

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



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

**Magistrado Ponente:**  
**LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021)

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>FABIO JOSÉ VILLANUEVA GALARZA</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES</b> <b>2. PORVENIR S.A.</b> <b>3. COLFONDOS S.A.</b> <b>4. PROTECCIÓN S.A.</b>
<b>RADICADO N°</b>	<b>19-001-31-05-001-2018-00258-01</b>
<b>INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA</b>
<b>TEMA</b>	<b>TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - INEFICACIA del traslado del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad - EFECTOS.</b> <b>PRESCRIPCIÓN</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>SE MODIFICA LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA</b>

**1. ASUNTO A TRATAR**

Agotadas las etapas procesales precedentes 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 los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por las apoderadas judiciales de las entidades demandadas y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de Colpensiones, frente a la Sentencia proferida en primera instancia el diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

## **2. ANTECEDENTES**

### **2.1. Hechos y pretensiones de la demanda:**

Pretende el demandante: **(i) se declare la nulidad** del traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A. **(ii) Declarar y condenar a** Porvenir S.A., a trasladar a la administradora del régimen de Prima Media con prestaciones definidas, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales con los rendimientos que se hubieren causado. **(iii)** Se condene en costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso. (Folios 3 a 24, cuaderno digital de primera instancia).

Como ***fundamento facticos***, señala que, estuvo cotizando al Seguro Social desde 1978, a través de empleadores de carácter privado y en total cotizó 488 semanas para cubrir el seguro de vejez.

Que luego ingresó a laborar a la Rama Judicial y cotizó a Cajanal, y luego al ISS.

Que, desde el 01 de septiembre de 2006, se afilió a Porvenir, producto de un traslado que realizó del Régimen de prima media.

Que los asesores comerciales de Porvenir omitieron información sobre la planeación financiera de su futuro pensional, que no le expusieron que el monto de la pensión era de carácter relativo y no absoluto, que no realizaron la proyección de la pensión, que no entregaron copia del texto del reglamento, así como los términos y condiciones del plan escogido, ni informaron las ventajas y desventajas del sistema pensional escogido.

Que la pensión que tendría derecho en el régimen de prima media, sería de \$2.000.000.00., mientras que Porvenir le ofrece una pensión equivalente a un SMLMV.

## **2.2. Contestación de COLPENSIONES:**

Colpensiones, a través de su apoderado judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, contestó la demanda y aceptó el traslado del actor al RAIS, en la fecha indicada en el escrito de demanda, pero, **se opuso a la prosperidad de las pretensiones**, por cuanto en dicho acto no se presentó ningún vicio en el consentimiento, sino errores de derecho y, además, se encuentra prescrita la acción correspondiente para dichos efectos. También indicó que las pretensiones de la demanda no se encuentran relacionadas con actuaciones administrativas emitidas por Colpensiones. (Folio 55 a 63)

Formuló las siguientes 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.:**

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**, realiza la aclaración que lo que sucedió en el presente caso, fue un traslado de fondos pensionales privados, pues el actor en un inicio se trasladó a la AFP Horizonte, proveniente de Colfondos S.A.

Indica que, la vinculación del señor Fabio José Villanueva a ese fondo y a los anteriores en los que se vinculó, fue efectuada de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión, no se produjo ningún vicio en el consentimiento que invalide el acto de traslado al RAIS.

También indicó que, el actor se encuentra a menos de diez años de pensionarse lo que imposibilita su traslado y, además, no es beneficiario del régimen de transición.

De accederse a las pretensiones, se opone al traslado del bono pensional y de sumas adicionales.

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

#### **2.4. Contestación de COLFONDOS S.A.**

El Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, contestó la demanda a través de su apoderada judicial, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, la mayoría bajo el argumento que no le constan, **se opuso a todas las pretensiones**, en tanto, las mismas no van dirigida exclusivamente contra esa AFP sino contra Porvenir S.A.

Expone que ese fondo efectuó el correcto asesoramiento al demandante, y que este de manera libre, espontánea y sin

presiones, decidió trasladarse a RAIS, por lo que no se produjo ningún vicio en el consentimiento que invalide el acto de traslado al RAIS.

Expone que, el 23 de diciembre de 1999, se trasladó a dicho fondo, proveniente del extinto ISS; luego se trasladó a AFP ING S.A., luego a Protección, nuevamente a Colfondos S.A., el 25 de agosto de 2005, y finalmente a Porvenir en el año 2006.

Las excepciones de mérito que formuló fueron: “*validez de la afiliación a Colfondos S.A.*”, “*validez del traslado de régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFP’S realizado por el demandante*”, “*buena fe*”, “*inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa*”, “*inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe*”, “*inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho*”, “*prescripción*”, “*carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen*”, “*inexistencia de engaño y expectativa legítima*”, “*nadie puede ir en contra de sus propios actos*”, “*ratificación de la afiliación del actor al RAIS*”, “*compensación*” e “*innominada o genérica.*”

## **2.5. Contestación de PROTECCIÓN S.A.**

El Fondo de Pensiones PROTECCIÓN 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, la mayoría bajo el argumento que no le constan, **se opuso a todas las pretensiones**, en tanto, las mismas no van dirigidas contra Porvenir S.A., y el traslado que realizó en su momento, cumplió con los requisitos legales para ello, y se remitió los dineros de la cuenta individual del demandante Fabio Villanueva.

Las excepciones de mérito que formuló fueron: “falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “carencia de acción y ausencia de derecho”, “inexistencia de las obligaciones respecto de la AFP Protección S.A.”, “cobro de lo no debido”, “buena fe”, “inexistencia de vicio en el consentimiento que pudo inducir en error en la afiliación del demandante inicialmente a la AFP Protección”, “que traiga como consecuencia la anulación de esa afiliación”, “prescripción” e “innominada o genérica.”

## **2.6. Decisión de primera instancia:**

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca)**, se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar **SENTENCIA** dentro del presente asunto, en la cual **resolvió: Declarar la ineficacia del traslado** del demandante, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, sucedido el 23 de diciembre de 1999. 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., COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., y condena en costas a la primera de las nombradas.

**TESIS DEL JUEZ:** A partir del hecho probado, el traslado de régimen pensional se efectuó el 23 de diciembre de 1999, acude al precedente de la CSJ-SL, sobre el deber de suministrar información necesaria y transparente.

Expone que, la expresión “libre y voluntaria” del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual sólo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De

esta forma, no se puede alegar que hubo una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener sobre sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho con una simple expresión genérica o el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación. De allí que, desde el inicio haya correspondido a las administradoras del fondo de pensión dar cuenta que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

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

Adicionalmente, frente a la excepción de prescripción, señala que la CSJSL ha mantenido reiteradamente la tesis que la acción de ineficacia entre regímenes pensionales es imprescriptible, bajo la premisa que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ellos. Por lo que niega esa excepción.

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

## **2.7. Recurso de apelación de PORVENIR S.A.**

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de Porvenir S.A., presentó recurso de apelación, para que se revoque la sentencia, con fundamento en los siguientes alegatos relevantes que se transcriben del audio:

*“Señor juez manifiesto que apelo la sentencia que se acaba de proferir, fundo la inconformidad en las siguientes razones: la sentencia que se*

impugnan hizo alusión a que la parte demandada en este caso, **el fondo inicial COLFONDOS no demostró dentro del proceso haber brindado la información veraz y suficiente** al señor Villanueva respecto de las incidencias que de tomar la decisión de trasladarse de régimen por lo cual la carga de la prueba de invierte y correspondía a la parte demandada acreditar fehacientemente con la prueba escrita de la asesoría brindada al momento del traslado de régimen por parte del señor demandante prueba que no obra dentro del sumario.

En cuanto a la vinculación del demandante al RAIS conviene advertir que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley, es decir, el de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad es libre y voluntaria por parte del afiliado quien manifestó pues su elección al momento de la vinculación al fondo privado, fundamentado lo anterior pues encontramos que **el señor Villanueva eligió de manera libre y voluntaria pues la administradora y el régimen pensional inicial que era COLFONDOS**, se presume que la vinculación al RAIS está precedida por el diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo que no fue acreditado dentro del proceso por parte de la entidad legitimada en este caso que era COLFONDOS no lo hizo, pero estos formularios vale la pena recalcar contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del decreto 692 de 1994 y corresponde a la reforma adaptada por la Superintendencia Financiera a través de las circulares 034 y 037 de 1994 de acuerdo a lo mencionado, no se encuentra pues un argumentación válida para considerar que dentro del proceso no se acreditó la información brindada al señor demandante y se habló de la inversión de la carga de la prueba, **considero que esta situación no cuenta con un respaldo legal o jurisprudencial alguno**, pues el artículo 83 de la Constitución Política consagra que se presupone un obrar de buena fe en las actuaciones de los particulares y el artículo 835 del Código de Comercio dice: “se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa quien alegue la mala fe o la culpa de otra persona, o afirme que esta conoció o debió haber conocido determinado hecho deberá probarlo”, **era entonces el demandante quien estaba obligado acreditar que la actuación de la AFP inicial no se había ajustado a tal parámetro legal** máxime cuando la jurisprudencia ha reiterado que la existencia de vicios en el consentimiento no se presume.

El fallo que se impugna en esta oportunidad ordena a mi representada PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los **gastos de administración y rendimientos financieros frente a lo cual también nos oponemos** por lo siguiente, el artículo 39 del decreto

656 de 1994 por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las AFP dice “que las comisiones constituyen ingresos de las sociedad que administren fondos de pensiones la comisiones de administración que tienen derecho” señalando taxativa los conceptos por los cuales pueden cobrar comisiones, los montos máximos y las condiciones de las comisiones las fija la Súper Intendencia Financiera, conforme a la normatividad ya expuesta los gastos de administración corresponden a las gestiones realizadas por PORVENIR para la inversión de las sumas de dinero del ahorrador pensional hoy demandante, en el mercado de valores lo cual genera unos **rendimientos financieros** que son depositados en cada una de las cuentas individuales se recalca que la inversión en el mercado de las AFP no es totalmente libre, si bien es cierto que la ley permite el lucro de la actividad relativamente se impone el deber de servicio público acorde a la responsabilidad social y empresarial que les asiste a los fondos entre ellos mi representada, así las cosas la declaratoria de la ineficacia del acto de traslado desconoce que el recurso o talento humano involucrado en las gestiones de hacer rendir los dineros de la cuenta pensional del demandante realizó una gestión optima y se desconoce igualmente un trabajo que remuneró pecuniariamente PORVERNIR de buen fe, devolver lo pagado por una trabajo **especializado que favorece en ultimas al afiliado demandante**, constituye una inequidad en contra de mi representada, por virtud del efecto retroactivo de la declaración judicial de la ineficacia en el presente asunto, la sentencia que hizo esta declaración que haga pues declaración de ineficacia **debe ordenar que las cosas regresen al estado en que se encontraba antes del otorgamiento del acto o contrato nulo y por lo tanto oficiosamente debe regular las prestaciones mutuas de los contratantes pues de lo contrario dicha sentencia** infringirá la ley por la inaplicación del artículo 1746 del Código Civil según pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en Casación Civil de abril 17 del 75, el fallo que se impugna no reconoce prestación alguna a favor de PORVENIR todo lo contrario señor juez, vemos de que aparte de desconocer la labor desplegada por los asesores de PORVENIR por la intermediación para que estos aportes generen altos rendimientos se ordena devolver estos gastos de administración desconociendo de tajo la labor o el trabajo especializado que desplegó PORVENIR.

Ahora bien, tenemos de que estos **gastos de comisión, gastos de administración** la sentencia **no explica de qué fecha a qué fecha** estos gastos deberían devolverse porque tenemos que el señor demandante estuvo afiliado a COLFONDOS desde el año 1999

posteriormente se trasladó a ING luego retornó a COLFONDOS, luego a PROTECCIÓN luego a BBVA HORIZONTE durante todos estos años también **se causaron gastos de administración** que cobraron dichos fondos que fueron ajenos a PORVENIR en ese orden de ideas **este fallo no es claro cuando dice que devolver gastos de administración.**

Igualmente se nos ordena la devolución de **los rendimientos financieros** es contradictorio con un fallo que declaró una ineficacia cuyo efecto es retrotraer al estado anterior como se encontraban las cosas, si el señor FABIO JOSÉ VILLANUEVA GALARZA hubiera permanecido en el régimen de prima media obviamente ahí no se hubieran generado los rendimientos que hizo producir su vinculación con PORVENIR, esos dineros pues obviamente no deberían de trasladarse al estado anterior porque sencillamente no existían los rendimientos financieros, COLPENSIONES no hace generar los rendimientos como lo hace en general los fondos privados”.

## **2.8. Recurso de apelación de COLPENSIONES:**

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de Colpensiones, presentó recurso de apelación, para que se revoque la sentencia, con fundamento en los siguientes alegatos que se transcriben del audio:

“La administradora también presenta recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de dictar en esta diligencia por cuanto como se manifestó en los alegatos de conclusión en este asunto de primera instancia la declaratoria de ineficacia del traslado solicitado por el actor atendiendo a lo expuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 máxime cuando **en el plenario no existe prueba de que se hubiese brindado una indebida asesoría por parte de los asesores de los fondos privados para que el actor se vinculara a la AFP,** por el contrario el material probatorio indica que la información que **el demandante recibió es veraz en efecto la prueba documental y el interrogatorio de parte absuelto por el actor,** indican que la información que el señor Fabio recibió es veraz pues se le indicó que se pensionaría con menor tiempo y con mayor garantía, **confesó que**

**recibía extractos mensuales que le permitirían conocer el monto de sus ahorros, cosa diferente es que él no los haya consultado** durante todo el tiempo que se le suministraron y si bien se aduce que no se le entregó una proyección futura de su pensión como para que él hiciera un comparativo al momento del traslado, esta es una circunstancia que pierde todo sustento si se tiene en cuenta que la fecha en que **el actor se traslado era imposible saber cuál era el IBC sobre el cual él iba a realizar las cotizaciones**, en ese sentido debe advertirse que por el hecho de no haberse efectuado **la proyección económica de la pensión al momento de la afiliación, este no es un aspecto que demuestre la falta de información**, pues teniendo en cuenta que la proyección económica se encuentra sujeta a variaciones de mercado la misma no puede ser exigible al momento de la vinculación al RAIS.

Lo que se extrae de la demanda y del interrogatorio absuelto por el actor es que la motivación que tuvo el señor Fabio para trasladarse de régimen **es meramente económica y concreta** el engaño y la falta de información en el monto de la pensión situación que todas luces es errada teniendo en cuenta que no alcanzar **las expectativas del afiliado no genera por si solo inducción a error o engaño**, por cuanto como lo confiesa la Corte Constitucional en su jurisprudencia en especial en la sentencia C 086 de 2002 la finalidad del Sistema General de Pensiones, es proteger las contingencias a los que están expuestos los afiliados, no así la de conservar el equilibrio cuota-prestación, bajo la premisa de que los afiliados no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada, de tal manera para esta defensa las pruebas de la demanda evidencia que la AFP no cumplió con el deber de información máxime cuando existen conductas del afiliado como la realización de los aportes y realización de múltiples traslados dentro del régimen RAIS que ratificar el querer o la voluntad del actor de pertenecer al RAIS como lo señaló la jurisprudencia de la misma Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de febrero de 2018 con ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Ahora bien, de otra parte se advierte que la interpretación del artículo 1604 del código civil que realiza la Corte Suprema en recientes fallos sobre el traslado de régimen, hacen que la responsabilidad en cabeza de los fondos **se convierta en objetiva**, que significa que sea

objetiva, que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño, pero en estos asuntos esto no puede aplicarse teniendo en cuenta que acá hay omisiones de los afiliados que no se tuvieron en cuenta y que tampoco la Corte trae a colación en los recientes fallos de ineficacia del traslado como es el Decreto 2241 del 2010 **y que contiene omisiones y obligaciones de los afiliados que hace que el daño entonces no se exclusivo de la AFP.** El Decreto 2241 de 2010 que acabe de mencionar pues el régimen de protección al consumidor financiero y este decreto en su artículo 4 establece **unos deberes y obligaciones de los consumidores financieros entre ellos el numeral 1,3 y en el 5,** dice que los afiliados deben informarse adecuadamente del Sistema General de Pensiones, también deben emplear la adecuada atención al momento de tomar decisiones como son entre otras cosas la afiliación o el traslado de administradoras al régimen y también, debe leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como diligenciar y firmar los mismo y cualquier otro documento que se requiera dentro del sistema general de pensiones. En el numeral 5 de ese artículo 4 dice el Decreto que el silencio se entera como la toma de una decisión consiente con los efectos legales con todas sus restricciones y demás que ello conlleve, entonces al analizar ese artículo 4 es claro que existen unos deberes mínimos para el afiliado al sistema general de pensiones resaltando que ese silencio en el trascurso del tiempo se equipara a una decisión consciente de los efectos legales de pertenecer a un determinado régimen pensional en tanto existen unos efectos y unas consecuencias por el silencio como por la omisión.

**Se reitera entonces que estos deberes del afiliado** pues no fueron traídos a colación en la jurisprudencia o fallos reciente de la Corte Suprema de Justicia por lo tanto no se debe, consideramos que no está bien invertir la carga de la prueba como se ha hecho en estos asuntos, porque por ejemplo en este asunto es claro que el señor Fabio no atendió los deberes legales que están contenidos además en esta disposición especial entonces no es procedente imponer la carga probatoria solo en los fondos pues así se establece un tipo de responsabilidad objetiva que favorece la inercia probatoria del extremo actor que suelen presentarse en estos procesos sin realizar el mínimo esfuerzo probatorio y entonces se altera la lógica probatoria de la que se refiere la Honorable Corte Constitucional en

la sentencia 086 de 2016 donde la Corte señaló “imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba y no de una manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la ley 1564 de 2012 significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el legislador, para que en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez”.

Entonces lo que queremos manifestar es que si se va imponer la **dinámica de la prueba, pues tampoco eso significa que la parte demandante pueda llegar al proceso sin ningún tipo de prueba** como lo están haciendo entonces por lo que se complica muchísimo más para todas las partes y en especial para COLPENSIONES la determinación de la responsabilidad o de si se hizo o no en debida forma.

Se resalta entonces finalmente que este recurso de alzada se presenta a efectos de evitar que COLPENSIONES colapse financiera, pues aunque la AFP traslade la totalidad de los aportes y los gastos de administración dicha situación sin lugar a dudas vulnera el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, cosa que agrada el artículo 48 de la Constitución y además pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás colombianos teniendo en cuenta que estos proceso sin duda están llevando a la declaratoria de ineficacia y a reconocimientos de pensiones que ya están causadas por parte de COLPENSIONES que son abundantes en todo el país.

Igualmente se pone de presente que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de traslados en la sentencia C 1024 DE 2004 y SU 064 de 2010 indican que nadie puede ser subsidiado a costa de recursos ahorrados de manera obligatoria por parte de los otros afiliados a este esquema dado que el régimen subsidiado de primera media con prestación definida se descapitalizaría de manera que la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia en materia de nulidad o inexistencia de traslado entre regímenes pensionales desconoce este principios de rango constitucional que representa la garantía del derecho fundamental de la pensión de los colombianos, de manera sostenida e indefinida porque genera como

*repito una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación e instrucción de los recursos del sistema pensional al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa a la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de sus casos no está presupuestado, en la medida que surjan de manera contingente a la declaración judicial respectiva, lo anterior pues sin dejar de mencionar que en estos asuntos COLPENSIONES es un tercero de buena fe que no participó en el traslado que en su momento efectuó la actor en tanto la obligación para mi representada surge a partir de la ley 1748 de 2014 con la doble asesoría.*

*Por lo tanto, solicitamos al honorable Tribunal revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a COLPENSIONES de las condenas.”*

### **3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

En firme el auto que admitió los recursos de apelación propuestos por Porvenir S.A. y Colpensiones, además del trámite jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, frente al fallo que puso fin a la primera instancia, se dio traslado a las partes para alegar por escrito, por el término de cinco (5) días a cada una, conforme lo dispuesto el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

**La apoderada judicial de Porvenir S.A.**, solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que el señor Fabio José Villanueva a eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer, procediendo el diligenciamiento del formulario de afiliación respectivo, que contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y corresponde a la proforma adoptada por la Superintendencia Financiera a través de las Circulares 034 y 037 de 1994.

Agrega que no es procedente trasladar los gastos de

administración como lo ordenó el Juez de instancia, pues estos corresponden a las gestiones realizadas por la demandada.

**La apoderada judicial de Protección S.A.**, solicitó la revocatoria de la sentencia, bajo el argumento que no presenta aportes pendientes por devolver por parte de la AFP Protección S.A. por no encontrarse activa como afiliado a ese fondo de pensiones, por lo anterior, la afiliación del demandante a Protección hoy no existe.

Agrega que el traslado se efectuó conforme a los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia, remitiendo a la AFP Porvenir, los dineros correspondientes a la cuenta de ahorro individual, por lo tanto, el demandante no presenta aportes pendientes por devolver por parte de la AFP Protección S.A.

**La apoderada Judicial de Colpensiones**, solicita revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la entidad, bajo el argumento que en el presente asunto no es procedente declarar la ineficacia o nulidad del traslado, en virtud que 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.

**La parte demandante Fabio José Villanueva**, pese a estar debidamente notificado, prefirió guardar silencio.

#### **4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES**

**COMPETENCIA:** En virtud a que la providencia de primera instancia fue apelada por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, quienes integran la parte demandada, 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 los recursos de 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 el presunto 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.

## **5. ASUNTOS POR RESOLVER**

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

**5.1.** En respuesta a los recursos de apelación propuestos tanto por la AFP Porvenir S.A. como por Colpensiones, se estudiará:

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

**5.2.** De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta a los demás argumentos expuestos en el recurso de apelación de Porvenir S.A., se debe resolver:

*¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones que se hallen en la cuenta de ahorro individual del actor, también traslade a Colpensiones los gastos de administración y rendimientos financieros?*

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

## **6. RESPUESTA AL PRIMER TEMA SOBRE EL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES:**

**Tesis de la Sala:** La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia de los traslados del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada, porque la administradora de pensiones Colfondos S.A. en el año 1999, y Porvenir en el año 2006, incumplieron con el deber legal del suministro de la información al demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto los efectos positivos y negativos que acarrearía el cambio de régimen pensional, al cual estaban obligadas en el momento del traslado, como se explicará más adelante.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

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

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

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

En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *“un fondo común de naturaleza pública”*, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley<sup>1</sup>. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

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

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

***“Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:***

*(... ...)*

***“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto***

---

<sup>1</sup> Ley 100 de 1993, Artículo 32.

***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”.*

**6.5.** A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 1995, se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

**“Artículo 72. Reglas de conducta de los administradores.** *Los administradores de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales, absteniéndose de las siguientes conductas:*

*(... ...)*

**f. Abstenerse de dar la información que a juicio del Superintendente Bancario, deba obtener el público para conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos. (... ...)**

**6.6.** Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, se disponen las sanciones, en el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o cuando **“El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa... ...**

Y, además, expresamente se dispone que

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

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

**6.8.** Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber del suministro de la información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse entre otras en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019.

En reciente sentencia CSJ SL1452-2019, la CSJ Sala Laboral se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

*(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -*

artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

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

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

Así lo consigna en la sentencia reciente del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, cuando, luego de CASAR la sentencia del Tribunal, profiere la sentencia de instancia:

*“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa.*

*La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018). ]*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo),*

*pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*[3: El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que «No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca» el mínimo de derechos laborales.][4: Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 «Estatuto del Consumidor», privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores. ][5: De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva".]*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de*

*saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.*

Esta línea viene siendo reiterada, entre otras, la más reciente del 03 de julio de 2019, SL2422-2019.

## **6.10. HECHOS PROBADOS RELEVANTES:**

Del examen de los medios de prueba documentales más relevantes, aportados por las partes y ordenados como pruebas, sin tachas, se obtienen los siguientes hechos probados:

**6.10.1.** De conformidad con el certificado de ASOFONDOS, visto a folio 118 del expediente digital, se desprende que el demandante se trasladó en diciembre de 1999, de Colpensiones a Colfondos. Luego se trasladó a la AFP ING en agosto de 2002, después a Colfondos en agosto de 2005, a la AFP Horizonte en julio de 2006, y finalmente a la AFP Porvenir en enero de 2014.

**6.10.2.** De acuerdo con el reporte de semanas cotizadas en pensiones al ISS, hoy COLPENSIONES, anexo con el expediente digital, el señor Fabio José Villanueva aparece afiliado al entonces ISS, desde el 15 de diciembre de 1978 hasta el 16 de noviembre de 1988, cotizando un total de 491 semanas durante ese período, siendo su estado de afiliación actual: TRASLADADO.

Es decir, el reporte anterior demuestra que el actor antes de trasladarse al RAIS estuvo afiliado al RPM administrado por el extinto ISS; tal como el demandante lo expuso en su interrogatorio de parte.

En el interrogatorio de parte, el demandante sostiene que la AFP, dio una información muy genérica y sin precisión a cada uno de los trabajadores de la Rama Judicial que para la época se trasladaron.

## **CONCLUSIONES:**

**1.** Probado está que el demandante estuvo afiliado y cotizando para pensiones en el extinto ISS, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Bajo estas normativas, el actor se encontraba afiliado al RPM desde diciembre de 1978, hasta su traslado al RAIS en diciembre de 1999 por intermedio de la AFP Colfondos.

**2.** Del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala encuentra que las pasivas, en especial Colfondos y Porvenir no demostraron en el proceso que sus propios asesores, le hubiesen dado a conocer al actor en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que el demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable.

En este punto, no se comparte lo sostenido en la apelación por Colpensiones, pues el actor en su interrogatorio sostuvo que la capacitación fue general y no especializada, ya que si se le explica desde el principio el manejo de la cuenta individual, que los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado, los factores que inciden en el monto de la pensión, la persona tiene una información precisa, con la cual puede deducir si acepta, o no, el traslado.

**3.** La consecuencia jurídica de la falta de prueba del cumplimiento de este deber legal de la entrega de la debida información es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en recientes providencias, entre otras, la citada.

Con la sola manifestación pre-impresa en el formulario de afiliación, no se cumple con el requisito legal del suministro de información, dado que la sola firma no constituye prueba idónea del cumplimiento de este deber legal de las AFP.

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

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

**7. RESPUESTA AL TEMA APELADO POR PORVENIR, SOBRE LA ORDEN DE TRASLADAR A COLPENSIONES LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:**

**La Sala no acoge los argumentos de la apelación de Porvenir**, dado que, con la declaratoria de ineficacia del acto de traslado entre los dos regímenes pensionales, las cosas retornan al estado anterior, como si tal negocio de traslado no se hubiera realizado, por lo tanto, contrario a lo alegado por la apoderada de Porvenir, si procede ordenar las restituciones, tanto del capital, como de los rendimientos obtenidos en favor del afiliado, porque se trata de los frutos que por mandato legal, son de propiedad del afiliado.

Además, en punto a la petición para que se revoque la orden de la devolución de las cuotas de administración de la cuenta individual, la Sala considera que no procede, acogiendo la línea jurisprudencial pacífica sobre el tema, expuesta por la CS-SL, con valor de doctrina probable, por su reiteración.

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

**7.1.** De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones o aportes para pensiones y sus respectivos rendimientos financieros.

**7.2.** A su turno, según el literal a) del artículo 60 de la misma ley, el reconocimiento y pago de las prestaciones que contempla el RAIS, dependerá del capital que se obtenga de la sumatoria de los aportes de los afiliados y empleadores, más los **rendimientos financieros** obtenidos, que conforman la cuenta individual del afiliado, manejada por la Administradora, como lo dispone el literal b) de la misma normativa, pero bajo la naturaleza jurídica de un patrimonio autónomo del afiliado, como lo define el literal d) del mencionado artículo 60.

**7.3.** Conforme con estos parámetros legales, existe suficiente claridad, al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, éste es el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución del capital existente en la cuenta individual, se entienda incluidos los rendimientos financieros, pues el dueño de lo principal, también lo será de lo accesorio, tal cual está previsto en el literal a) del citado artículo 60.

**7.4.** En relación con la queja del apoderado de Porvenir, por la orden de devolución de las sumas cobradas por la administración de la cuenta individual, no tiene vocación de

prosperidad, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada en reciente providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, al afirmar:

*“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga [a] las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”.*

Conforme a esta línea, 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 el recurrente.

Por otra parte, no se comparte lo sostenido por Porvenir, cuando indica que se debe determinar las fechas en que se deben devolver los gastos de administración, en tanto, al declarar la ineficacia de la afiliación, genera un retroceso, como si no hubiere nacido a la vida jurídica, y por ello sería en todo el tiempo afiliado al RAIS, sin perjuicio que esta entidad repita contra las demás AFP, si considera pertinente.

Además de lo expuesto, la Sala estima necesario ejercer las facultades constitucionales y legales para garantizar al actor 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 el segundo inciso del ordinal PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia apelada, con el fin de evitar a futuro alguna conducta renuente de parte de la demandada Colpensiones, de recibir

tales bienes.

En consecuencia, se ordena adicionar el ordinal PRIMERO de la sentencia apelada y consultada, con un tercer inciso, en el sentido de ordenar a Colpensiones que reciba todos los bienes ordenados en el ordinal PRIMERO.

## **8. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, EN SEDE DE CONSULTA:**

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verificará si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del ARTÍCULO 151 DEL CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado en el año 1999.

**La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción,** como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la ineficacia del acto de traslado al RAIS, de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

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

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

**por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)”.**

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

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por Porvenir S.A. y Colpensiones, en tanto el afiliado puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en cualquier momento para solicitar la declaración de ineficacia de la afiliación, y se defina en que régimen pensional se encuentra afiliado.

## **9.- COSTAS.**

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

El Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, en la oportunidad procesal.

## **10. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL PRIMERO** de la sentencia proferida el diecinueve (19) de junio del año dos mil veinte (2020) por el **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL**

**CIRCUITO DE POPAYÁN (CAUCA)**, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia, con un **TERCER INCISO**, en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** reciba de manos de **PORVENIR S.A.**, los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, ordenados en el **ORDINAL PRIMERO**.

Se **confirma** en lo demás.

**SEGUNDO: SE CONDENA EN COSTAS** de segunda instancia a Porvenir S.A. y Colpensiones, y a favor del demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

**TERCERO:** La presente sentencia queda notificada a las partes **POR ESTADO ELECTRÓNICO**, con inserción de la copia de la 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



**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA**