

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Popayán Cauca, siete (07) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ROOSEVELT ANTONIO VANEGAS.
DEMANDADOS	1.ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES 2.PORVENIR S.A.
RADICADO N°	19-001-31-05-002-2019-00226-01.
INSTANCIA	APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA.
TEMA	TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL - NULIDAD del traslado del RPM al RAIS -PRESCRIPCIÓN.
DECISIÓN	SE REVOCA PARCIALMENTE Y ADICIONA LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA.

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 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 tres (03) de septiembre de dos mil veinte (2020), por el Juzgado Segundo 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., asumir con su propio patrimonio las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la Pensión de Vejez del demandante, por los gastos de administración que haya sufrido. **(iii)** Declarar y condenar a Porvenir S.A., a trasladar a la administradora del régimen de Prima Media con prestación definida, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales con los rendimientos que se hubieren causado. **(iv)** Declarar que COLPENSIONES debe recibir y aceptar al demandante como afiliado al régimen de prima media. **(v)** Se condene en costas y agencias en derecho como consecuencia del trámite del presente proceso. (Folios 20 a 28, cuaderno digital de primera instancia).

Como *fundamento facticos*, señala que, está afiliado a la AFP Horizonte, hoy Porvenir, desde el mes de julio de 1996, producto de un traslado que realizó del Régimen de prima media, administrado por el ISS, donde estuvo afiliado desde octubre de 1993.

Que el asesor comercial de Porvenir omitió información sobre la planeación financiera de su futuro pensional, y no le expuso que el monto de la pensión era de carácter relativo y no absoluto, que no realizó la proyección de la pensión, que no

entregó copia del texto del reglamento, así como los términos y condiciones del plan escogido, ni informó las ventajas y desventajas del sistema pensional escogido.

Que la última proyección realizada el 24 de septiembre de 2019, arroja una mesada pensional de \$1.112.000.00, y que al realizar una comparación entre la pensión que reconocería Porvenir con la de Colpensiones, arroja una diferencia de \$2.925.000, en favor de la pensión reconocida por el RPM.

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 vinculación del señor Roosevelt Antonio Vanegas a ese fondo fue efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión, por lo que no se produjo ningún vicio en el consentimiento que invalide el acto de traslado al RAIS.

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

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 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, 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 todas las pretensiones, por cuanto en dicho acto no se presentó ningún vicio en el consentimiento.

Además, indicó que al ser válido el traslado no hay lugar a la restitución de las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión por el demandando. También manifestó que solo procede el traslado de régimen cuando el afiliado haya permanecido como mínimo 5 años en el mismo, contando desde su afiliación y no le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión.

Formuló las siguientes excepciones de mérito: “Inexistencia de la obligación”, “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”, “buena fe”, “prescripción” e “innominada o genérica”.

2.4. Decisión de primera instancia

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día tres (03) de septiembre 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 del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que a partir del 26/06/1996, efectuara el señor Rossenvelt Antonio Vanegas Gómez a través de la AFP Porvenir S.A., ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Consecuencia de lo anterior, el señor Rossvelt Antonio Vanegas Gómez, conserva su derecho a permanecer en el régimen de

prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, y condenó a PORVENIR S.A. como ultima administradora a la que se efectuaron aportes, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado declarado ineficaz, tales como cotizaciones, bonos pensionales, si es del caso, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado.

Estos valores deberán ser recibidos por COLPENSIONES en razón a la ineficacia que se declara. Negó la excepción de prescripción y condenó en costas a Porvenir S.A.

TESIS DEL JUEZ: Afirmó que, ante la ausencia de prueba en el cumplimiento de la obligación de información clara y suficiente en la afiliación al régimen de ahorro individual que hicieran la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., efectuado en el año 1996, teniendo la obligación de hacerlo, hay lugar a declarar su ineficacia al tenor de lo dispuesto en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, sin que proceda la excepción de la prescripción de la acción, así como tampoco resulta aplicable lo dispuesto en el art. 1743 del Código Civil.

Se apoya en los recientes lineamientos de la jurisprudencia laboral de los traslados efectuados por los demandantes que deviene en ineficaz, es decir, nunca produjo efectos, siendo en este punto preciso recordar además que las disposiciones en materia laboral e incluso en la seguridad social constituyen un mínimo de derechos y garantías que se consagran en favor de los trabajadores y por tanto, al tenor de lo dispuesto en el art. 13 del C.S.T. no produce ningún efecto cualquier estipulación que desconozca ese mínimo.

2.5. 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, frente a dos puntos, es decir, respecto a devolver las sumas correspondientes a los gastos de administración y sumas adicionales, bajo el argumento que la vinculación al Sistema

General de Pensiones se realiza a través del formulario de vinculación, por medio del cual se hacen susceptible de derechos y obligaciones, y que en el formulario de vinculación se generó un contrato con el Sistema General de Pensiones y por ello, surgieron obligaciones recíprocas para ambas partes. En este cumplimiento contractual PORVENIR ha incurrido con los gastos de administración por más de 20 años, por lo tanto, la AFP no estaba lista para devolver ningunos de los dineros que ha destinado para los gastos de administración, ni para cubrir los seguros que amparan las contingencias de invalidez y muerte, como lo son las sumas adicionales.

Agrega que las condenas afectan el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, en tanto, se autoriza el traslado de personas que se encuentran dentro de las restricciones de ley, por lo tanto, las condiciones en las que sus dineros a través del Sistema General de Pensiones entran en cada uno de los regímenes, no van a tener la misma equivalencia de aportes.

2.5.2. Recurso de apelación de COLPENSIONES:

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de Colpensiones S.A., presentó recurso de apelación, para que se revoque la sentencia, frente a la orden dada de trasladar al demandante al régimen de prima media, en tanto, desconoció el precedente de la Corte Constitucional en darse de manera general por la presunta ignorancia de la ley por parte de los afiliados, para considerarlos como parte débil, en consecuencia legos o inexpertos desconociendo adicionalmente que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

Debe tenerse en cuenta que la parte demandante no debe ser considerada como una persona imposibilitada de tener un entendimiento mínimo o incapaz de realizar actividades orientadas a instruirse mejor e incompetente para aportar pruebas que expongan la existencia de un vicio del consentimiento.

Así mismo, el silencio en el transcurso del tiempo debe entenderse como una decisión consiente de permanecer en el régimen que seleccionó con documentos que obran en el expediente y que se puede establecer que fue de forma voluntaria y que permaneció afilado a dicho régimen por más de 20 años y cuando ya estuvo cerca de adquirir la pensión decide regresar a COLPENSIONES.

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.

El apoderado judicial de Colpensiones, dentro del término legal presentó sus alegatos de conclusión, en los que solicita se revoque la sentencia de primera instancia y absuelva 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.

No obstante lo anterior, solicitó se modifique y/o adicione el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A. que además de trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y bonos pensionales en caso de contar con ellos, también se ordene como valor a trasladar a mi representada, lo atinente a los gastos de administración debidamente indexados y las sumas adicionales de la aseguradora, pues estos valores de conformidad con la jurisprudencia actual de la H. Corte Suprema de Justicia sobre

el tema, hacen parte de los valores que la administradora debe devolver a la primera AFP como consecuencia de la ineficacia de la afiliación, dada la conducta indebida de dicha administradora al momento de efectuar el traslado del afiliado.

Por su parte, los apoderados judiciales de Roosevelt Antonio Vanegas y Porvenir S.A., pese a estar debidamente notificados guardaron silencio, de conformidad con la nota a despacho emanada por la Secretaria de esta Sala Laboral.

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, formula 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 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 a los demás argumentos expuestos en el recurso de apelación de Porvenir S.A.

¿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 gastos de administración y las sumas adicionales, o tal devolución es improcedente?

5.3. En sede de consulta se resuelve sobre la devolución de los gastos de administración de la cuenta individual, descontados por Porvenir SA, por la omisión de la condena en primera instancia.

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

6. RESPUESTA AL PRIMER TEMA SOBRE LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL

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 Porvenir S.A. en el año 1996, 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 acarrea 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 ley¹. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente

¹ Ley 100 de 1993, Artículo 32.

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 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.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. Conforme al hecho primero de la demanda, que fue confirmado por Colpensiones al contestar la demanda, queda probado por confesión, el actor se encontraba afiliado al ISS desde octubre de 1993.

6.10.2. Con la historia de cotizaciones aportada al proceso a folios 10 y siguientes de los anexos de la demanda, que conforma el expediente digital, aparece probado, el demandante está cotizando en la AFP Porvenir desde julio de 1996.

6.10.3. En el folio 115 de los anexos de la contestación de la demanda por la AFP PORVENIR, se adjunta la certificación de ASOFONDOS obtenida en el SIAFP, de la cual surge evidencia de una solicitud de traslado del régimen de prima media administrado por el ISS, hoy Colpensiones, a Horizonte, hoy Porvenir, realizada en junio de 1996.

CONCLUSIONES:

1. Probado está que el demandante estuvo afiliado y cotizando para pensiones en el extinto ISS, desde octubre de 1993, es decir, el actor se encontraba afiliado al RPM al momento de la solicitud de traslado al RAIS.

2. Del examen en conjunto de los medios de convicción documentales resaltados anteriormente, aportados con la demanda y su contestación, esta Sala encuentra que la pasiva Porvenir no demostró 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; 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 declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, proferida en la sentencia de primera instancia.

7. RESPUESTA AL SEGUNDO TEMA APELADO POR PORVENIR S.A. SOBRE LA OPOSICIÓN A LA ORDEN DEL TRASLADO A COLPENSIONES DE LAS SUMAS ADICIONALES Y LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.

Tesis de la Sala: En cuanto a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, se revocará la condena, porque solo opera como obligación para las aseguradoras con las que contrata el seguro colectivo para cubrir las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Las razones que apoyan esta tesis, son:

7.1. Las “sumas adicionales de la aseguradora”, se trata de un rubro que sólo opera como obligación para las aseguradoras con las que se contrata el seguro colectivo y de participación para sufragar las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

7.2. En efecto, los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993 prevén que las pensiones de invalidez y sobrevivientes se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional, si a este hubiere lugar, y la “suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión”. Esta mesada adicional, que señalan de manera expresa, se encuentra a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.

Así las cosas, es claro que, el rubro denominado sumas adicionales, solo tiene vigencia y operatividad en el evento en que se cumplan los requisitos contemplados para la causación y disfrute de las pensiones de invalidez y/o sobrevivientes; siempre que el capital y rendimientos, existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, no alcancen para sufragar este tipo de pensiones.

Es ésta la contingencia que protege la AFP con una aseguradora, a través de los seguros colectivos y de participación (artículo 108). En este caso, no se trata de determinar la causación y reconocimiento de una pensión de invalidez y/o sobrevivientes, por lo que no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP a Colpensiones las “sumas adicionales de la aseguradora”.

Así las cosas, se revocará parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar negar la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora.

7.3. En cuanto al rubro denominado “gastos de administración”, al cual se opone la parte apelante PORVENIR, no procede su estudio en sede de apelación, como quiera que este concepto no fue incluido dentro de las sumas de dinero que debe trasladar la AFP PORVENIR S.A. a COLPENSIONES y, por ende, pierde razón de ser su oposición.

8. RESPUESTA A LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, EN SEDE DE CONSULTA

La Sala considera procedente abordar este asunto en sede de consulta, al cumplirse los presupuestos jurídicos previstos en el artículo 69 del CPLSS, con las modificaciones introducidas por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, en primer lugar, porque en la sentencia apelada e impugnada, no se profirió la condena a la devolución de los gastos de administración de la cuenta individual, descontados por la AFP PROVENIR SA y de otra parte, con tal omisión se produce una desmejora en el capital que va a recibir Colpensiones para financiar la pensión del actor y de paso, se produce un desequilibrio en la estabilidad financiera de Colpensiones.

Las razones que apoya esta tesis, son:

8.1. En la primera pretensión condenatoria de la demanda, se pide en forma expresa la devolución de los gastos de administración, descontados por la AFP PORVENIR SA, que causan disminución o merma en el capital de la cuenta individual del actor.

8.2. Al examinar las órdenes emitidas en el fallo consultado, se puede advertir, el Juez de Instancia no condenó a la devolución de gastos de administración por parte de PORVENIR S.A., y, si bien tal dislate no fue apelado por Colpensiones, ni la parte demandante, sin embargo, por vía del grado jurisdiccional de consulta procede adicionar en este aspecto el fallo, dado que, la

finalidad de la consulta se dirige a examinar la decisión de primera instancia en la parte que le fue desfavorable a Colpensiones, y, como quiera, los gastos de administración forman parte del capital que debe ser trasladado por la AFP PORVENIR SA, con el cual se va a financiar la pensión del actor y en el evento de no trasladarse la totalidad del capital de la cuenta individual se produce un detrimento o desmejora a la AFP COLPENSIONES, porque ingresa al fondo común una suma inferior a los aportes que hubiera recibido, de no haberse producido el traslado, que al declararse ineficaz, trae consigo el retorno de la totalidad de las cotizaciones, incluidos los gastos de administración que se descontaron de esos aportes.

8.3. 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 sexto 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.

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

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 2000.

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

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

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

En la sentencia en mención, se afirma:

“Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de

declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.

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

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

Esta tesis ha sido reiterada en sentencias posteriores, la más reciente del 01 de julio de 2020, Radicación n.º 67972, de la CSJSL.

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

10.- COSTAS

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

Sin condena en costas a la parte apelante AFP Porvenir, ante la prosperidad parcial del recurso de apelación.

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

11. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal sexto de la Sentencia proferida en primera instancia el tres (03) de septiembre de dos mil veinte (2020), objeto de la presente impugnación y consulta, en relación con la condena allí impuesta para la devolución de los valores por concepto de “sumas adicionales de la aseguradora”, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SE ADICIONA el ordinal sexto de la Sentencia proferida en primera instancia el tres (03) de septiembre de dos mil veinte (2020), objeto de la presente impugnación y consulta, en el sentido de ORDENAR a la pasiva AFP PORVENIR SA la devolución y entrega a Colpensiones de los gastos de

administración que fueron descontados de la cuenta individual del actor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA a COLPENSIONES, a favor del demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

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

Los Magistrados:



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA