

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



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

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

Popayán, veintiocho (28) de junio de dos mil veintiuno (2021)

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>ONEIRA SILVA CHILITO</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES</b> <b>2. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.</b>
<b>RADICADO N°</b>	<b>19-001-31-05-003-2019-00140-01.</b>
<b>INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA.</b>
<b>TEMA</b>	<b>TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - NULIDAD del traslado del RPM al RAIS - PRESCRIPCIÓN.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>SE CONFIRMA Y ADICIONA LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA.</b>

**1. ASUNTO A TRATAR:**

Agotadas las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, de conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, integrada por los Magistrados que firman, 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 el apoderado judicial de la demandada COLPENSIONES y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de la misma entidad, frente a la Sentencia No. 037, proferida en primera instancia el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020), por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL de la referencia.

## **2. ANTECEDENTES**

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

Pretende la demandante: **(i) se declare la nulidad** del traslado al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A; **(ii) declarar y condenar** a PORVENIR S.A. debe asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez de la actora, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; **(iii) declarar y condenar** a PORVENIR S.A. debe trasladar a la administradora del régimen de prima media los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con los rendimientos que se hubieren causado; consecuentemente; **(iv)** se condene en costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso. (Folios 21 a 45, cuaderno digital de primera instancia).

Como **fundamentos fácticos**, señala que se trasladó al fondo de pensiones PORVENIR S.A. desde el mes de noviembre de 1995 y con antelación se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Departamental del Cauca, hoy liquidada, en el sector público, desde el mes de julio de 1984.

Agregó que los promotores de PORVENIR S.A. omitieron informar que el monto de la pensión estimada era de carácter relativo y no absoluto, y que se incumplió la obligación de suministrar información adecuada, suficiente y cierta, de tal manera que la decisión adoptada hubiera sido libre y espontánea.

Por último, señaló que la mesada pensional proyectada para el año 2019 es inferior a la que tendría, si estuviera en el régimen de prima media con prestación definida, al cumplimiento de los 57 años de edad, situación que a su juicio denota el engaño del que fue objeto.

## **2.2. 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**, con fundamento en que la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo precedido de información clara y una asesoría integral respecto de las implicaciones de su decisión.

Que la actora ha venido recibiendo rendimientos por sus aportes y que, al ser condenada en dichos emolumentos, se estaría causando un empobrecimiento al patrimonio de PORVENIR y un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante.

Las excepciones de mérito que formuló fueron: “Prescripción”, “falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas”, “buena fe”, “inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación”, “prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo”, “innominada o genérica”, “inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones” y “debida asesoría del fondo”.

### **2.3. Contestación de COLPENSIONES:**

Colpensiones, a través de su apoderado judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, sostuvo que ninguna de las pruebas aportadas, denotan vulneración del derecho del trabajador a escoger libremente el régimen que gobierna su prestación; e indicó que la demandante se encuentra vinculada al régimen de ahorro individual desde el mes de noviembre de 1995 y ya cumple con el requisito de la edad para acceder a la prestación, por lo que no es viable el traslado de régimen.

Que, de declararse la nulidad del traslado de régimen, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de aportes para garantizar el financiamiento e incluyan los recursos de la cuenta de ahorro, cuotas abonadas, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración.

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” y “prescripción”.

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

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar sentencia dentro del presente asunto, en la cual: **Declaró** la ineficacia de la afiliación en pensiones de la demandante ONEIRA SILVA CHILITO, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., suscrita el 1 de noviembre de 1995. Como consecuencia de lo anterior, **declaró** que, para todos los efectos legales, la afiliada demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Condenó** a la demandada a Porvenir S.A. a efectuar el pago o traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, como administradora del Régimen de Prima Media, del total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante ONEIRA SILVA CHILITO obtenidos hasta la fecha en que se produzca la entrega de dicho capital a la administradora Colpensiones, junto con los bonos pensionales que hayan sido expedidos en su favor y que haya recibido. **Ordenó** a Colpensiones recibir los valores trasladados por Porvenir S.A., correspondientes a la demandante. **Declaró** no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones. y **Condenó** en costas a la demandada Porvenir S.A.

**TESIS DEL JUEZ:** Señaló como hechos probados que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en ese momento por el Departamento del Cauca, por medio de la Caja de Previsión Departamental, hoy liquidada, donde cotizó un total de 569 semanas, según documento expedido por porvenir, obrante a folios 10 a 17 del expediente; y que se afilió a la AFP PORVENIR,

a partir del 1 de noviembre de 1995 como consta en el mismo documento.

Hizo referencia a los criterios legales y jurisprudenciales en torno a la materia y concluyó que la presente acción no es susceptible del fenómeno prescriptivo.

Sostuvo que para la fecha en que se llevó a cabo el traslado al régimen de ahorro individual de la demandante, la AFP PORVENIR S.A., estaba obligada a entregar a la actora, previamente una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar, para que la misma tuviera la condición de ser libre y voluntaria, como lo exige la ley 100 de 1993; y que partiendo de lo afirmado por el extremo activo, se invirtió la carga de la prueba, correspondiendo al fondo demandado demostrar que sí se cumplió con esa obligación.

Acto seguido, se refirió a lo señalado en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, y argumentó que en este caso no se acreditó que la demandada hubiera suministrado una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar, razón por la cual el acto de afiliación se torna ineficaz, dejando sin efecto la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR, que fue materializada a partir del 1 de noviembre de 1995.

Por último, indicó que a pesar que la demandante no cotizó con anterioridad al ISS hoy COLPENSIONES, su retorno al régimen de prima media solo puede llevarse a cabo en esta última administradora, y condenó a PORVENIR a efectuar el pago o traslado a la administradora del régimen de prima media del total del capital y los rendimientos financieros obtenidos, hasta la fecha en que se produzca la entrega del mismo, junto con los bonos que se hubieren expedido en favor de la demandante, ordenándole a COLPENSIONES recibir dicho capital sin dilación alguna, despachando desfavorablemente las excepciones

propuestas por, las demandadas, y condenando en costas a PORVENIR S.A.

## **2.5. Recurso de apelación de COLPENSIONES**

Según la transcripción del audio:

*“Me permito interponer recurso de apelación para que el honorable Tribunal revise, modifique y revoque el numeral 3 de la sentencia impugnada, recurso que sustento en los siguientes términos.*

*Vale destacar señor juez que en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional el pago de una futura pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES a través del cual se garantiza el pago de la prestación de quienes tengan la calidad de pensionado con sustento de los aportes de los afiliados y sus rendimientos conforme al artículo 72 de la ley 100 de 1993 esto la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de los afiliados los cuales nutren el fondo público y por tanto justifica el reconocimiento de una futura pensión, en la medida de que la ineficacia del acto del cambio de régimen supone negarle efecto al traslado la situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió bien como lo manifestó el (salto), luego si la persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida ha de entenderse que este nunca se cambió al sistema privado de pensiones por lo tanto las condenas o la obligación que tiene la demandada PORVENIR es a la devolución total de los montos por ella recibidos es decir las cotizaciones, los rendimientos financieros, los gastos de administración y las respectivas cotizaciones tal cual como lo ha adoctrinado la sala de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 31989 del 9 de septiembre de 2008, la SL 4964 de 2018, SL 4989 del 2018, SL 1421 de 2019 y SL1688 de 2019 que los fondos privados deben trasladar a COLPENSIONES la*

*totalidad del capital ahorrado con los rendimientos financieros así mismo obliga que las entidad de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades pues estos recursos del nacimiento ineficaz han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*

*Con base en eso honorables Magistrados de forma respetuosa pido se modifique el numeral 3 de la sentencia recurrida para que PORVENIR sea condenado al pago total de los recursos percibidos de todas las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración que fue recibido mientras la actora permaneció afiliado a este fondo privado.”*

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

En la oportunidad procesal, se recibieron los siguientes alegatos de conclusión:

**El apoderado judicial de Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia en la cual se declaró la ineficacia del traslado y se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas con la contestación de la demanda, bajo el argumento que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado.

Que durante el debate probatorio no se logró demostrar que hubo una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado al momento de realizarse el traslado de régimen y posterior firma del formulario de afiliación, ya que del mismo interrogatorio de parte practicado a la demandante se logra colegir que se firmó de forma voluntaria y no se configuran los

elementos que permitan el retorno al régimen de prima media con prestación definida, y agrega que la ineficacia del traslado se basa en una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado y un supuesto engaño, y sin embargo, lo evidenciado es una variación en el monto pensional.

Argumentó que en el presente asunto no es procedente declarar la ineficacia del traslado, pues 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, y de conformidad con la carga dinámica de la prueba, la cual no se puede invertir en este asunto, le corresponde al demandante y no a la AFP demandada demostrar la asesoría.

Expuso que, a pesar de que los fondos privados trasladen a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – la totalidad de Cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual del actor, se genera una afectación al sistema pensional, pues nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico de las mismas.

**Los apoderados de las partes demandante y demandada PORVENIR S.A.**, pese a estar debidamente notificados, guardaron silencio.

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

**COMPETENCIA:** En virtud a que la providencia de primera

instancia fue apelada por COLPENSIONES, quien integra 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 el recurso 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 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.

## **5. ASUNTOS POR RESOLVER**

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

**5.1.** En sede de consulta, la Sala estudiará:

*¿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.?*

**5.2.** De ser procedente la declaración de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, en respuesta al tema sustentado en la apelación de COLPENSIONES, se pasa a resolver:

*¿Se ajusta al ordenamiento jurídico ordenar a Porvenir S.A., que además de las cotizaciones, rendimientos y bonos que se hallen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, también traslade a Colpensiones los gastos de administración descontados por la AFP PORVENIR?*

**5.3.** En sede de consulta, se estudiará también el tema de la excepción de prescripción alegada.

## **6. SOBRE LA DECLARACIÓN DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

**Tesis de la Sala:** La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, contenida en la sentencia objeto de consulta en este aspecto, porque la administradora de pensiones Porvenir S.A., incumplió con el deber legal del suministro de la información a la demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto los efectos positivos y negativos que acarreaba el cambio de régimen pensional, al cual estaba obligada en el momento del traslado, en el año 1995, 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

---

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

*“es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”.*

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

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

*(... ...)*

**“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”**

Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1995:

*c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones;*

La reglamentación del literal c del artículo 60 en cita anterior, aparece en las siguientes normativas:

Sobre la escogencia del régimen pensional, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, original, en lo relevante para resolver, regula que:

**“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.** *La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

*Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora”.*

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

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

*(... ...)*

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

**6.6.** Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, se 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 desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

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

Esta línea de pensamiento, con valor de doctrina probable, se reitera en reciente providencia de la CSJ-SL1440-2021.

**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 del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, 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 se reitera en la sentencia del 03 de julio de 2019, SL2422-2019 y sentencia CSJ-SL1440-2021.

## **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 acuerdo con la historia laboral consolidada de PORVENIR S.A., se constata que la demandante cuenta con cotizaciones realizadas en el régimen de prima media, por cuenta del empleador DEPARTAMENTO DEL CAUCA, teniendo como periodo inicial el 30 de julio de 1984 y como periodo final el 30 de junio de 1995 (folios 10 y siguientes, de los anexos de la demanda).

**6.10.2.** Está probado que la señora ONEIRA SILVA CHILITO, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., a partir del 1 de noviembre de 1995 y realizó cotizaciones desde la misma data a la mencionada administradora, de acuerdo a la respuesta de las demandadas al hecho primero del libelo introductorio, en armonía con lo consignado en historial de cotizaciones aportado a folios 10 y siguientes, de los anexos de la demanda y la relación histórica de movimientos PORVENIR, visible a folios 80 y siguientes.

## **CONCLUSIONES:**

**1.** Probado está, la demandante estuvo cotizando para pensiones por cuenta del DEPARTAMENTO DEL CAUCA, desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y bajo estas normativas, especialmente, el literal A del artículo 12 de la ley 100 de 1993, se considera que la demandante estuvo afiliada al RPM desde julio de 1984, data en que aparece la primera cotización realizada a su favor, hasta su traslado al RAIS en noviembre de 1995, por intermedio de la AFP Porvenir.

**2.** Del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala advierte que la pasiva

Porvenir, estando obligada, no demostró en el proceso que sus propios asesores le hubiesen dado a conocer a la demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, de las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que la demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable; ya que si se le explica desde el principio 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.

Lo anterior es un aspecto que se desprende también del mismo interrogatorio de parte de la demandante, del cual no se logra extraer confesión alguna y por el contrario, su dicho lleva a sustentar la tesis de que en efecto no existió un consentimiento suficientemente informado el momento de surtirse la afiliación a la AFP PORVENIR.

**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.

**4.** Por otro lado, y de conformidad con la Jurisprudencia de la SL de la CSJ, trasladarse entre las AFP del RAIS, no implica por sí solo el conocimiento de los beneficios y riesgos que tiene cada régimen pensional existente en Colombia.

**5.** Se resalta la obligación legal, en cabeza de la AFP, de asesorar y brindar información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen y el legislador consagra expresamente la consecuencia jurídica de la ineficacia de la afiliación, por el incumplimiento de tal obligación, en el literal b) del artículo 13, en concordancia con el artículo 271, ambos de la Ley 100 de 1993, en citas anteriores. En consecuencia, no resulta necesario verificar alguna de las causales de nulidad de los negocios jurídicos, entre otras, los vicios en el consentimiento.

**6.** Igualmente, es pertinente señalar que el hecho de la permanencia de la demandante por varios años en el RAIS, no es barrera para la declaratoria de ineficacia del traslado, simple y llanamente porque el acto o negocio jurídico del traslado de régimen pensional, siquiera nació al mundo jurídico.

**7.** Por último, la Sala advierte que la decisión de declarar la ineficacia del traslado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni del régimen de prima media, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones, serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas (CSJSL, sentencia SL2877-2020).

Además, con los recursos trasladados, que ingresan al fondo común administrado por la pasiva Colpensiones, se va a sufragar las mesadas pensionales en favor de la afiliada, cuando cumpla los requisitos legales, garantizándose así lo sostenibilidad financiera de dicho fondo.

Al tenor de todo lo expuesto, procede confirmar la sentencia de primera instancia.

## **7. RESPUESTA AL TEMA APELADO POR COLPENSIONES RELATIVO A LA PROCEDENCIA DE LA DEVOLUCIÓN DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:**

**Tesis de la sala:** Apunta a adicionar el numeral tercero de la sentencia apelada, a fin de ordenar a PORVENIR S.A. que también traslade a COLPENSIONES los gastos de administración, conforme a los argumentos que a continuación se exponen:

**7.1.** El recurso propuesto por COLPENSIONES va encaminado a que se condene a PORVENIR al pago total de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración que se recibieron mientras la actora permaneció afiliada a ese fondo privado.

Tal como se ordenó por el Juez de Primera Instancia, al declararse la ineficacia del traslado, procede ordenar las restituciones, tanto del capital, como de los bonos y rendimientos financieros obtenidos en favor de la afiliada, porque se trata de los frutos que por mandato legal, son de propiedad del afiliado; es decir, el juez acertó en cuanto estableció que Porvenir debe retornar a Colpensiones tales conceptos, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en este punto no se advierte la procedencia de la apelación propuesta.

No obstante, la sentencia apelada no profirió la condena atinente a la devolución de los gastos de administración de la cuenta individual, descontados por la AFP PROVENIR S.A. y que se enuncian dentro de los conceptos deprecados en el recurso de apelación.

**7.2.** 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.

**7.3.** 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.

**7.4.** 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 entiende 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.

Tal omisión, produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión de la actora y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

**7.5.** En punto a la devolución de las sumas cobradas por la administración de la cuenta individual, resulta procedente, por

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

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

En consecuencia, la orden emitida por el Juzgador de Primera Instancia, en el ordinal tercero de la sentencia apelada y consultada, se debe adicionar, para incluir la devolución de los gastos de administración por parte de la pasiva PORVENIR SA, a Colpensiones.

## **8. 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 1995.

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

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

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

**Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran**

**afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había 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 de la CSJ-SL del 01 de julio de 2020, Radicación n.º 67972, y SL1440-2021.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado accionado 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.

## **9.- COSTAS**

En aplicación del numeral 8º del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, no

procede la condena en costas en esta instancia, por tener vocación de prosperidad el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES.

## **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: SE ADICIONA el ordinal tercero** de la Sentencia Nro. 037 proferida en primera instancia el dieciséis (16) de diciembre del año dos mil veinte (2020), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la pasiva AFP PORVENIR S.A., la devolución y entrega a Colpensiones de los gastos de administración que fueron descontados de la cuenta individual de la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En lo demás, se **confirma la sentencia** por las razones expuestas anteriormente.

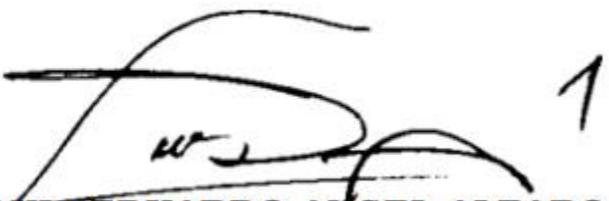
**SEGUNDO: SIN CONDENAR** en costas de segunda instancia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO**, con la inserción de la copia de la providencia, para conocimiento de los apoderados de las partes.

Los Magistrados:



**LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**



**LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO**



**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA**