA)**, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por la señora **MARÍA PATRICIA ANGULO MUÑOZ** contra **PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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