

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



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

**Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, siete (07) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ STELLA NARVÁEZ ZAPATA
DEMANDADOS	1. PORVENIR S.A. 2. Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES
RADICADO N°	19-001-31-05-003-2018-00078-01
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA
TEMA	TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL > INEFICACIA del traslado del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad > EFECTOS.
DECISIÓN	Se confirma la sentencia de primera instancia.

1. ASUNTO A TRATAR

Agotadas las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, de conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

JUDICIAL DE POPAYÁN, integrada por los Magistrados que firman al final, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir sentencia escrita que tiene por objeto resolver 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. 0071 del doce (12) de noviembre 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

2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:

Pretende la demandante: **(i) Se declare la nulidad del traslado** 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 de la 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 de su cuenta de ahorro individual, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos; que se hubieran causado y (iv), se condene en costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso (fls.15 a 42, del cuaderno de primera instancia).**

Como fundamentos fácticos, en síntesis, la demandante expone, se trasladó a la AFP Porvenir S.A. desde el mes de junio de 1999, hasta la actualidad, cuando se encontraba

afiliada a la Caja de Previsión Departamental del Cauca, hoy liquidada, en calidad de servidora pública de la Lotería del Cauca, desde el 10 de marzo de 1995, hasta la fecha.

Que, nació el 20 de octubre de 1959, por lo que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Explica, el traslado de régimen pensional aconteció en el momento en que promotores de la entidad demandada le informaron unas condiciones presuntamente más favorables que las establecidas en el RPM, del cual era beneficiaria, con el fin de obtener su pensión de vejez, para lo cual le realizaron unas proyecciones bastantes ostentosas, teniendo en cuenta los ingresos que percibía para ese momento; omitiéndole informar que el monto de la pensión estimada era de carácter relativo. Tampoco le presentaron los beneficios y ventajas más favorables que tenía si continuaba afiliada al régimen de prima media.

Para la demandante, Porvenir S.A., a través de sus promotores o asesores, incumplió con su obligación legal de suministrar una información adecuada, suficiente y cierta, de tal manera que la decisión adoptada hubiere sido verdaderamente libre y espontánea.

2.2. Contestación de COLPENSIONES (folios 64 a 69, ibídem):

En ejercicio del derecho de contradicción, la AFP Colpensiones contestó la demanda a través de su apoderada judicial, **oponiéndose a todas las pretensiones**, por cuanto en el traslado de régimen pensional efectuado por la señora Narváez Zapata 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.

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

2.3. Contestación de PORVENIR S.A. (folios 124 a 132, ibidem)

El Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, contestó la demanda a través de su apoderada judicial, y, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, **se opuso a todas las pretensiones**, con fundamento en que la vinculación de la señora Luz Stella Narváez Zapata a esa administradora del RAIS es un acto válido, en la medida en que fue realizado luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión.

También expuso que la 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-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, de la Corte Constitucional.

Propuso como excepciones de mérito: “Prescripción”, “falta de causa para pedir”, “buena fe”, “genérica”, “inexistencia de la obligación”, “PORVENIR no puede ser compelido al

reconocimiento de mermas o deterioro del bien administrado” y “la demandante no es beneficiaria del régimen de transición”.

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 doce (12) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA Nro. 0071**, dentro del presente asunto, en la cual **resolvió: Declarar la ineficacia de la afiliación en pensiones de la demandante** a la AFP **Porvenir S.A.**, suscrita el 31 de mayo de 1999.

Como consecuencia de lo anterior, declaró que, para todos los efectos legales, la afiliada demandante 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 de la cuenta de ahorro individual de la demandante, obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a COLPENSIONES, junto con bonos pensionales que eventualmente hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido.

Luego, **ordenó a COLPENSIONES recibir los valores trasladados** correspondientes a la demandante; declaró como no probadas las excepciones de fondo propuestas por las entidades demandadas y, finalmente, 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, y el precedente de esta Corporación Judicial en casos similares, señalando que, en estos eventos, el negocio jurídico jamás existió y que es imprescriptible la acción, porque, ni los hechos ni estados jurídicos prescriben.

Seguidamente, dice que, dada la carga de la prueba que, según la jurisprudencia aplicable, recae en el fondo demandado, no se comprobó que la demandada hubiera suministrado 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. Por tal motivo, despacha de manera desfavorable las excepciones propuestas por la parte pasiva.

Tal decisión se funda en jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, 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. Al punto que, la firma de un formulario pre-impreso no es prueba idónea del cumplimiento de dicha obligación.

2.5. 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 en la parte considerativa de la sentencia dijo que Porvenir no demostró los datos que se le hubieren proporcionado o facilitado a la señora Luz Estella Narváez Zapata en el año 1999 y que motivara su traslado al régimen del fondo privado.

Sin embargo, para esa época solamente estaba vigente el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y, Porvenir, al ser una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia debe, en sus actuaciones, debía ceñirse a las instrucciones que imparta el ente que la vigila, pero que “...no existiendo en el año 1999 norma específica que dijera o una circular de la Superintendencia Bancaria que dijera, que la información que se debe suministrar debe constar por escrito y guardarse en los archivos de Porvenir (...)”; la cual solo surge a partir de los fallos recientes, debe entenderse que, la información suministrada por Porvenir en aquella época y tal como lo dijo la demandante en su interrogatorio de parte, si fue una información veraz y suficiente, y además, se ciñó estrictamente a lo que en ese momento era poseedor el asesor de Porvenir y que se atemperaba al funcionamiento de los fondos privados.

En ese orden de ideas, solicita se revoque el fallo en esos términos.

De declararse la ineficacia, **se opone a que los rendimientos** sean devueltos al régimen de prima media, porque, Porvenir desplegó todo un equipo asesor especializado para llevar los aportes de la señora Luz Stella Narváez Zapata al mercado secundario de valores y generó altos rendimientos, por lo que ese trabajo no debe ser desconocido, pues, Porvenir ha actuado de buena fe en la administración de los aportes de la demandante y por tal motivo, no debe ser condenada a perder todo lo trabajado de buena fe.

3. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, por auto del 31 de julio de 2020 se corrió traslado a las partes, por el término de cinco (5) días, para que formularan los alegatos escritos en esta instancia-folios 6 a 8

del cuaderno del Tribunal-, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15, del Decreto 806 de 2020.

De acuerdo con la constancia secretarial del pasado 31 de agosto, y, revisado el expediente digital, dentro de esta oportunidad presentaron escrito de alegatos los apoderados de COLPENSIONES E.I.E.E. y PORVENIR S.A.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Alegatos de conclusión de Colpensiones:

En esta oportunidad, la apoderada de COLPENSIONES, reitera la improcedencia de la declaración de la ineficacia o nulidad del traslado efectuado por la demandante en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque, 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, la demandante contaba con elementos de juicio necesarios para tomar la decisión de trasladarse al RAIS. Que, además, aquella ha realizado aportes desde el año 1999, coligiéndose de esta situación la voluntad y el querer de pertenecer al RAIS.

Bajo tales consideraciones, considera que el engaño que la actora anuncia como vicios de consentimiento, son errores de derecho. Así las cosas, solicita se analice detalladamente este proceso y en caso de confirmarse la decisión, se modifique y/o adicione el numeral tercero en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. trasladar los valores atinentes a gastos de administración.

4.2. 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 Luz Stella Narváez eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer, procediendo al diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo.

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.

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.

5. 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 por la Sala, porque, la acción la ejerce la presunta titular de los derechos reclamados, en contra de las personas jurídicas eventualmente obligadas a reconocerlos.

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.

6. ASUNTOS POR RESOLVER

La Sala Laboral, formula los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

6.1. En respuesta al recurso de apelación de parte de Porvenir S.A.:

¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante LUZ STELLA NARVÁEZ ZAPATA, del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.?

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones, también traslade a Colpensiones los rendimientos financieros que se hubieren generado?

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

7. 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 a la demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto los efectos positivos y negativos que acarrea 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 1999, cuando se produjo el traslado de régimen pensional.

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

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

7.1. 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.*

7.2. 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.

7.3. 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”*.

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

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

“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 1999:

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”.

7.5. 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 1999, 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. (... ...)

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

“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.

7.7. 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.

7.8. 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 y reiterada, dentro de la cual puede consultarse, entre otras, 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 y recientemente, la sentencia del 01 de julio de 2020 radicado n° 67972.

De la línea jurisprudencial, se resalta la sentencia CSJ SL1452-2019, donde 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 desvirtuarse 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”.

7.9. 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 subregla viene siendo reiterada, y, recientemente, en sentencia del 01 de julio de 2020 radicado n° 67972, la CSJSL dejó claro que existe **ineficacia de la afiliación** cuando quiera que:

“i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de

Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”

En relación con las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, en esta última decisión se menciona sobre la importancia de la valoración de las condiciones de cada afiliado, la cual redundando en la satisfacción del derecho a la seguridad social.

En ese sentido, se advirtió por la CSJSL:

“la escogencia de un régimen pensional, que va a significar, en últimas, la satisfacción de un derecho pensional, que tiene dimensión en la seguridad social, amerita un escrutinio riguroso sobre las condiciones de cada afiliado, y también respecto del cumplimiento de las actividades de las entidades encargadas de la administración del sistema, a las cuales si bien se les reconoce participación y lucro en este tipo de componentes sociales, por lo mismo están sujetas, con mayor intensidad, a verificar el cumplimiento de su labor, pues por su ejercicio eventualmente pueden lesionar garantías ya consolidadas, como en el caso del actor, y sobre las cuales la Ley 100 de 1993 y el alcance que a la misma le ha dado la jurisprudencia, imponen aplicar sus consecuencias.”

8. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

8.1. Está probado con el formato de “solicitud de vinculación o traslado al fondo de cesantías y/o pensiones obligatorias”, con número 01192580, a folio 88 del cuaderno de primera instancia, que la señora LUZ STELLA NARVÁEZ ZAPATA solicitó ante PORVENIR S.A. el traslado de régimen pensional, el 31 de mayo de 1999.

Lo anterior, se acompasa con la información que reposa en la relación histórica de movimientos de la cuenta individual de ahorro individual de la demandante, a Porvenir, a folios 89 a 113 ibídem.

Y, de acuerdo al expediente administrativo, aportado en medio magnético (DVD), a folio 55, sobre reporte de semanas cotizadas en pensiones al RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, se puede constatar que la demandante estuvo afiliada inicialmente a dicho régimen, puesto que presenta cotizaciones a pensiones, por parte de los empleadores ALMACAFÉ y LOTERÍA DEL CAUCA, desde el 13/09/1983, hasta el 31/05/1999, por un total de 209,29 semanas; lo cual desvirtúa que la demandante hubiera cotizado en algún momento a la Caja de Previsión Departamental.

En la historia válida para bono pensional, a folios 118 a 120, aparece registrada la información anterior y adicionalmente, en el año 1981 aparecen cotizaciones por parte de un empleador, al ISS.

Probado como está, que el traslado entre los dos regímenes pensionales (del RPM al RAIS) se produjo el 31 de mayo de 1999, según se extrae de la solicitud de vinculación y la relación histórica de movimientos de Porvenir S.A., junto con los hechos aceptados al contestar la acción, la AFP PORVENIR S.A., para esa data del año 1999, **SI estaba obligada 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,** acorde con las normativas en cita y la doctrina reiterada de la CSJSL.

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

8.2. 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 le hubiere dado a conocer a la señora Luz Stella Narváez Zapata 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.

Esa decisión libre y voluntaria que debe acompañar al acto de afiliación o traslado de régimen pensional, no se prueba, como lo quiere hacer ver la parte demandada en su recurso de alzada, con la información que proporcionó la demandante en su interrogatorio de parte, por el contrario, cuando se le pregunta a la señora Narváez Zapata sobre su traslado de régimen, en especial, ¿qué le asesoraron en ese momento?, la demandante asintió: *“Estábamos en el año 99, cuando una persona de Porvenir solicitó a la Lotería del Cauca podernos capacitar a todos los funcionarios para hacer el traslado de régimen. Habíamos varios funcionarios a los que nos dieron la información (...) y nos hicieron una serie de promesas, pues, que era lo mejor, que íbamos a poder retirarnos fácilmente, que íbamos a tener los mejores rendimientos, que nos pensionábamos con mucha facilidad (...) que era mucho más fácil con Porvenir que con el mismo Seguro Social. Entonces, ante esas ofertas, yo tomé la decisión de trasladarme”*.

Así entonces, esa solicitud de traslado de régimen pensional, para esta Sala, no estuvo precedida de una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que la decisión acarrearía; siendo insuficiente el simple diligenciamiento de un formato o la adhesión a una cláusula genérica, sin haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, lo cual se echa de menos en el curso de este proceso.

8.3. En ese orden de ideas, la consecuencia jurídica de esta conducta procesal omisiva de la pasiva PORVENIR S.A., 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 sentencia del 01 de julio de 2020 citada.

8.4. Con la sola manifestación pre-impresa en el formulario de traslado de régimen pensional que obra a folio 88 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.

9. RESPUESTA AL TEMA APELADO POR PORVENIR S.A. SOBRE LA OPOSICIÓN A LA ORDEN DEL TRASLADO A COLPENSIONES DE LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS:

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(la) afiliado(a).

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

9.1. 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.

9.2. 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.

9.3. 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.

9.4. 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)."*

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

10. 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, trascurrió más de tres años del

artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1999.

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 01 de julio de 2020, Radicación n.º 67972, de la CSJSL.

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.

11. 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 la 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.

12. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de La República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia Nro. 0071 del doce (12) de noviembre 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 la señora LUZ STELLA NARVÁEZ ZAPATA 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 CONDENAN EN COSTAS de segunda instancia a Porvenir S.A. 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 se remite copia de la presente sentencia al correo electrónico de los apoderados de las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

(Sin firma por ausencia justificada)



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA