

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



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

Magistrado Ponente:

LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, Cauca, tres (3) de agosto de dos mil veinte (2020)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARLY FERNÁNDEZ DE BEDOYA
DEMANDADOS	PORVENIR S.A. Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES
RADICADO N°	19-001-31-05-001-2018-00190-01
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA
TEMA	Nulidad del traslado del RPM al RAIS.
DECISIÓN	SE ADICIONA EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia proferida el 1° de agosto de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, Cauca y se confirma en lo demás.

ASUNTO A TRATAR

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

SENTENCIA ESCRITA que resuelve el **RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandada PORVENIR S.A. y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones** frente a la sentencia proferida en primera instancia el primero (1º) de agosto del año dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante **(1) se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad** administrado por PORVENIR S.A. Y como consecuencia, **(2) se condene** al fondo de pensiones PORVENIR S.A. a trasladar al RPM los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora Marly Fernández de Bedoya, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado.

(3) Se condene a PORVENIR S.A. asumir los detrimentos sufridos por su capital, destinado a la financiación de su pensión de vejez, y **(4) se condene** en costas procesales y agencias en derecho a las entidades demandadas (fls.17 a 45, cuaderno n° 1).

Como *fundamentos fácticos*, en síntesis, se expone que: 1) La señora Marly Fernández de Bedoya se trasladó al RAIS desde el mes de agosto de 2000, administrado por el fondo de pensiones PORVENIR S.A., realizando sus aportes a esa administradora hasta la actualidad.

2) Que los promotores de esa entidad le presentaron unas condiciones presuntamente más favorables, que las ofrecidas por el ISS, con el fin de obtener su pensión de vejez, omitiendo señalar que esas proyecciones eran de carácter relativo, no

absoluto, es decir sujetas al rendimiento del capital, por lo que no hubo una información adecuada, suficiente y cierta, de manera que la decisión adoptada hubiera sido verdaderamente libre y espontánea.

3) Que con antelación a la precitada vinculación se encontraba afiliada al ISS y en reiteradas ocasiones insistió ante el ISS, hoy liquidado, su intención de regresar al RPM, hasta acudió a la acción de tutela, la cual fue negada.

1.2. Contestación de COLPENSIONES:

Colpensiones a través de su apoderado judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, contestó la demanda (folios 53 a 57, *ibídem*) y aceptó que la demandante se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A., en el mes de agosto de 2000, registrando aportes previos al ISS, en el período comprendido entre el mes de febrero de 1991 y junio de 2000, en el RPM.

Pero se **opuso a todas las pretensiones, porque, considera que no se presentó ningún vicio en el consentimiento al momento de la afiliación al RAIS**, toda vez que dicho acto fue el resultado de una manifestación libre y voluntaria de una persona plenamente capaz, consciente de las circunstancias que implicaban el traslado de régimen pensional, sin embargo, tan sólo ejerció la acción correspondiente hasta el año 2018, por lo que la misma se encuentra prescrita.

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”.

1.3. Contestación de PORVENIR S.A.

El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. contestó la demanda a través de su apoderada judicial (folios 86 a 97, cuaderno I),

oponiéndose a todas las pretensiones declarativas y de condena de la demanda, bajo el argumento que la vinculación de la demandante a PORVENIR S.A., es un acto válido, en la medida que fue realizado de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión.

Que, además, la liquidación es un cálculo provisional y no debe entenderse en ningún caso como una situación jurídica concreta y definitiva, ni como un derecho adquirido a favor del afiliado.

Por otra parte, indicó que, de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, la demandante no tiene posibilidades de retornar al RPM dado que se encuentra en edad para pensionarse.

Y que, en caso de ser aceptado el traslado, no es posible realizar el traslado del bono pensional, ni de la suma adicional, pues es dinero que no posee Porvenir S.A. y solamente es exigible a la aseguradora contratada para el seguro provisional de invalidez y sobrevivencia.

Excepciones de mérito: “Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación”, “falta de causa para pedir”, “buena fe”, “genérica”, “inexistencia de la obligación” y “PORVENIR, no puede ser compelido al reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado”.

1.4. Decisión de primera instancia:

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca)**, se constituyó en **audiencia pública de trámite y juzgamiento** el día primero (1°) de agosto de dos mil diecinueve (2019), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA** dentro del presente asunto, en la cual **resolvió: Declarar la ineficacia del traslado** de la demandante, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de

ahorro individual con solidaridad, sucedido el 13 de junio de 2000.

En consecuencia, **ordenó a la AFP PORVENIR, trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración de la demandante a COLPENSIONES.**

Declara NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y condena en costas a la primera de las nombradas.

TESIS DEL JUEZ: Para este caso, el traslado de régimen pensional se efectuó el 13 de junio del año 2000, por lo que nos encontramos en la primera etapa que señala el precedente de la CSJ-SL, sobre el deber de suministrar información necesaria y transparente.

Por lo 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, 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 o el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación. 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.

En armonía con lo anterior, el acto jurídico de cambio de régimen, en este caso, ES INEFICAZ, pues no hay prueba que el consentimiento fue informado y la carga de la prueba la tenía Porvenir S.A.

Adicionalmente, frente a la excepción de prescripción, señala que la CSJSL ha mantenido reiteradamente la tesis que la

acción de ineficacia entre regímenes pensionales es imprescriptible, bajo la premisa 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 ellos. Por lo que niega esa excepción.

Al generarse la ineficacia, todo vuelve a su estado inicial, de ahí que proceda devolver, además de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pues la falta de asesoría genera asumir las meras de su patrimonio.

1.5. Recurso de apelación:

Inconforme con la decisión, **la apoderada judicial de Porvenir S.A. presentó recurso de apelación** y como fundamento de su inconformidad, en primer lugar, **se opuso a la declaratoria de ineficacia**, porque ***“la asesoría se impartió conforme a las normas imperantes en el año 2000, por un asesor de una administradora totalmente ajena a Porvenir, que la asumió en el 2014 en virtud de la fusión de Horizonte y Porvenir.”***

Además, para esa época, **el formulario pre-impreso para afiliación al RAIS estaba estatuido en la Ley 100 de 1993 y fue acogido por la Superintendencia Financiera de Colombia, es por ello que Horizonte no podía inventarse un formato u otra clase de documento para que la señora Marly Fernández de Bedoya expresara que su voluntad era trasladarse de régimen**, ya que, Porvenir y Horizonte son entidades que deben acatar las instrucciones del ente que las vigila y no hacerlo implica una sanción. Así entonces, los requisitos que deben tener los formularios de traslado están taxativamente consagrados en la ley 100 de 1993 y Horizonte no podía salirse de ese marco ya delimitado en cuestión de asesoría a los consumidores financieros.

Como segundo punto de inconformidad, en caso de que se decrete la ineficacia del traslado, tampoco comparte el criterio de trasladar cotizaciones, rendimientos y gastos de

administración, aduciendo que, si ese contrato jurídico nunca existió y se deben restablecer las cosas a su estado original, lo propio es hacer restituciones mutuas y para ello se debe tener en cuenta que los rendimientos son propios del régimen de ahorro individual y no pertenecen al régimen de prima media. Adicionalmente, sostiene que devolver esos rendimientos los coloca en una situación de desventaja frente al aportante cotizante, toda vez que no puede negarse el trabajo de buena fe que ha efectuado la administradora Porvenir para hacer rendir financieramente estos aportes.

Finaliza señalando que, en este caso, no cabe aplicar el principio de favorabilidad, pues se está en un plano de igualdad y lo que se está ventilando es una nulidad de un acto de traslado entre la demandante y una entidad que era totalmente ajena a Porvenir en aquel entonces.

Conforme a lo anterior, **solicita se REVOQUE la sentencia de primera instancia.**

2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el recurso de apelación, por auto del 17 de junio de 2020, se corrió traslado a las partes, por el término de cinco (5) días, para que formularan los alegatos escritos en esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º, del artículo 15, del Decreto 806 de 2020, por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Por lo anterior, se entiende surtido dicho trámite procesal en segunda instancia.

De acuerdo con nota Secretarial del 13 de julio de 2020, se recibieron escritos de alegatos en forma oportuna por cada una de las partes.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Alegatos de conclusión de Porvenir S.A.

La apoderada judicial de Porvenir S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, fundamentándose en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994, expuso que, la señora MARLY FERNANDEZ DE BEDOYA eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer, procediendo al diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, formulario que contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y que corresponde a la proforma adoptada por la Superintendencia Financiera a través de las Circulares 034 y 037 de 1994.

Por lo tanto, no encuentra una argumentación válida para considerar que no existe prueba veraz y suficiente con la cual PORVENIR acreditara haber informado a la afiliada sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional derivando en una ineficacia del acto de traslado. Así entonces, era la demandante quien estaba forzada a acreditar que la actuación de la AF'P no se ajustó a tal parámetro legal, máxime cuando la Jurisprudencia ha reiterado que la existencia de vicios en el consentimiento no se presume.

Por otro lado, dijo que, los gastos de administración corresponden a las gestiones realizadas por PORVENIR para la inversión de las sumas de dinero de cada ahorrador pensional en el mercado de valores; lo cual genera unos rendimientos financieros que son depositados en cada una de las cuentas individuales. Así las cosas, la declaratoria de ineficacia del acto de traslado desconoce que el recurso o talento humano involucrado en la gestión de hacer rendir los dineros de la cuenta pensional de la señora FERNANDEZ DE BEOOYA, realizó una gestión óptima y se desconoce igualmente un trabajo que remuneró pecuniariamente PORVENIR de buena fe. Devolver lo pagado por un trabajo especializado que favoreció a la afiliada demandante, constituye una inequidad en contra de

su representada.

Que, por virtud del efecto retroactivo de la declaración judicial de toda nulidad sustancial, ineficacia en el presente asunto, oficiosamente debe regular las prestaciones mutuas de los contratantes.

Por lo anterior, PORVENIR S.A. pide se REVOQUE la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demandante.

3.2. Alegatos de conclusión de la parte demandante:

En el memorial de alegatos de conclusión, el apoderado de la demandante expuso, en esencia, que, dentro del presente asunto se ordenó declarar la ineficacia del traslado realizado por la parte demandante ante la administradora de fondo de pensiones del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, toda vez que se logró demostrar que dicha entidad incumplió el deber de información, ilustración de las características y consecuencias jurídicas del traslado al momento de asesorar a la parte accionante.

Por otra parte, indicó el mandatario judicial que, se evidenció que la parte demandada carece de material probatorio que permita desestimar el hecho de que su mandante realizó el traslado de fondo pensional bajo información alejada de la realidad.

Bajo tales consideraciones, solicitó se confirme la decisión del *A quo*.

3.3. Alegatos de conclusión de Colpensiones:

Para la apoderada de Colpensiones, 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. Agrega que, al analizar el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010 que establece el Régimen de Protección al Consumidor Financiero, es claro que existen unos deberes mínimos para el afiliado al sistema general de pensiones, resaltando que el SILENCIO en el transcurso del tiempo se equipara a una decisión consciente de los efectos legales de pertenecer a determinado régimen pensional, en tanto existen unos efectos y unas consecuencias tanto por el silencio como por la omisión. Luego, y como quiera que la señora MARLY FERNANDEZ no atendió estos deberes legales que además están contenidos en una disposición especial, en este asunto no es procedente imponer la carga probatoria solo en el fondo, pues así se establece un tipo de responsabilidad objetiva que favorece la inercia probatoria del extremo actor que se presenta al proceso sin realizar un mínimo esfuerzo probatorio y se altera la lógica probatoria a la que se refiere la H. Corte Constitucional en Sentencia C-086 de 2016.

Finalmente, mencionó que en estos asuntos COLPENSIONES es un tercero de buena fe que no participo en el traslado que en su momento efectuó la actora en tanto la obligación para su representada surge a partir de la Ley 1748 de 2014 con la doble asesoría.

Por las razones anteriormente expuestas, solicita se REVOQUE la sentencia de primera instancia y absuelva a COLPENSIONES de todas las condenas impuestas.

No obstante, lo anterior, y en el evento en que el H. Tribunal confirme la decisión del a quo, solicita de manera respetuosa lo siguiente:

- 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.

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 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.

5. 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:**

5.1. ¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante MARLY FERNÁNDEZ DE BEDOYA del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.?

5.2. De conformidad con el recurso de apelación de Porvenir S.A., la Sala debe resolver también sí: ¿Fue acertado ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones, traslade a Colpensiones los rendimientos financieros que se hubieren generado y gastos de administración?

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

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

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

La Sala sostiene la tesis del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, exigible para el año 2000 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:

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”*.

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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 2000:

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 2000, 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 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”.*

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. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

7.1. Con la constancia laboral emitida por Profesional Universitario Grado 2, de Talento Humano del Hospital Universitario San José de Popayán, aportada a folio 11 del cuaderno I de primera instancia, se constata que la señora MARLY FERNÁNDEZ DE BEDOYA se encuentra vinculada a la planta de personal de esa E.S.E., desde el 17 de enero de 1994,

y desde su fecha de ingreso estuvo afiliada al ISS, en pensiones, mediante formulario de afiliación consecutivo número 96320 del 18 de junio de 1997 y a partir de julio de 2000 se afilió al fondo de pensiones HORIZONTE, mediante formulario de afiliación Nro. 1064060.

La anterior información se verifica con los siguientes documentos:

(1) Con el formulario de afiliación al Fondo de Pensiones y Cesantías HORIZONTE, a folio 98 del cuaderno I, donde se prueba la solicitud de traslado de AFP, por parte de la demandante, el 13 de junio del año 2000, y se registra como administradora anterior, el ISS.

(2) Con el pantallazo de ASOFONDOS, a folio 99 del cuaderno I, sobre afiliación al RAIS

(3) Con el resumen de historia laboral para bono pensional a folios 101 a 104, cuaderno I, donde se verifican aportes al ISS desde el año 1991, hasta junio del año 2000.

(4) La relación histórica de movimientos de Porvenir a folio 105, donde se registra fecha de afiliación 13/06/2000, efectiva a partir del 01 de agosto de 2000.

(5) Con los hechos aceptados en las contestaciones de la demanda por Colpensiones y Porvernir.

Conforme a los medios de convicción anteriores, aparece probado el traslado de la demandante, entre los dos regímenes pensionales (del RPM al RAIS) el 13 de junio de 2000.

7.2. Ahora, del examen en conjunto de todos los medios de convicción aportados con la demanda y su contestación, esta Sala encuentra que, en curso del proceso la pasiva Porvenir S.A. no demostró que antes de la firma del formulario del traslado, los asesores de la AFP HORIZONTES le hubiesen dado a conocer a la 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 la demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable.

7.3. En ese orden de ideas, la consecuencia jurídica de esta conducta procesal omisiva de la pasiva PORVENIR, debidamente probada, 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 98 del cuaderno I, no se cumple con el requisito legal del deber de información, pues claro está 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.

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

8. RESPUESTA AL SEGUNDO TEMA APELADO POR PORVENIR S.A. SOBRE LA OPOSICIÓN A LA ORDEN DEL TRASLADO A COLPENSIONES DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

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 de la afiliada, 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 tampoco no 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:

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 de la apoderada 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 primero 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.-

No obstante lo anterior, acogiendo esa misma línea de pensamiento, esta Sala Laboral 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 la parte final 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, en el sentido de ordenar a

Colpensiones que reciba todos los bienes ordenados en la parte final de ese ordinal.

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, 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, que en este caso no se declara la nulidad, sino la ineficacia del acto de traslado al RAIS, de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

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

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

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

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por Porvenir S.A. y Colpensiones, en tanto el(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 que régimen pensional se encuentra afiliado.

10.- COSTAS

En aplicación del numeral 1° 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.- ADICIONAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia el primero (1°) de agosto del año dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** promovido por la señora **MARLY FERNÁNDEZ DE BEDOYA** contra la Sociedad Administradora de Fondos y Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.** y la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, en el sentido de que **COLPENSIONES** debe

recibir de manos de **PORVENIR S.A.** los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. En lo demás, se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia, dentro del presente asunto ordinario laboral.

TERCERO. 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.

CUARTO. -Oportunamente, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado laboral de origen, previo registro de su salida definitiva.

QUINTO. -La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO electrónico** y con la remisión de la copia de la presente providencia a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Los Magistrados



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA