



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

Magistrado Ponente:

**Luis Eduardo Angel Alfaro**

Junio veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	19-001-31-05-002-2020-00002-01
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Segundo Laboral del Circuito de Popayán
<b>Demandante:</b>	James Ney Ruiz Gómez
<b>Demandados:</b>	- Porvenir S.A. - Colpensiones
<b>Asunto:</b>	<b>Revoca parcialmente sentencia</b> – Ineficacia de traslado de régimen pensional
<b>Sentencia escrita No.</b>	<b>048</b>

**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 03 de diciembre de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán en el proceso ordinario laboral promovido por James Ney Ruiz Gómez. Así como el grado jurisdiccional

de consulta que sobre la misma 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. Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones E.I.C.E.**

Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Arguyó que el accionante se afilió a Porvenir S.A. en el mes de marzo de 2001, época desde la cual tenía pleno conocimiento de los cambios de régimen pensional que había efectuado y de sus consecuencias, las cuales so pretexto de engaños y falta de información, no pueden exonerarlo de asumir su propia responsabilidad, como quiera que en el expediente no existe prueba de

que el consentimiento haya sido afectado por vicio alguno o haya sido constreñido para firmar el formulario. Propuso las excepciones de fondo de: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"*, *"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"*, *"BUENA FE"*, *"PRESCRIPCIÓN"* y la *"INNOMINADA O GENÉRICA"*.

## **2.2. Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

En ejercicio de su derecho de defensa, se opuso al *petitum* demandatorio. Indicó –*en síntesis*– que el actor es una persona capaz a la luz del artículo 1503 del CC, que conforme lo señala el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, manifestó de forma libre y voluntaria su decisión de traslado al momento de la suscripción del formulario de vinculación. Preciso que recibió una asesoría integral conforme las normas vigentes para la época y sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen pensional y que el acto de vinculación por traslado es válido por cuanto no se celebró en contra de una prohibición legal, no está inmerso en vicios del consentimiento, ni mucho menos se realizó bajo engaño ni medio de coacción alguno. Formuló como excepciones de fondo las de: *"PRESCRIPCIÓN"*, *"FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIONES DEMANDADAS"*, *"BUENA FE"*, *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA OBLIGACIÓN"*, *"PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES LABORALES DE TRACTO SUCESIVO"*, *"INNOMINADA O GENÉRICA"*, *"INEXISTENCIA DE ALGÚN VICIO DEL*

*CONSENTIMIENTO AL HABER TRAMITADO EL DEMANDANTE FORMULARIO DE VINCULACIÓN AL FONDO DE PENSIONES”, y “DEBIDA ASESORÍA DEL FONDO”.*

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

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 03 de diciembre de 2020, en la que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que a partir del 19 de febrero de 2001, se atribuye al demandante, ante la ausencia de un consentimiento voluntario e informado en la escogencia del régimen de ahorro individual; que conservó su derecho a permanecer en el Régimen de Prima Media. En consecuencia, Condenó a Porvenir S.A., a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado, tales como cotizaciones, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado; y, a Colpensiones a recibir los valores correspondientes debido a la ineficacia. Negó la excepción de prescripción; y condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, al interior del proceso no es posible verificar que la administradora de pensiones cumplió con el deber de suministrar una información completa y suficiente, que permitiera al afiliado verificar la posibilidad real de conocer tanto lo positivo como lo negativo de cada régimen pensional, que el diligenciamiento del formulario no es prueba suficiente de una manifestación libre de la voluntad, que al tenor delos dispuesto en el artículo 1604 del CC, incumbía a la AFP Porvenir S.A., allegar prueba

sobre los datos proporcionados al accionante y que en el *sub lite* no es posible inferir que dicha asesoría se hizo de manera suficiente, exponiendo las ventajas y desventajas del régimen pensional, que por tanto, era procedente declarar la ineficacia del traslado, en atención de lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en lo precisado por la Jurisprudencia especializada a través de providencias SL 1452-2019, SL 56174 y SL 1421-2019.

3.3. Destacó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen impide aplicar la prescripción, como quiera que ese acto nunca produjo efectos.

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

Contra la decisión acabada de reseñar, los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Colpensiones formularon recurso de apelación.

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

4.1.1. Exhorta por la revocatoria de la orden de trasladar los **gastos de administración y sumas adicionales**. Lo anterior, bajo la egida que en el SGP coexisten el RAIS y el RPM, que son excluyentes entre sí, en tanto los requisitos contemplados para la obtención de la pensión son totalmente diferentes, así como la distribución de la cotización. Precisó que en el RPM las condiciones para causar cada prestación han sido definidas con anticipación, mientras que, en el RAIS, concretamente, para la pensión de vejez, depende directamente del capital ahorrado por el afiliado en la cuenta de ahorro individual.

4.1.2. Refirió que en el caso del actor, Porvenir se ajustó a lo preceptuado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que permite destinar el 3% de la cotización, para financiar los gastos de administración; que la suscripción del formulario de afiliación se efectuó de manera libre y voluntaria, creando un contrato válido dentro del SGP, en el que las actuaciones de administración desplegadas por la AFP han sido realizadas de buena fe, con el propósito que lo ahorrado produzca rendimientos y que los dineros destinados a contratar con la aseguradora, lo han sido para amparar las contingencias de invalidez y sobrevivencia, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la ley, sin que en el presente caso se hayan generado sumas adicionales de la aseguradora, considerando que la orden de devolver los gastos de administración que en el caso del actor se han efectuado pro 19 años, generaría un enriquecimiento injustificado para la parte demandante y un empobrecimiento para la AFP, que en su actuar se ajustó a lo previsto en la ley y reglamentos.

4.1.3. Requiere que el traslado de los recursos existentes se efectúe conforme al artículo 7° del Decreto 3995 del 2008. Indica que lo anterior, es avalado por la Superintendencia Financiera en concepto emitido el 15 de enero de 2020, que señala la procedencia de trasladar los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos, pero que no es procedente los dineros que sean destinados para la comisión de administración y prima de seguro previsional.

#### **4.2. Apelación Colpensiones**

4.2.1. Manifiesta que la selección de cualquiera de los regímenes pensionales, esto es el RPM o el RAIS, es libre y voluntario por parte de cada uno de los afiliados, que la actora manifestó por escrito su **elección al momento de la vinculación o del traslado realizado** y la afiliación la realizó con la suscripción de la solicitud de afiliación, como lo disponen los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994.

4.2.2. Afirma que el demandante, eligió de manera libre y voluntaria la administradora y el régimen pensional al que deseaba pertenecer, procediendo al diligenciamiento del formulario respectivo, que esa documental, contiene los requisitos mínimos contemplados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, vigente para la data de su firma, razón por la cual no existe argumentación válida para considerar que no existe una prueba veraz y suficiente, con la cual se acreditara haber informado al afiliado de las consecuencias del traslado de régimen pensional. Agrega que, durante el tiempo que estuvo afiliada al fondo privado, no realizó ninguna pregunta a las AFP's demandadas, ni tampoco solicitó una proyección pensional. Asimismo, arguyó que existen frente a los afiliados, ciertos comportamientos que demuestran el compromiso de permanecer en el RAIS.

4.2.3. Finalmente, señaló que a pesar del traslado de los recursos ordenados por el A quo, se genera una **afectación al Sistema General de Pensiones**, por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema. Sostuvo que el período de permanencia obligatoria contribuye al logro de los principios de universalidad y suficiencia que aseguran la intangibilidad y sostenibilidad al preservar los recursos

dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y reajuste periódico de las mismas. Añadió según a Corte (*sic*) el fondo del régimen de prima media se descapitalizaría en caso de que se acepte esta ineficacia de este traslado. En consecuencia, requiere se revoque el fallo de primer grado.

## **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:**

Con fundamento en aspectos jurídicos y jurisprudenciales, diserta sobre la carga dinámica de la prueba, aduciendo que no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado. Expone que durante el debate probatorio no se logró demostrar la indebida o insuficiente información por parte la AFP para el traslado de régimen, además que el actor firmó el formulario de forma voluntaria, por lo que, no se configuran los elementos que permitan que pueda volver a ser parte del régimen de prima media con prestación definida, en la medida que la ineficacia del traslado se basa en una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado y a su vez, de un supuesto engaño, en el caso

---

<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".

concreto, se evidencia es una variación salarial y que conlleva a una variación en el monto pensional.

#### 5.1.2. **El demandante.**

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

5.1.3. **Porvenir** guardó silencio en el término concedido para formular alegatos de conclusión.

### **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 y la consulta para Colpensiones en lo pertinente.

#### **2. Legitimación en la causa**

2.1. Frente a este tópico debe señalarse que le asiste al señor James Ney Ruiz Gómez legitimación por activa, en tanto es la persona que se trasladó al Régimen de Ahorro individual cuya ineficacia se pretende.

2.2. Respecto 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.

2.3. En cuanto a Colpensiones, debe indicarse que, de conformidad con la historia laboral consolidada, que obra a folio 4 del archivo 3 del expediente digital, se constata que el actor estuvo afiliado al Régimen de Prima Media y cotizó un total de 528 semanas en dicho fondo, de igual manera este hecho se extracta del reporte expedido por Asofondos, visible a folio 31 del archivo 17 del expediente digital, en cuanto al indicar lo atinente al traslado de régimen del actor, señala que se efectuó el 19 de febrero de 2001, 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. ¿Fue atinado ordenar a las AFP Porvenir SA, la devolución o traslado a Colpensiones de los gastos de administración y las 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 incorporó 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 no queda duda de 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 de la demanda y medios de prueba que militan en el expediente, se evidencia y constata lo siguiente:

4.2.1.1. Sin lugar a dudas el promotor del proceso estuvo vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, esto por cuanto las pruebas atesoradas a la foliatura, conducen a tal convencimiento, pues del examen efectuado a la historia laboral consolidada, que obra a folio 4 del archivo 3 del expediente digital, se constata que cotizó un total de 528 a semanas Colpensiones (antes ISS), hecho que encuentra respaldo con el reporte expedido por Asofondos, visible a folio 31 del archivo 17 del expediente digital, cuando en lo atinente al traslado de régimen, especifica que se efectuó el 19 de febrero de 2001, señalando como AFP de origen a Colpensiones y de destino a la AFP Porvenir, y esto se refuerza con la aceptación que sobre este supuesto hace Colpensiones en la contestación del libelo genitor,

4.2.1.2. Preciado entonces que el actor estuvo afiliado al RPM, en lo que concierne a su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, según consta en el formulario N° 01518774 de Porvenir S.A., que reposa a folio 11 del archivo 3 del cuaderno digital, se efectuó el 19 de febrero de 2001, afiliación que se hizo efectiva a partir del mes de marzo del mismo año, fecha desde la cual, ha efectuado cotizaciones ininterrumpidas hasta el mes de octubre de 2019 (Ver Fls. 7 a 10 archivo 3)

4.2.1.3. Ahora, 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

---

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

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 en el fondo privado según la simulación sería de un poco más de un salario mínimo, mientras que en el Régimen de Prima Media, arrojaría un monto aproximado de \$ 4.200.000,00. y que esto denota el engaño del que fue objeto.

4.2.2. Acorde con lo anterior, con fundamento en los dispositivos legales reseñados en precedencia, así como en acogimiento a los postulados de la jurisprudencia especializada cuyos apartes -en lo pertinente- se transcribieron, debe decirse que, en virtud a que las entidades demandadas trajeron la suscripción del formulario de vinculación al fondo privado, como escudo para defender la tesis de ser 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, para este Tribunal, contrario a ello, la sola suscripción del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad *per se*, no constituye prueba idónea de que al promotor de este juicio, se le ofreció 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.

4.2.3. Así las cosas, los fundamentos de los recurrentes, 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. Aunado a lo anterior, 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. Por lo tanto, dada la palmaria orfandad probatoria, aflora evidente el incumplimiento al deber de proporcionar al actor 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.

4.2.6. En lo que concierne a la carga de la prueba, aunque no fue objeto de reproche, se aborda su estudio en cumplimiento a la consulta que se surte a favor de Colpensiones, en ese orden de ideas, 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.

4.2.7. 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 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.

---

<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.

<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.

4.2.8. 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 cuestionamiento de la decisión del A quo de ordenar a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los gastos de administración y sumas adicionales, es que, atinó en lo referente a los gastos de administración y no acertó al decidir sobre el concepto de sumas adicionales, por las siguientes razones:

5.1.1. En lo que compete a los **gastos de administración**, 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 acertó el fallador de primer grado al 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 este punto concreto de discrepancia, no encuentra eco en esta instancia.

**5.1.3. En lo concerniente a las sumas adicionales,** para este Colegiado, no era dable ordenar su traslado a Colpensiones 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 desacertada la decisión de primer grado, por lo que, sin necesidad de entrar en mayores consideraciones, deviene indefectible la revocatoria del ordinal 4º de la parte resolutive de la sentencia apelada, en lo relacionado con la devolución de las precitadas sumas adicionales de la aseguradora.

## **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 Colpensiones, y dada la prosperidad parcial de la apelación de Porvenir, 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: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal 4° de la parte resolutive de la de la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 3 de diciembre de 2020, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por JAMES NEY RUIZ GOMEZ contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA**

**COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, respecto de la condena impuesta a Porvenir SA, de trasladar a Colpensiones lo referente al concepto de "*sumas adicionales de la aseguradora*". 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 Colpensiones, 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,

 1  
LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

  
CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

  
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS