

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



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

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

Popayán, veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021)

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>LUIS BOLÍVAR LÓPEZ MARTÍNEZ</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES</b> <b>2. PORVENIR S.A.</b>
<b>RADICADO N°</b>	<b>19-001-31-05-002-2019-00239-01</b>
<b>INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA</b>
<b>TEMA</b>	<b>INEFICACIA DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS – EFECTOS- PRESCRIPCIÓN</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>SE REVOCA Y ADICIONA PARCIALMENTE LA SENTENCIA APELADA Y CONSULTADA.</b>

**1. ASUNTO A TRATAR**

Agotadas las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, de conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, integrada por los Magistrados que firman,

luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir sentencia escrita que resuelve los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por las apoderadas judiciales de las entidades demandadas y el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de Colpensiones, frente a la Sentencia proferida en primera instancia el treinta (30) 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 de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A. (ii) Declarar que al momento de efectuarse el cambio de régimen no existió libre voluntad del demandante y al no brindarse una información completa. (iii) 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 lo gastos de administración que haya incurrido. (iv) 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) Condenar a COLPENSIONES a 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 28 a 42, cuaderno digital de primera instancia).

Como **fundamento facticos**, señala que, comenzó a realizar aportes al ISS desde el año 1979 hasta 1984, que posteriormente laboró en la empresa TELECOM, en donde realizo aportes en pensiones al ISS y después a CAPRECOM

hasta el 25 de julio de 2003 y que alcanzó un tope de 1089 semanas.

Que está afiliado a la AFP Porvenir desde el mes de abril de 2007 y que la asesora comercial procedió a llenar el formulario de solicitud de vinculación, sin brindarle asesoría o información completa financiera que le permitiera conocer los inconvenientes y desventajas al afiliarse al RAIS. Argumenta que, pese a que firmó el formulario, fue inducido en error al momento de la afiliación ya que no se le brindó adecuada asesoría.

## **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 Luis Bolívar Martínez a ese fondo fue efectuado de manera voluntaria y sin presiones, luego de haber recibido una asesoría integral acerca del funcionamiento, características y modalidades de pensión en el RAIS y que el acto de vinculación es valido por cuanto no esta inmerso en vicios del consentimiento.

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 el demandante se afilió de manera voluntaria al fondo.

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 treinta (30) 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 2/04/2007, efectuara el señor Luis Bolívar Martínez 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 Luis Bolívar Martínez, 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:** Como argumentos de su decisión, el juez de instancia 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 el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., 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 de Porvenir S.A. presentó recurso de apelación oportunamente y fundamentó su inconformidad en cuanto a la condena a devolver los valores por

concepto de gastos de administración y pago de seguro provisional.

Para tal efecto sostiene, que el contrato que se generó ante el Sistema General de Pensiones se realizó por voluntad propia del demandante, al haber leído y llenado el formulario de vinculación. Que esto generó un contrato con obligaciones recíprocas, a saber, para la parte afiliada en este caso hoy demandante, su obligación fue la de generar o de hacer periódicamente sus aportes o cotizaciones, y para PORVENIR se generaron las obligaciones de administrar la cuenta de ahorro individual, así las cosas, Porvenir con la mayor y absoluta buena fe, género y efectuó todas las gestiones de administración que le son propias.

Que la Ley 100 de 1993, en su artículo 20, señala como se deben efectuar la distribución de esas cotizaciones, exponiendo que un 3% de esa cotización se destina a los gastos de administración, a sufragar los dineros que necesitan para contratar los seguros de invalidez y sobrevivientes, y estos seguros se aplican para cada vigencia, es decir son prestaciones ya acaecidas.

Que el demandante se ha beneficiado de los contratos de seguro que PORVENIR ha tenido que contratar para cada vigencia y que tienen como fin cubrir las sumas adicionales que haga falta para cubrir las contingencias que se pudieran derivar de una invalidez o muerte.

Finalmente, solicitó que el traslado de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones se haga en aplicación del artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

## **2.6. 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, con fundamento en que dentro de las pruebas recaudadas en el proceso no se logró demostrar que hubo una insuficiente información por parte de la AFP PORVENIR en el momento de la firma de afiliación o posterior traslados, que por el contrario, el demandante se afilió porque le dijeron que se iba a pensionar sin los requisitos del régimen de prima media, por lo que no se puede desprender el supuesto engaño que alega la parte demandante, basando su sustentación en la sentencia SL413-2018.

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

Surtido el 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, se recibieron los siguientes:

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

Agrega que no es procedente trasladar los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora como lo ordenó el Juez de instancia, pues estos corresponden a las gestiones realizadas por la demandada.

**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, y que 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.

Además, expone que debe tenerse en cuenta 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 por cuanto 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.

**La parte demandante Luis Bolívar López Martínez**, a través de apoderado judicial en sus alegatos de conclusión solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que se logró demostrar que dicha entidad incumplió el deber de información, y que la actuación de la entidad vulneró el derecho a la libre escogencia. Agregó que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información.

#### **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:**

En este punto, frente a la apelación por parte de Porvenir, en la que se opone a la prosperidad de transferir a Colpensiones los gastos de administración y seguros provisionales, pero al

realizar un análisis de las condenas emitidas por el juez de instancia, se tiene que no realizó pronunciamiento frente a los gastos de administración, por lo que la Sala no se pronuncia en sede de apelación, sobre este punto.

**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.** *¿Se debe revocar la condena impuesta en la sentencia impugnada, por las sumas adicionales de la aseguradora?*

**5.3.** En sede de consulta se resuelve sobre la devolución de los gastos de administración de la cuenta individual, descontados por Porvenir S.A., 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 EL DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES: UN DEBER EXIGIBLE DESDE SU CREACIÓN.**

**Tesis de la Sala:** La Sala concluye, se debe **CONFIRMAR** la declaración de ineficacia de los traslados del RPM al RAIS, contenida en la sentencia apelada, porque la administradora de pensiones Porvenir S.A. en el año 2007, incumplió con el deber legal del suministro de la información al demandante, en forma clara y suficiente, en cuanto los efectos positivos y negativos que acarreaba el cambio de régimen pensional, al cual estaban obligadas en el momento del traslado, como se explicará más adelante.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

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

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

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

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

**6.3.** De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad *“es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos*

---

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

*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 2007, 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 comercial 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.** Está probado con la historia de cotización y con el oficio de afiliación, además de ser un hecho aceptado por Porvenir, que el demandante se afilió a la AFP Porvenir en abril de 2007, según el expediente digital allegado al despacho.

En virtud a la información atrás relacionada, actualmente el demandante se encuentra vinculado a PORVENIR S.A., administradora dentro del RAIS.

**6.10.2.** En el folio 124, se anexa la certificación de ASOFONDOS consultada en el SIAFP, de la cual hay evidencia de una solicitud de traslado de régimen a Porvenir, la cual se encuentra vigente desde abril de 2007, proveniente de Colpensiones.

En el reporte anterior se demuestra que el actor antes de trasladarse al RAIS estuvo afiliado al RPM administrado por el extinto ISS, desde el año de 1979, tal como la demandante lo expuso en su interrogatorio de parte.

## **CONCLUSIONES:**

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

Bajo estas normativas, el actor se encontraba afiliado al RPM desde enero de 1979, hasta su traslado al RAIS en abril de 2007 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 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 A LA PETICIÓN DE REVOCATORIA DE LA CONDENA A LAS SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA**

En la apelación de Porvenir, se pide la revocatoria de la condena relacionada con los pagos efectuados del seguro provisional contratado.

Al revisar las condenas en primera instancia, efectivamente se profiere la condena a la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora.

**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 y en este evento, no se declara su reconocimiento.

Además, si con tales sumas se entendiera el pago efectuado por la AFP, a la aseguradora, por concepto de las pólizas para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivientes, tampoco procede su devolución, porque tales seguros se contratan para beneficio de los afiliados.

Las razones que apoyan la decisión anterior, son:

**7.1.** 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 suma adicional se encuentra a cargo de la aseguradora con la cual se ha contratado el seguro para cubrir los riesgos de invalidez y de sobrevivientes que puedan afectar al afiliado.

Así las cosas, es claro que, el rubro denominado sumas adicionales, solo tiene vigencia y operatividad en el evento se cumplan los requisitos contemplados para la causación y disfrute de las pensiones de invalidez y/o sobrevivientes, pero 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).

Como en este caso no se reconoce la pensión de invalidez y/o sobrevivientes, no era procedente incluir dentro de los

conceptos que debe devolver la AFP Porvenir a Colpensiones las “sumas adicionales de la aseguradora”.

Además, si se entendiera que la condena involucra la devolución de las sumas pagadas por la AFP, por la contratación del seguro que cubre los riesgos de invalidez y sobrevivientes, tampoco procede su devolución al afiliado, porque la obligación de contratar tales seguros no involucra que la AFP asuma con sus propios recursos tales gastos, sino que los pague con los dineros depositados en la cuenta individual del afiliado y beneficiario de los seguros.

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.

## **8. 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 S.A. 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, de igual forma, así se resuelve implícitamente el recurso de apelación a Porvenir, con el fin de tener claridad sobre el asunto.

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 S.A., 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 2007.

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 prosperó su recurso de apelación.

Pero, al salir parcialmente avante la apelación de Porvenir, no será condenado en costas en esta instancia.

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 cuarto** de la Sentencia proferida en primera instancia el treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020), por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia, en el entendido de que, la condena allí impuesta, no incluye valores por concepto de “sumas adicionales de la aseguradora”.

**SEGUNDO: SE ADICIONA el ordinal cuarto** de la Sentencia proferida en primera instancia el treinta (30) de septiembre de 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 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**