



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán  
Sala Laboral**

Magistrado Ponente:

**Luis Eduardo Angel Alfaro**

Junio veintitrés (23) de dos mil veintiuno (2021)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	19-001-31-05-003-2019-00021-01
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Tercero Laboral del Circuito de Popayán
<b>Demandante:</b>	Hever Fernando Meneses Molano
<b>Demandados:</b>	- Porvenir S.A. - Colpensiones
<b>Asunto:</b>	<b>Adiciona sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	046

**I. ASUNTO**

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones, contra la sentencia emitida el 02 de octubre de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán en el proceso ordinario laboral promovido por Hever Fernando Meneses Molano. También se atiende

el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

Procura el demandante que se DECLARE la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A.; consecuentemente que se CONDENE a esta entidad a asumir con su propio patrimonio, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de su pensión de vejez, por los gastos de administración en que hubiere incurrido; a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados y a pagar las costas procesales.

### **2. Contestaciones de la demanda**

#### **2.1. Colpensiones**

Al contestar el libelo introductorio, se opone a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que el pretendido traslado es improcedente bajo la egida que de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que prevé que los afiliados al Sistema General de

Pensiones sólo podrán trasladarse de régimen cuando hayan permanecido como mínimo 5 años en el mismo, contando desde su afiliación y no le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión y que en este caso el actor se encuentra vinculado al RAIS desde el 28 de junio de 1995 y ya cumple con el requisito de la edad para acceder a la prestación. Propuso las excepciones de fondo de: *"INEXISTENCIA DE VICIO 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"*.

## **2.2. Porvenir S.A.**

En respuesta a lo demandado en su contra, se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó *–en síntesis–* que el actor realizó el traslado del régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la AFP Porvenir, el día 28 de junio de 1995, de manera libre y espontánea, luego de recibir asesoría por parte de la entidad respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal como consta en el formulario de afiliación. Formuló como excepciones de fondo las de: *"PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN"*, *"LA VOLUNTAD DE LA HOY DEMANDANTE (sic) DENOTA EL COMPROMISO SERIO DE PERTENECER AL RAIS CONVALIDADNDO O SANEANDO EL PRESUNTO VICIO ALEGADO"*, *"FALTA DE CAUSA PARA PEDIR"*, *"BUENA FE"*, *"GENERICA"*, *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*, *"PORVENIR NO PUEDE SER COMPELIDO AL RECONOCIMIENTO DE MERMAS O DETERIORO DEL BIEN ADMINISTRADO"*, *"ASESORIA PENSIAONAL DEL*

*ADMINISTRADO"; y, "AFECTACIÓN DE LA ESTABILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA EN CASO DE ACCEDER AL TRASLADO".*

### **3. Decisión de primera instancia**

**3.1.** El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 02 de octubre de 2020, en la que declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad suscrita el 28 de junio de 1995 por el demandante, que para todos los efectos legales, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, el total del capital y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del actor, obtenidos, hasta la fecha en que se produzca la entrega del mismo, junto con los bonos pensionales expedidos en su favor y que haya recibido; y, ordenó a Colpensiones, recibir sin dilación alguna, los valores trasladados. Declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas y condenó en costas a Porvenir S.A.

**3.2.** Para adoptar tal determinación, luego de manifestar su acogimiento a los precedentes contenidos en la jurisprudencia especializada y los pronunciamientos de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán, precisó que en este caso para la fecha en que el demandante suscribió el formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual, la administradora Porvenir S.A., estaba obligada a entregar al actor previamente una información clara y precisa de los aspectos favorables o desfavorables de la decisión a tomar, para que tuviera la condición de ser libre y voluntaria, como lo ordena el artículo 13 de la ley 100 de 1993, y que al negar el promotor del proceso que la misma le

fue suministrada, la carga de la prueba se invirtió correspondiéndole al fondo demandado demostrar lo contrario, lo cual no se logró, en tanto solo aportó como prueba la firma del formulario por parte del demandante, de lo cual no es prueba idónea del cumplimiento de la obligación, por lo que se genera la consecuencia jurídica vertida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en el sentido de quedar sin efecto la afiliación del demandante a Porvenir S.A.

Apoyándose en criterios de la jurisprudencia especializada, concluyó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y los derechos que nacen de ella tienen igual connotación pues forman parte de los derechos irrenunciables a la seguridad social

#### **4. Las apelaciones**

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones formularon recursos de apelación.

##### **4.1. Apelación Porvenir S.A.**

4.1.1. Arguye que la selección de cualquiera de los regímenes pensionales, es libre y voluntaria, que en el *sub lite*, el traslado se realizó con la suscripción de la solicitud de afiliación a la AFP, el cual fue elegido por el actor de manera libre y voluntaria, así como la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer. Para ello, suscribió el formulario de afiliación que contiene los requisitos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y la forma adaptada por la Superintendencia Financiera en Circulares 034 y 037 de

1994. En este contexto, resalta que no se encuentra una argumentación válida para considerar que no existe prueba verás y suficiente con la cual Porvenir acreditara haber informado al afiliado sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional.

4.1.2. Frente a la inversión de la carga de la prueba, señala que el artículo 83 de la Carta Política presume un obrar de buena fe en las actuaciones de los particulares, situación que igualmente está reglada en el artículo 835 del Código de Comercio. Por tanto, era al actor a quien correspondía acreditar que la actuación de esa AFP no estaba ajustada al parámetro legal.

4.1.3. Agrega que en el fallo apelado se ordenó trasladar los rendimientos financieros, pero no obstante, la declaratoria de ineficacia conlleva a retrotraer las cosas a su estado anterior, en consecuencia, nunca existieron los rendimientos aludidos, siendo jurídicamente ineficaces. Aduce que dichos conceptos son propios del RAIS y no del RPM, por ende, se debe ordenar que las cosas regresen al estado en que se encontraban antes del otorgamiento del acto o contrato nulo; que, así las cosas, se debe regular oficiosamente las prestaciones mutuas de los contratantes, pues de lo contrario, dicha sentencia infringirá la ley por la inaplicación del artículo 1746 del Código Civil.

## **4.2. Apelación Colpensiones**

4.2.1. Manifiesta que en este asunto no se demostró que la AFP no le hubiera brindado la debida asesoría al demandante; que no se tuvo en cuenta que para el año 1995 no le era exigible a los fondos privados documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de

afiliación, por lo que la carga de la prueba que la jurisprudencia ha impuesto frente a la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación y analizarse de conformidad con la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario, pues lo contrario implicaría imponer a las administradoras cargas no previstas en el ordenamiento jurídico, máxime, cuando es sólo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 que surge la obligación de la doble asesoría, y por ende, el deber de efectuar el paragón al que alude la CSJ en su jurisprudencia, de ahí que en su momento, las administradoras no hayan optado por constituir soportes documentales diferentes al formulario de afiliación, siendo prueba de ello, que en ninguno de los procesos que de la misma naturaleza se han adelantado, se hayan aportados pruebas diferentes al formulario; y, agrega que si la ley no les exigía otros documentos como soportes de asesorías mal podría ahora 23 años después, exigírseles pruebas diferentes al formulario, que la falta de otros soportes para la época en la cual ocurrió el traslado del demandante no constituye en modo alguno incumplimiento del fondo respecto de su deber de asesoría.

4.2.2. Respecto de la carga de la prueba, dice ser totalmente desproporcionada y no puede aplicarse en este tipo de procesos, pues existen en cabeza de los afiliados al SGP una serie de deberes y obligaciones que tiene consecuencias jurídicas, especialmente, cuando se relacionan con el traslado entre regímenes o fondos. Adujó que el Decreto 2241 de 2010 contempla en su artículo 4° unos deberes que son exigibles a la demandante, especialmente la previsión del numeral 5°, conforme a la que el silencio en el transcurso del tiempo se equipara a una decisión consciente de los efectos legales de permanecer en un régimen pensional, máxime en este asunto donde quedó evidenciado

que el demandante en estos 23 años no procuró información sobre su situación pensional y tampoco retorno al Instituto de Seguros Sociales o Colpensiones, pese a haberse enterado que el mismo continuo y no se liquidó.

4.2.4. Aduce que, de ser confirmada la sentencia de primera instancia, solicita se modifique y adicione el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia en el sentido de ordenar a Porvenir que se incluya dentro de los valores a trasladar lo atinente a las sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, y los gastos de administración debidamente indexados., pues estos de acuerdo con la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hacen parte de los valores que la AFP debe trasladar a Colpensiones como consecuencia de la ineficacia de la afiliación.

## **5. Trámite de segunda instancia**

### **5.1. Alegatos de conclusión**

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, se pronunciaron de la siguiente manera:

#### **5.1.1. Colpensiones:**

En sus alegaciones, insiste que el juez de instancia adoptó la decisión sin tener en cuenta que para época de afiliación (año 1995), no les era

---

<sup>1</sup> "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica".

exigibles a los fondos privados documentar las asesorías a sus afiliados por fuera del formulario de afiliación, que esta es una carga que la jurisprudencia impuso, por lo que la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado. Seguidamente, aduce que la tesis de la Corte Suprema de Justicia, que ha tornado ilimitada en el tiempo la posibilidad de retornar al régimen que a última hora mejor resulte a los intereses del afiliados, además de transgredir el principio constitucional de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la carta política termina concediéndoles beneficios a estos afiliados que nunca participaron del mismo, y le impone a COLPENSIONES la carga económica de aceptar a portas de adquirir el derecho prestacional a estas personas, sin tener en cuenta que si eventualmente existió una falta de asesoría u omisión en la información para el traslado por parte de la AFP, es éste fondo quien debe asumir patrimonialmente las consecuencias de tales omisiones y no COLPENSIONES.

Finalmente reprodujo el reparo efectuado en su alzada, en el sentido que de ser confirmada la sentencia se adicione el numeral tercero de ordenando el traslado de los gastos de administración debidamente indexados y las sumas adicionales de la aseguradora.

#### **5.1.2. Porvenir S.A.**

En uso del derecho a formular alegaciones, trajo en reproducción los mismos argumentos que soportaron la alzada, en lo relativo a la elección en forma libre y voluntaria del régimen pensional al que

deseaba pertenecer, diligenciando el formulario de afiliación que contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 del 94 y corresponde a la forma adoptada por la Superintendencia Financiera según las circulares 34 y 37 del 94; que conforme a estas normas, no se encuentra una argumentación válida para considerar que no existe prueba veraz y suficiente de que Porvenir acreditó haber informado al afiliado sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional. Asimismo, replico que rendimientos no deben ser trasladados, pues estos son propios del régimen individual

#### **5.1.3. De la demandante.**

De manera concreta aduce que ratifica los hechos de la primera instancia.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **1. Consonancia**

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de los recursos, sin perjuicio de las previsiones consignadas en la sentencia C 968 de 2003 promulgada por la Corte Constitucional.

#### **2. Legitimación en la causa**

Frente a este tópico debe señalarse que le asiste a la parte actora legitimación por activa en tanto es la persona que se trasladó al Régimen de Ahorro individual cuya ineficacia se pretende.

De otro lado, a Porvenir S.A. le asiste legitimación en la causa por pasiva, por ser la entidad administradora que efectuó la afiliación que es objeto de reproche.

Frente a Colpensiones, debe indicarse que, de conformidad con el certificado que obra a folio 12 del cuaderno digital se constata que el actor estuvo afiliado al Régimen de Prima Media y cotizó un total de 268 semanas en Colpensiones (antes I.S.S.), del igual manera este hecho se extracta del reporte expedido por Colfondos, visible a folio 97 del expediente digital, en cuanto al indicar lo atinente al traslado de régimen del actor, señala que se efectuó el 28 de junio de 1995, de la AFP Colpensiones a la AFP Porvenir. Por tal razón, le asiste legitimación en la causa por pasiva, al ser la entidad que asumió la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012, por el cual se suprimió y ordenó la liquidación del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S.

### **3. Problemas jurídicos**

Corresponde a la Sala establecer si:

3.1. ¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

3.2. Si lo anterior resulta positivo, conjuntamente se definirá si: ¿Es procedente el traslado de los rendimientos financieros a Colpensiones? Y ¿Debió el A quo ordenar a Porvenir S.A. que, en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, traslade a Colpensiones, además del capital los gastos de administración y sumas adicionales?

3.3. ¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

#### **4. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.**

##### **4.1. Respuesta al primer problema jurídico.**

4.1.1. Previo a dilucidar si en este caso fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conviene puntualizar que, de la forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral que trajo consigo la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que éste trajo consigo, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

4.1.2. Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que,

cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

4.1.3. Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994 ya comentado, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno, tanto así que es el mismo legislador el que de manera expresa ha señalado cuales son los requisitos necesarios para la existencia del negocio jurídico.

4.1.4. En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y entre las más recientes están la SL19447 – 2017, SL 4964 -2018, SL 4689-2018, SL1452-2019 y SL1421-2019 de 10 de abril de 2019 - señala que, la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

4.1.5. Y en esa dirección, ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

4.1.6. En esa línea de pensamiento, en sentencia CSJ SL1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 1748 de 2014, sobre lo cual se concluyó que, este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

4.1.7. Adicionalmente, se apuntó en dicha sentencia que *«el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente»* y que el acto de traslado *«debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado»*.

4.1.8. Y sobre la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, respecto de, a quien le corresponde demostrar la existencia de consentimiento informado, precisó la alta Corporación que, obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación 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; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

4.1.9. Y conservando su razonamiento, en lo que atañe a la aludida inversión de la carga de la prueba en estos asuntos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reitero:

*"Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustraran a la accionante al momento del traslado, se **está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP**, al respecto en sentencia SL SL1688-2019, así:*

*(...)*

*En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al*

***que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional”.***

#### **4.2. Caso en concreto**

4.2.1. Descendiendo al asunto que convoca la atención de la Sala, debe decirse que al auscultar los supuestos facticos sobre los cuales se apoyan las pretensiones demandatorias y medios de prueba que militan en el expediente, se evidencia y constata lo siguiente:

4.2.1.1. Historia laboral que obra a folios 12 y 13 del cuaderno digital de la cual se puede extractar que el actor cotizó un total de 268 semanas en Colpensiones (antes I.S.S.).

4.2.1.2. Reporte expedido por Colfondos, visible a folio 97 del expediente digital, en el que se verifica el traslado de régimen de la AFP Colpensiones a la AFP Porvenir, documentales que sirven válidamente para determinar que el demandante estuvo vinculado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, vinculación que además, fue aceptada por Colpensiones al contestar el libelo introductor.

4.2.1.3. Según consta en el formulario N° 00558839 de Porvenir S.A., que reposa a folio 22 del cuaderno digital, el traslado al Régimen Individual con Solidaridad – RAIS, se efectuó el 28 de junio de 1995, Afiliación que se hizo efectiva a partir del mes de agosto del mismo año, fecha desde la cual, ha efectuado cotizaciones ininterrumpidas hasta el mes de junio de 2018, como se desprende de la Histórica laboral expedida por Porvenir S.A. el 27 de agosto de 2018 (Ver folios 15 y 21 del exp. digital).

4.2.1.4. Se observa que para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda<sup>2</sup> se argumenta que los promotores de Porvenir S.A. al momentos de realizar las vinculaciones omitieron la información referente a que el monto de la pensión estimada era posible y no definitivo, pues de acuerdo a los rendimientos del capital y fluctuaciones del mercado –entre otros factores- podía disminuir el valor; además, que en ningún momento se informó sobre las ventajas o desventajas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el de Ahorro Individual con Solidaridad, que en su afán de afiliar trabajadores suministraron información falsa respecto a las condiciones pensionales, por lo que se incumplió con el deber de proveer una información adecuada, suficiente y cierta para que la decisión adoptada hubiese sido verdaderamente libre y espontánea, que lo indujeron en error creándole falsas expectativas para pensionarse. Precisa que la mesada pensional proyectada a los 62 años en el fondo privado según la simulación sería de \$ 781.242.00, mientras que en el Régimen de Prima Media, arrojaría un monto aproximado de \$ 1.300.000.00. y que esto denota el engaño del que fue objeto.

4.2.2. Acorde con lo anterior, fundada en los dispositivos legales reseñados y en acogimiento de los postulados de la jurisprudencia especializada cuyos apartes compartimos, precisa la Sala que la sola suscripción del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad *per se*, no constituye prueba idónea para acreditar que Porvenir S.A. ofreció al promotor de este juicio, una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

---

<sup>2</sup> Obra en el archivo 33 y ss del exp. digital.

4.2.3. Bajo esta arista, aunque las entidades apelantes, concuerden en traer diferentes tonalidades argumentativas para defender la tesis, según la cual, la suscripción del formulario de afiliación, es una prueba indicativa de la elección en forma libre y voluntaria del régimen pensional al que el actor deseaba pertenecer y, que la misma es prueba veraz y suficiente para demostrar que Porvenir le informó sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, para este Tribunal, sus fundamentos no tienen la virtualidad de mutar el criterio que en copiosos pronunciamientos se ha dejado sentado y se mantiene pacífico, referente a que suscripción del formulario de afiliación al RAIS, es un acto que resulta ineficaz para demostrar que Porvenir S.A. cumplió con su deber de acreditar que brindó información suficiente sobre las implicaciones de esa decisión, previo a la formalización de dicho acto.

4.2.4. Además, del interrogatorio de parte absuelto por el actor no se advierte manifestación que permita establecer que fue debidamente asesorado, y que, por ello, era conocedor de todas las implicaciones que, en el presente como a futuro, podía involucrar el acto de traslado.

4.2.5. En suma, el incumplimiento al deber de proporcionar a los interesados una información clara, cierta, comprensible y oportuna, conlleva a la declaratoria de ineficacia de la afiliación o acto de traslado, pues en efecto, la documental aportada solo da cuenta de la historia laboral y las administradoras a las que ha estado afiliado el accionante, así como la respuesta negativa de Colpensiones de aceptar su traslado al RPM. (fol. 5 Exp Dig.).

4.2.6. Por lo tanto, al no haberse demostrado la debida asesoría y el

suministro de información tanto de los alcances positivos como negativos de su decisión, tales como, beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario mermas, o la pérdida del régimen de transición de ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

4.2.7. En lo que concierne a la carga de la prueba, objeto de reproche por parte de la demandada Colpensiones, es de indicar que en este asunto estaba a cargo de la demandada AFP Porvenir, por el hecho de que en la demanda se partió de una negación indefinida, lo cual en virtud de lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, eximía de prueba a la parte actora y se la trasladaba en su condición de contraparte, en consecuencia, le correspondía acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen y como no lo hizo, generó que la decisión resultara adversa a sus intereses.

4.2.8. Aquí, importa memorar que al tenor de lo contemplado en los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, que fueron compilados en los artículos 2.2.7.4.1<sup>3</sup>. y 2.2.7.4.3<sup>4</sup> del DUR 1833 de 2016, los promotores

---

<sup>3</sup> **ARTÍCULO 2.2.7.4.1. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelanta sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.

Los costos que generen los convenios que celebren las sociedades administradoras del sistema general de pensiones con los promotores no podrán trasladarse, directa o indirectamente, a los afiliados.

que estaban al servicio de las AFPs, debían suministrar a los posibles afiliados en el momento de promocionar la afiliación, información suficiente, amplia y oportuna, so pena de hacer responsable a la respectiva administradora, de cualquier infracción, error u omisión, que llegare a causar algún tipo de perjuicio a los intereses de los afiliados.

4.2.9. Ahora, en atención a que la apoderada de Colpensiones, en la sustentación de la alzada trajo a colación el incumplimiento o inobservancia de los deberes de la demandante conforme a lo dispuesto en el Decreto 2241 de 2010, a través del cual se reglamentó el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones, es importante hacer las siguientes precisiones:

4.2.9.1. La expedición del citado decreto fue el 23 de junio de 2010 y su vigencia a partir del 1º de julio siguiente, son muy posteriores a la fecha en que el demandante suscribió el formulario de afiliación, que data del mes de junio de 1995.

4.2.9.2. El referido Decreto 2241 de 2010, que entró en vigencia el 1º de julio de 2010, quedó expresamente derogado por disposición del artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, cuya vigencia data del 15 julio del mismo año.

---

<sup>4</sup> **ARTÍCULO 2.2.7.4.3. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES.** Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.

4.2.9.2. Si en gracia de discusión no existiera ningún inconveniente con la vigencia del Decreto 2241 de 2010, no se puede pasar por alto que el objeto de su expedición fue establecer los principios, reglas, derechos y deberes para la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades administradoras de los regímenes del Sistema General de Pensiones, partiendo de la necesidad de garantizar que los usuarios recibieran información y el buen consejo que les permitiera adoptar decisiones informadas, especialmente, en lo relativo a la selección de fondos de pensiones, de ahí que las estipulaciones allí contempladas, solo podían ser aplicadas, teniendo en cuenta tal parámetro, pues de lo contrario, el estatuto no sería de protección del consumidor del sistema pensional, sino de las administradoras, lo que sería un contrasentido, razón por la cual no es admisible que se reclame su aplicación en este evento.

4.2.10. Por otra parte, advierte la Sala que la decisión de primer grado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento 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. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947-2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500.

Sean las anteriores consideraciones suficientes para confirmar la sentencia de primer grado en este punto.

## 5. Respuesta al segundo jurídico

5.1. La respuesta frente al deber de trasladar además del capital, los rendimientos financieros y los gastos de administración, en virtud de la declaratoria de ineficaz del traslado de régimen es **positiva**; y, en lo referente al traslado de las sumas adicionales, la respuesta es **negativa**. Lo anterior, encuentra fundamento en lo siguiente:

5.1.1. En lo que compete a **los rendimientos de cuya orden de devolución se duele Porvenir S.A.**, basada esencialmente en que estos son propios del Régimen de ahorro Individual con Solidaridad y no del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cabe señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2º del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. Los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones del RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores, y de los rendimientos financieros. Como los rendimientos o utilidades se produjeron por la inversión de un capital que pertenece al afiliado, resulta natural y obvio que este sea su beneficiario, pues el dueño de lo principal también lo será de lo accesorio, en consecuencia, en ningún yerro incurrió el fallador de instancia al ordenar el traslado de dicho rubro a Colpensiones, por ende, este punto de discrepancia, traído a instancia de Porvenir S.A., no encuentra eco en esta instancia.

5.1.2. En cuanto a los **gastos de administración, cuya devolución reclama Colpensiones**, se precisa que son valores que debieron ingresar al Régimen de Prima Media. Por tanto, resulta procedente que

los fondos privados demandados le reintegren su monto, por lo que pasa a indicarse.

5.1.2.1. El artículo 1746 del C.C., aplicable analógicamente en esta clase de asuntos prevé que la declaratoria de ineficacia trae aparejada en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes las respectivas restituciones mutuas, que implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que debió recibir de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula de igual manera en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, normativa que dispone que, del valor de la cotización o aporte, el 3% se destinará para gastos de administración, para el pago de la prima de reaseguro y el pago de las primas del seguro de invalidez y sobrevivientes.

5.1.2.2. Con todo, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de rubros que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la

declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados<sup>5</sup>.

5.1.2.3. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, indicó:

*"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)".*

5.1.2.4. En consonancia con lo anterior, la Sala estima que debió el A quo incluir dentro de las sumas a trasladar por parte de Porvenir SA a Colpensiones, lo correspondiente a las cuotas o gastos de administración, por lo tanto se torna procedente adicionar la sentencia de primer grado en ese sentido.

5.1.3. **En lo concerniente a las sumas adicionales**, que Colpensiones procura le sea trasladadas, ello no es posible en este caso por las siguientes razones:

---

<sup>5</sup> Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

5.1.3.1. Conforme a lo vertido en el artículo 63 de la Ley 100 de 1993, el concepto de sumas adicionales, no hace parte de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, ni tampoco constituye un capital que se encuentre a cargo de las administradoras del fondo de pensiones, basta para ello examinar los artículos 70 y 77 de la citada ley, para colegir que se trata de un valor que debe correr por cuenta de la aseguradora con la que la AFP haya suscrito el seguro previsional, cuando en la cuenta individual del afiliado no exista el capital suficiente para financiar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivientes según sea el caso.

5.1.3.2. Con sujeción a estos preceptos normativos, debe decir la Sala que como en el presente caso no se pretende un reconocimiento pensionales, sino lograr los efectos de la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación o traslado al RAIS, no era dable incluir dentro de los conceptos que debe devolver la AFP porvenir a Colpensiones, el rubro de "*sumas adicionales de la aseguradora*", por lo tanto sobre este aspecto, fue acertada la decisión de primer grado, de omitir incluirlo dentro de los rubros que deben ser trasladados a Colpensiones.

## **6. Respuesta al tercer problema jurídico.**

6.1. El juez de instancia declaró no probada la excepción de prescripción formulada por las entidades accionadas, decisión que secunda la Sala, como quiera que la línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter declarativa, cuyo propósito es la recuperación del Régimen de Prima Media con

Prestación Definida, para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez bajo las garantías que de él emanan, se torna imprescriptible. Por ende, se confirmará el fallo emitido en primer grado frente a dicha determinación.

## **7. Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., se impondrá condena en costas de segunda instancia a cargo de Porvenir S.A., y Dada la prosperidad parcial de la apelación de Colpensiones, no hay lugar a costas en su contra.

## **IV. DECISIÓN**

En 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 3° de la parte resolutive de la de la Sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán, el 2 de octubre de 2020, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por HEVER FERNNDO MENESES MOLANO contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, en el sentido de ordenar a Porvenir SA que traslade a Colpensiones, además del capital y los rendimientos financieros existentes en la cuenta de ahorro**

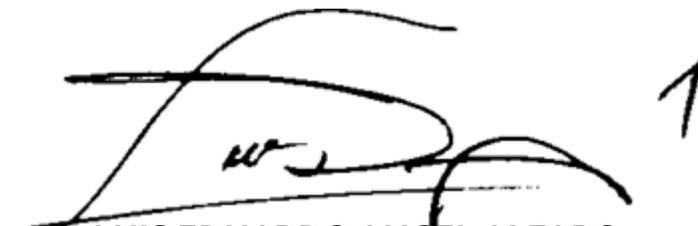
individual de la demandante, los dineros que por concepto de cuotas o gastos de administración, ha venido descontando de cada una de las cotizaciones que por dicha afiliación ha venido recibiendo. En lo demás, se confirma la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

**SEGUNDO:**        **CONDENAR EN COSTAS** de segunda instancia, a Porvenir S.A., y en favor de la demandante, por lo motivado en precedencia. En auto separado se fijarán las agencias en derecho.

**TERCERO:** Notifíquese esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inclusión de esta providencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO**



**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA**



**LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**