REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán, Cauca, veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	**ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE	**AYDEE SOCORRO PAZ TRÓCHEZ**
DEMANDADOS	**1. PORVENIR S.A.** **2. Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**
RADICADO N°	**19-001-31-05-001-2018-00081-01**
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 ADICIONA EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada y se confirma en lo demás.**

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, 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 diecisiete (17) de septiembre 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 Aydee Socorro Paz Tróchez, 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.18 a 45, del cuaderno digital de primera instancia).

Como *fundamentos fácticos relevantes*, se expone: 1) La señora Aydee Socorro Paz Tróchez se trasladó a PORVENIR S.A. desde

el mes de febrero de 1996 y, con antelación a la precitada vinculación, se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Departamental del Cauca, hoy liquidada, desde el 11 de diciembre de 1990.

2) Que, a la fecha de entrada en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, para los servidores públicos territoriales, el 30 de junio de 1995, contaba con más de 35 años de edad, por haber nacido el 05 de junio de 1957, lo que la hace beneficiara del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

3) La afiliación a Porvenir S.A. aconteció en el momento en que promotores de esa entidad le informaron unas condiciones presuntamente más favorables para obtener la pensión de vejez, que las establecidas en el régimen de prima media, del cual era beneficiaria. Por ese motivo, Porvenir S.A., a través de sus promotores, incumplió una de sus obligaciones legales de suministrar a sus potenciales clientes una información adecuada, suficiente y cierta para que la decisión tomada hubiese sido libre y espontánea; ya que, en ningún momento se le informó de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales.

4) Señala que, la diferencia entre las dos mesadas pensionales en una y otra administradora denota el engaño del que fue objeto, pues, la mesada pensional a la que tendría derecho en el RPMPD arrojaría una suma evidentemente superior a la proyectada por PORVENIR S.A.

5) Finalmente, indica haber agotado la reclamación administrativa.

1.2. Contestación de COLPENSIONES:

Colpensiones a través de su apoderada judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, contestó la demanda (folios 58 a 65,

ibídem), aceptando que la demandante se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A., desde el mes de febrero de 1996, aunque echa de menos el formulario de afiliación, así como la prueba de que la señora Paz Tróchez estuvo afiliada a la Caja de Previsión Departamental del Cauca.

Seguidamente, se opuso a todas las pretensiones, porque, considera prescrita la acción y la demandante no demuestra que al efectuar el traslado al RAIS su consentimiento haya sido viciado por error, toda vez que dicho acto fue resultado de la manifestación libre y voluntaria de una persona plenamente capaz; y, finalmente, es improcedente el traslado cuando faltan menos de 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión.

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 113 a 138, ibidem), y, frente a los hechos, indicó que, según historial de vinculaciones SIAFP, el traslado del RPMPD a la AFP PORVENIR se realizó el 28 de febrero de 1997, con efectividad el 01 de marzo de 1997, ateniéndose a lo que resulte probado en el proceso respecto de la vinculación a la Caja de Previsión Departamental del Cauca.

Frente a las pretensiones declarativas y de condena de la demanda, se opuso a todas ellas, bajo el argumento que la vinculación de la demandante a PORVENIR S.A. obedeció a una asesoría brindada de forma eficiente. Y que, en caso de ser

aceptado el traslado, no es posible realizar lo de la suma adicional, ni del bono pensional.

Excepciones de mérito: "Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación", "falta de causa para pedir", "la demandante no era beneficiaria del régimen de transición al momento de trasladarse de régimen", "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 diecisiete (17) de septiembre 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, realizado el 28 de febrero de 1997.

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

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

TESIS DEL JUEZ: Reitera la línea jurisprudencial para la toma de decisiones frente a este tema, contenida en la sentencia SL1688 de 2019, radicado n° 68838, del 8 de mayo de 2019, en donde se concluye que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es exigible desde su

creación, es decir, desde la Ley 100 de 1993; y, para el caso, el traslado de régimen pensional, de CAPRECAUCA a PORVENIR S.A., se efectúo el 28 de febrero de 1997, por lo que esto nos sitúa en la primera etapa que señala el precedente de la CSJ-SL, sobre el deber de suministrar información necesaria y transparente.

El juez señala que la expresión "*libre y voluntaria*" del literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual sólo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. Luego, trae a mención la tesis de la Corte cuando dice que, no se puede alegar que hubo una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener sobre sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho con una simple expresión genérica. De allí que, se concluya por el juzgador de instancia 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, concluye, el acto jurídico de cambio de régimen, en este caso, ES INEFICAZ, pues no hay prueba que el consentimiento vertido en el formulario de afiliación por la demandante fue informado.

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.

Al generarse la ineficacia, para el juez, procede 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 de Porvenir SA:

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de Porvenir S.A. se opone a los razonamientos del Juez al equiparar los efectos de la nulidad, a los de la ineficacia y, en virtud de la declaratoria de ineficacia ordenó trasladar a Colpensiones rendimientos financieros, gastos de administración y todas las cotizaciones de la señora Aydee del Socorro Paz Tróchez.

Considera que tal razonamiento es contradictorio, porque la ley 100 de 1993, al crear los fondos privados de pensiones y el régimen de ahorro individual con solidaridad, estableció como muy propio de este régimen los rendimientos financieros.

Entonces, si hay una ineficacia, si se declara que el acto nunca ha existido y que la demandante siempre permaneció con su derecho a pertenecer en el régimen de prima media, no resulta procedente obligarlos a devolver unos rendimientos fruto del esfuerzo de todo un equipo humano y financiero, por parte de Porvenir.

Tampoco comparte la apoderada de Porvenir el criterio de trasladar los gastos de administración, porque, Porvenir ha empleado todo su equipo humano para generar altos rendimientos en el mercado secundario de valores y ese trabajo de buena fe no debe ser desconocido, de lo contrario se desconocería el trabajo y prácticamente todo el patrimonio de dicha administradora.

Solicita se revoque la sentencia apelada.

2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el recurso de apelación, por auto del 8 de septiembre de 2020, se corrió traslado a las partes, por el término de cinco

(5) días, para que formularan los alegatos escritos en esta instancia.

2.1. Alegatos de conclusión de Porvenir S.A.

La apoderada judicial de Porvenir S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, expone argumentos similares a los de la apelación.

2.2. Alegatos de conclusión de Colpensiones:

La apoderada de Colpensiones en ejercicio del derecho de contradicción reitera lo manifestado en la contestación de la demanda, no es procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la actora, teniendo en cuenta que en el expediente ninguna de las pruebas que acompañan la demanda, denotan vulneración del derecho de la demandante a escoger libremente el régimen que gobierna su prestación.

En cuanto a las sumas adicionales y de la indexación de los gastos de administración, trae a mención la sentencia SL1688 del 5 de agosto de 2019, mencionando que en caso de que se confirme la decisión, se debe modificar o adicionar el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, para incluir dentro de las sumas a trasladar *"las sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e intereses así como se ordene la indexación de los gastos de administración",* pues estos conforme la actual jurisprudencia hacen parte de los valores que la administradora debe devolver a la primera AFP como consecuencia de la ineficacia de la afiliación, al igual que los gastos de administración debidamente indexados.

3. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

COMPETENCIA: En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por la parte demandada PORVENIR S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar el recurso apelación contra la sentencia de primera instancia.

De igual forma, se tramitará conjuntamente el grado jurisdiccional de consulta al ser desfavorable la sentencia a COLPENSIONES.

Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica para actuar en este proceso y están representados por sus apoderados.

En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva no hay objeción alguna, porque la acción la ejerce la presunta titular del derecho reclamado, en contra de las personas jurídicas eventualmente obligadas a reconocerlo.

El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insanables.

4. ASUNTOS POR RESOLVER:

Atendiendo el recurso de apelación y la respuesta al grado de consulta que se tramita en favor de Colpensiones, La Sala Laboral, formula los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

4.1. En sede de consulta, se estudiará si ¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante, del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.?

4.2. En el eventual caso de confirmarse la decisión de ineficacia de traslado de régimen pensional, en respuesta al recurso de apelación de parte de Porvenir S.A.:

¿Se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones, también traslade a Colpensiones los gastos de administración y los rendimientos financieros que se hubieren generado, como efectos de la ineficacia del traslado al RAIS?

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

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

La Sala concluye, 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 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 1997, cuando se produjo el traslado de régimen pensional.

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

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

5.1. El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, a través de dos regímenes excluyentes regidos por el principio de la solidaridad:

> *(i) el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.*
>
> *(ii) el sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.*

5.2. Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es "*aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas*".

En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen "*un fondo común de naturaleza pública*", que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley[1]. 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.

[1] Ley 100 de 1993, Artículo 32.

5.3. De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad "*es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados*".

5.4. En punto a la afiliación y traslado entre los dos regímenes pensiónales 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".*

5.5. A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 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. (… …)***

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

En el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando

> **"*El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa… …***

Y, además, expresamente se dispone que

> ***(… …) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.***

5.7. En cuanto a la carga de la prueba del vicio en el consentimiento, aplica el artículo 1604 ibídem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos, incumbe al que ha debido emplearlo.

5.8. Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber de información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensiónales, 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 y recientemente, la sentencia del 01 de julio de 2020 radicado n° 67972.

De ese criterio 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.° 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. °, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.*

Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo".

5.9. En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado.

Así lo consigna la CSJ-SL, 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 reequilibro 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 redunda 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."*

5.9. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

5.9.1. Está probado con el formato de "*solicitud de vinculación",* con número 866637, a folio 139 del expediente digital de primera instancia, que la señora AYDEE SOCORRO PAZ TRÓCHEZ solicitó ante PORVENIR S.A. el traslado de régimen pensional, el 28 de febrero de 1997; señalando en dicho formulario que con antelación venía cotizando a una caja departamental: CAPRECAUCA.

Lo anterior, se acompasa con la información que aparece en el certificado de ASOFONDOS, a folios 141 ibidem.

5.9.2. De acuerdo al expediente administrativo, aportado por COLPENSIONES, la demandante no tiene registro histórico ante dicha entidad, esto es, no reporta semanas cotizadas en pensiones al RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES.

Lo anterior se reafirma con lo que señala la demandante en el hecho 1° de la demanda, en donde manifiesta que inicialmente estuvo afiliada a la Caja de Previsión Departamental del Cauca, hoy liquidada.

Tal hecho se infiere de la información que se registra en el certificado de ASOFONDOS, a folios 142 ibidem, en la parte de "historia válida para bono".

A lo anterior se suma que la accionante probó con el certificado laboral que obra a folio 14 del expediente digital de primera instancia, que se encuentra vinculada desde el 11 de diciembre de 1990, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100

de 1993, a la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, en el cargo de Técnico Administrativo Grado 06, con tipo de nombramiento provisional.

Lo anterior quiere decir que, de declararse la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, cuya consecuencia práctica es que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, debe entenderse que la demandante nunca migró al régimen privado de pensiones y siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, por cuanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 692 de 1994 - Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993.-, "*los servidores públicos que al 1° de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social*, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, *si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales*."

Además, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 52 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, la administración del régimen de prima media con prestación definida, por facultad de la ley, estaba en cabeza de las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONCLUSIONES:

Probado como está, que el traslado entre los dos regímenes pensionales (del RPM al RAIS) se produjo el 28 de febrero de 1997, según se extrae del formato de solicitud de traslado, junto con los hechos aceptados al contestar la acción, la AFP PORVENIR S.A., para esa data del año 1997, SI estaba obligada a entregar a la demandante toda la información favorable y desfavorable, así como los cálculos matemáticos, 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 S.A., 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.

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 no demostró que antes de la firma del formulario del traslado, los asesores de la AFP PORVENIR S.A. 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.

Además, que, la sola manifestación preimpresa en el formulario de traslado no hace cumplir 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 contras, de la afiliación de un régimen a otro.

En ese orden de ideas, la consecuencia jurídica de esta conducta procesal omisiva de la pasiva PORVENIR S.A., 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 sus recientes providencias.

En consecuencia, procede confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

Conviene aclarar, si bien la vinculación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida se hizo a través de la CAJA DE PREVISIÓN DEPARTAMENTAL DEL CAUCA, todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, porque, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, el régimen solidario de prima media con prestación definida es administrado por dicha administradora de pensiones, de suerte que, por disposición del artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, que creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, sólo se le otorgó el reconocimiento de derechos pensionales, pero, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, que no es el caso de la demandante Aydee Socorro Paz Tróchez.

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

Es decir, el juez acertó en cuanto estableció que Porvenir debe retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, rendimientos financieros y gastos de administración que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes**:**

6.1. 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.

6.2. 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.

6.3. 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.

6.4. 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 resolutiva 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.

7. 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, 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 1997.

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 pensiónales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensiónales (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.° 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 que régimen pensional se encuentra afiliado.

8.- COSTAS

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

De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, el Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, en la oportunidad procesal.

9. 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 diecisiete (17) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019), por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia, 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: La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO,** con la inserción de la copia de la presente providencia para conocimiento de los apoderados de las partes.

Los Magistrados

LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES

Firma digitalizada válida para actos judiciales y administrativos

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA