



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

Magistrado Ponente:

**Luis Eduardo Angel Alfaro**

Veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno  
(2021)

<b>Clase de proceso:</b>	Ordinario Laboral
<b>Radicación:</b>	19-001-31-05-002-2020-00035-01
<b>Juzgado de primera instancia:</b>	Segundo Laboral del Circuito de Popayán
<b>Demandante:</b>	Josefa Cristina Handan Cerón
<b>Demandados:</b>	- Porvenir S.A. - Colpensiones - Departamento del Cauca (Vinculado)
<b>Asunto:</b>	Se adiciona y revoca parcialmente la sentencia apelada
<b>Sentencia escrita No.</b>	072

**I. ASUNTO**

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, resuelve la Sala el **recurso de apelación** formulado por la apoderada judicial de Porvenir S.A., contra la sentencia emitida el 3 de febrero de 2021 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán en el proceso ordinario laboral promovido por Josefa Cristina Handan Cerón. 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 la demandante que se DECLARE la ineficacia del traslado por ella efectuado al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A., que en consecuencia, se condene a esta entidad a asumir de 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 haya incurrido; asimismo a trasladar a la Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los valores de la cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con los rendimientos que se hubieran causado y a pagar las costas del proceso.

### 2. Contestaciones de la demanda

#### 2.1. De Porvenir S.A.

2.1.1. Al contestar el libelo introductorio, se opone a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante es una persona capaz a la luz del art 1503 de C.C, 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 dispuesto legalmente para tal fin; además, que al momento de la afiliación recibió asesoría integral acorde a las normas vigentes para la época y fue informada de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional.

2.1.2. Sostiene que, solo hasta la expedición de la circular 016 de 2016, surgió para las AFPS la obligación de guardar los soportes documentales y por ello antes de dicha fecha las asesorías eran verbales, sin que por ello pueda afirmarse que no fueran completas, transparentes y oportunas 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 engaños ni medio coacción alguna.

2.1.3. Precisa que la vinculación al sistema general de pensiones se realiza a través de la suscripción del formulario de vinculación y que este formulario hace las veces de contrato, en el que ambas partes se obligan de manera recíproca, el afiliado a realizar los aportes o cotización mensual al sistema de pensiones y la AFP Porvenir a administrar y conceder previo cumplimiento de requisitos de ley, las prestaciones a las que haya lugar.

2.1.4. Señala que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, prevé como debe ser la distribución del porcentaje de cotización, el cual tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual un porcentaje de dicho aporte se destina a cubrir los gastos de administración y agrega que, en el régimen de ahorro individual, los aportes de los afiliados que ingresan al fondo deben cumplir con requisitos mínimos e invertirse en bonos, CDTs, es decir que la entidad debe hacer inversiones que deben ser valoradas diariamente por la AFP, razón por la cual no hay lugar a que Porvenir S.A, asuma dichos gastos de administración porque hacerlo implicaría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y un empobrecimiento para Porvenir S.A.

2.1.5. Propuso las excepciones de fondo de: *"PRESCRIPCIÓN"*, *"FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS"*, *"BUENA FE"*, *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE DEVOLVER LA COMISION 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 ASESORIA DEL FONDO"*

## **2.2. De la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**

2.2.1. Al contestar el libelo introductorio, se opuso a las pretensiones formuladas en su contra; y, *-en lo esencial-*, argumentó que el traslado de la demandante se efectuó de manera voluntaria y que el mismo no es procedente de conformidad con el artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, en el que se

establece que los afiliados al Sistema General de Pensiones solo 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; además que no hizo uso del periodo de retracto que le asistía y que no existe prueba que haya sido coaccionada para su afiliación, que por el contrario, está acreditado que ese acto fue libre, espontáneo y sin presiones y así permaneció por más de 25 años, de lo que se concluye que en el traslado no se presentó ningún vicio del consentimiento.

2.2.2. Precisa que en el presente caso no es dable aceptar el traslado de la demandante, dado que nació el 14 de marzo de 1960, por tanto actualmente cuenta con 60 años de edad y teniendo en cuenta el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la edad para adquirir el derecho a la pensión para las mujeres es de 57 años, ya sobrepasó el requisito de la edad para consolidar su derecho pensional.

2.2.3. Depone que la actora se afilió en el año 1996, 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 exonerarla de asumir su propia responsabilidad; agrega que bien pudo informarse y valorar las consecuencias de su traslado, por lo que resulta curioso que afiliándose desde 1996 haya esperado hasta el año 2020 para solicitar la nulidad.

2.2.4. Propuso las excepciones de fondo de: "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS EN MATERIA DE ASESORIA DE TRASLADO PENSIONAL", "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", "IMPOSIBILIDAD DE ALEGAR IGNORANCIA DE LA LEY EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS", "BUENA FE", "INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES" "PRESCRIPCIÓN" y la "INNOMINADA O GENÉRICA".

### **2.3. Del Departamento del Cauca.**

2.3.1. En su calidad de vinculado a este proceso, en ejercicio del derecho de defensa y contradicción, contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones allí insertas, bajo el argumento que el régimen de seguridad social en pensiones no se aplica para los servidores públicos enlistados en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, entre otros a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que respecto a este grupo se maneja por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

2.3.2. Aclara que la función de reconocimiento y pago de la pensión corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Sociedad Fiduciaria la Fiduprevisora, de acuerdo al Decreto 2831 del 16 de agosto de 2005 y resalta que la entidad pública demandada – Departamento del Cauca- no es la llamada a comparecer al proceso en calidad de responsable del reconocimiento y pago a la actora (*sic*).

2.3.3. Propuso como excepciones las de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA"

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

3.1. El *A quo* dictó sentencia en audiencia del 03 de febrero de 2021, en la que declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que a partir del 26 de noviembre de 1996 se le atribuye a la demandante, ante la ausencia de un consentimiento libre, voluntario e informado en la escogencia del régimen de ahorro individual; que, por lo tanto, siempre conservó el derecho a permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Entre tanto, respecto a las peticiones de la demanda no le atribuyó responsabilidad al Departamento de Cauca.

3.2. Como secuela de lo anterior, condenó a Porvenir S.A., como última 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. Indico que 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.

3.3. Para adoptar tal determinación, apoyado en precedentes de la jurisprudencia especializada, que tratan sobre el deber de suministrar información necesaria y transparente; de igual manera que el diligenciamiento de los formularios no es prueba suficiente de una manifestación de la voluntad completamente libre al tenor de lo dispuesto en el art. 13 de la ley 100 de 1993 y resaltó que, en este caso, dicho formulario de afiliación que se dice diligenciado desde el 26 de septiembre de 1996, ni siquiera cuenta con la firma de la demandante y que la prueba documental aportada registra aportes desde enero de 1996 a la AFP Horizontes.

3.4. Precisó 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 a la afiliada verificar la posibilidad real de conocer tanto lo positivo como lo negativo de cada régimen pensional, por lo que atendiendo lo dispuesto en el numeral 1º del art. 97 del Decreto 663 de 1993, se genera la ineficacia de esa afiliación o traslado al tenor de lo dispuesto en el art. 271 de la ley 100 de 1993, lo que implica que la asegurada queda en posibilidad de llevar a cabo una nueva afiliación, sin que sea necesaria o constituya una condición que con anterioridad estuviese afiliado al RPM.

3.5. Agregó que, de acuerdo a los recientes lineamientos de la jurisprudencia laboral, el traslado efectuado por la demandante deviene en ineficaz, o que nunca produjo efectos, y recuerda 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.

3.6. Refiere que al tratarse de una ineficacia del traslado no puede asimilarse a la de un acto válido pero afectado de nulidad por cualquiera de las causales establecidas en la legislación civil y por tanto no es susceptible de sanearse, contrario a lo que sí sucede cuando se trata de vicios de la voluntad.

#### **4. La apelación.**

Sea lo primero advertir que por las razones expuestas en el auto admisorio de la apelación de la sentencia de primera instancia, se estimó que no era procedente avocar el recurso de apelación de Colpensiones y que contra esta decisión la entidad guardó silencio, cobrando legal ejecutoria; por lo tanto, se dará curso a la alzada formulada por Porvenir S.A., la que sustentó en los siguientes términos:

#### **4.1. Apelación Porvenir S.A.**

4.1.1. Como sustento de su inconformidad, sostiene que ha actuado con la mayor y absoluta buena fe, que en aplicación al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 porvenir S.A. efectuó todas las gestiones de administración de los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante para que tuviera los rendimientos que hoy tienen. Que en aplicación de la misma norma, realizan las labores para lograr obtener los seguros previsionales que amparan las contingencias de invalidez y sobrevivencia, con el fin de que, de llegar a ocurrir uno de los dos siniestros se pueda contar con la sumas adicionales necesarias para financiar las pensiones de ley siempre y cuando se cumplan los requisitos de las mismas.

4.1.2. Que por lo anterior, ordenar Porvenir S.A. que asuma con su patrimonio los gastos de administración en los que tuvo que incurrir y los gastos frente a los seguros previsionales y a las sumas adicionales que nunca han ingresado a la cuenta de ahorro individual es totalmente contrario al principio de sostenibilidad financiera, pues está generando un empobrecimiento para el régimen de ahorro al cual pertenece porvenir S.A. y un enriquecimiento sin causa para la demandante, por tanto, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se ordene que el traslado aplicando del artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en respeto a los principios constitucionales establecidos en el artículo 48 de la Constitución referente al principio de sostenibilidad financiera.

4.1.3. Refiere que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto emitido el 15 de febrero de 2020, ratificó que las administradoras de los fondos de pensiones deben remitir al régimen de prima media los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual relativos al fondo de garantía de pensión mínima, más no la prima de

seguro previsional ni la suma de comisión por administración.

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

### **5.1. Alegatos de conclusión**

Dentro del trámite de segunda instancia, ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación, se corrió traslado para alegatos de conclusión de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 4 de junio de 2020<sup>1</sup>, derecho respecto del cual, sólo hizo uso Colpensiones.

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

5.1.1.1. Con fundamento en aspectos jurídicos y jurisprudenciales, diserta sobre la carga dinámica de la prueba, concluyendo 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 firmó el formulario de forma voluntaria, hecho que se colige del interrogatorio de parte, por lo que, no se configuran los elementos que permitan que la demandante 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 concreto, se evidencia es una variación salarial y que conlleva a una variación en el monto pensional. Agrega que es un elemento notorios que exponen la intención de la demandante de trasladarse y permanecer fue el hecho de permanecer más de 15 años afiliada al mismo régimen.

5.1.1.2. Precisa que debe tenerse en cuenta que, a pesar 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 de la actora, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliada al mismo, 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

### 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 provisiones consignadas en la sentencia C 968 de 2003 promulgada por la Corte Constitucional.

#### 2. Legitimación en la causa

2.1. 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.

2.2. 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.

2.3. Para verificar la legitimación en la causa de Colpensiones, importa precisar que, en el escrito inaugural, se informa que con antelación a la traslación se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Departamental del Cauca y de conformidad con el formulario de vinculación<sup>1</sup> al RAIS distinguido como traslado de régimen se indica que estuvo afiliada ante la extinta CAJANAL. Siendo esto así, conviene colegir que, con el fin de regular la afiliación de las personas a uno de los dos regímenes pensionales, que, como la actora, vienen laborando desde antes de la vigencia de la Ley 100, se expidió el Decreto 692 de 1994, que reza:

*"Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del*

---

<sup>1</sup> Ver la contestación de Porvenir (Fl.30)

*sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.*

*Los servidores públicos que al 1° de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.”*

Adicionalmente, el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009 -por el cual se suprime la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal-, consagró que dicha entidad debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la entidad en la que estaba afiliada la accionante al momento del traslado de régimen pensional, se encuentra liquidada, le asiste legitimación en la causa por pasiva a Colpensiones, por ser la administradora del Régimen de Prima Media que asumió las funciones del anterior ISS. Ello, en virtud del artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto 2013 de 2012.

### **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?

Si lo anterior resulta positivo, conjuntamente se determinará si: ¿la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, pone en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones?

3.2. Fue acertado ordenar a las AFP Porvenir SA, la devolución a Colpensiones del rubro denominado "*sumas adicionales de la aseguradora*"

3.2. ¿Es procedente ordenar a Porvenir 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?

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, SL19447 - 2017, SL 4964 -2018, SL 4689-2018 y entre las más recientes SL1452-2019, SL1421-2019 de 10 de abril de 2019 y SL 373 del 10 de febrero de 2021, Radicación No 84475 señala que: *"la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

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 desvirtuarse 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, reiteró:

*"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”.*

#### 4.1.10. Caso en concreto

4.1.10.1. 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 insertas en libelo inaugural y medios de prueba que militan en el expediente, se evidencia y constata lo siguiente:

4.1.10.2. Sin lugar a dudas la promotora del proceso estuvo vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, esto por cuanto las pruebas atesoradas a la foliatura, conducen a tal convencimiento, pues en el reporte expedido por Asofondos, visible a folio 28 adjunto en la contestación de Porvenir S.A. en lo atinente al traslado de régimen, se especifica que se efectuó el 26 de noviembre de 1996, señalando como AFP de origen a Colpensiones y de destino a la AFP Horizonte, (hoy Porvenir), y esto se refuerza con el formulario de vinculación<sup>2</sup> al RAIS distinguido como traslado de régimen, del cual se extracta que se suscribió en la fecha antes indicada, además que estuvo afiliada ante la extinta CAJANAL. Se precisa que la afiliación por vía de traslado primigeniamente se efectuó ante Horizonte Pensiones y Cesantías, empero posteriormente fue validada a Porvenir S.A. en virtud de fusión entre dichas entidades de Porvenir S.A. Dicho traslado, según consta en la historia laboral consolidada, que obra a folios 50 y siguientes anexa a la demanda expedida Por Porvenir S.A.<sup>3</sup> se hizo efectivo a partir de diciembre de 1996, fecha desde la cual, ha efectuado cotizaciones ininterrumpidas hasta el mes de mayo de 2018, como se desprende de la misma.

4.1.11. Las anteriores documentales sirven válidamente para determinar que la demandante estuvo vinculada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

4.1.12. Se observa que para efectos de cuestionar el referido traslado, en

---

<sup>2</sup> Ver la contestación de Porvenir (Fl.30)

<sup>3</sup> Ver folio 52 del expediente digital

la demanda se argumenta que la afiliación al fondo de pensiones Porvenir, aconteció porque los promotores de esta entidad informaron unas condiciones más favorables que las ofrecidas en ese entonces por la Caja a la cual se encontraba afiliada, pero que omitieron informar que el monto de la pensión estimada era de carácter relativo y no absoluto, pues se encontraba sujeto a los rendimientos del capital y podía disminuir si las tasas de interés bajaban, que por lo anterior, Porvenir S.A. incumplió con su obligación de suministrar información adecuada, suficiente y cierta, que diera lugar a adoptar una decisión verdaderamente libre, espontánea y que no afectara su consentimiento.

4.1.13. 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 a la promotora 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.

4.1.14. Para esta Sala, si bien el formulario de traslado aparece suscrito por la actora haciendo constar que la escogencia del RAIS fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones, en copiosos pronunciamientos se ha dejado sentado y se mantiene pacífico, que la sola 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

4.1.15. En suma, de los medios de prueba arrimados al plenario, no es posible determinar que la demandante tuvo una correcta información, referente a las ventajas y desventajas del traslado de régimen, por lo que 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 consolidada de Porvenir y el formulario de afiliación que da cuenta del traslado.

4.1.16. 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.

4.1.17. De otro lado, 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.

4.1.18. Sean las anteriores consideraciones suficiente para refrendar la sentencia de primer grado frente a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sostener que la misma no pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

#### **4.2. Respuesta al segundo problema jurídico.**

4.2.1. Para la Sala resulta conveniente precisar que la demandada Porvenir como sustento de la alzada, expone las razones por las cuales considera atentatorio de sus intereses que se condene a la entidad a trasladar los gastos en los que ha incurrido por **seguros previsionales y sumas adicionales**.

4.2.2. Al respecto, de entrada importa dejar en claro que, el fallador de instancia, en la parte resolutive de la sentencia, en concreto no hizo alusión a condena relativa a devolución de seguros previsionales, sino que ordenó el traslado entre otras cosas de las sumas adicionales de la

aseguradora, por lo que en lo que concierne al punto de seguros previsionales la Sala se releva de adoptar cualquier decisión; sin embargo, estima necesario precisar que no es dable confundir el rubro denominado "*sumas adicionales de la aseguradora*", con el valor de las primas correspondientes a los seguros previsionales contratados por las AFP con aseguradoras, para garantizar el pago de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, dado que, las sumas adicionales solo se originan, cuando una vez causada la correspondiente pensión de invalidez o sobrevivientes, en la cuenta de ahorro individual del afiliado, no se cuenta con el capital necesario para solventar el pago de la respectiva prestación, siendo entonces de cargo de la correspondiente aseguradora, asumir el valor que hiciere falta.

4.2.3. En claro lo anterior, para el Tribunal, de acuerdo con el discurso argumentativo expuesto por la censura en la sustentación de la alzada, en lo que concierne a la oposición a la devolución de sumas adicionales de la aseguradora, le asiste razón, dado que, como copiosamente se viene insistiendo en esta instancia no es dable ordenar su traslado a Colpensiones, en razón lo siguiente:

4.2.4. 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.

4.2.5. Con sujeción a estos preceptos normativos, debe decir este Colegiado que como en el presente caso no se pretende un reconocimiento pensional, 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 parcial del ordinal tercero (3º) de la parte resolutive de la sentencia apelada, en lo relacionado con la devolución de

las precitadas sumas adicionales de la aseguradora.

### **4.3. Respuesta al tercero problema jurídico.**

#### **4.3.1. De los gastos de administración.**

4.3.1.1. Frente a este concepto, es del caso precisar que, el A quo no irrogó condena expresa por gastos de administración; no obstante, Porvenir S.A. al sustentar la alzada, disertó sobre las razones por las cuales no es procedente ordenar el traslado de este rubro, es decir, que su reparo estuvo orientado a atacar una condena inexistente, motivo suficiente para sostener que en estricto sentido, no le asiste interés para recurrir este punto, por lo que *prima facie*, no habría lugar a hacer pronunciamiento al respecto.

4.3.1.2. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la omisión del juez de primer grado de ordenar de manera expresa el traslado de dichos gastos de administración, *-los cuales, conforme el contenido de la segunda pretensión declarativa, se entiende que hacen parte de las súplicas de la demanda-*, le es desfavorable a Colpensiones, se abordará el estudio de este aspecto 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, como quiera que en eventos como este, se busca a través de esta vía garantizar la protección de los bienes y el interés público.

4.3.1.3. Para ese efecto, cumple decir que los gastos de administración, 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.

4.3.1.4. 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.

4.3.1.5. 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>.

4.3.1.6. 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)”.

4.3.1.7. En consonancia con lo anterior, la Sala estima que debió el A quo

incluir dentro de las sumas a trasladar por parte de Porvenir S.A. 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, como en efecto se hará en ese proveído.

#### **4. 4. Respuesta al cuarto problema jurídico.**

4.4.1. 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.

#### **5. Costas**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., dada la prosperidad parcial de la apelación formulada por Porvenir S.A., la Sala se abstiene de irrogar condena en costas.

### **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 3° de la parte resolutive de la de la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán, el 3 de febrero de 2021, dentro del proceso

ordinario laboral instaurado por **JOSEFA CRISTINA HANDAN CERÓN** 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*", por lo motivado en precedencia.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** el ordinal 3º de la parte resolutive de la sentencia referida en el numeral anterior 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 recibido.

**TERCERO.-** Se confirma en todo lo demás la sentencia recurrida y revisada en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

**CUARTO:** Sin lugar a Costas en esta instancia.

**QUINTO: 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 ARVAJAL VALENCIA



**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES**  
**(Con salvamento parcial del voto)**

**SALVAMENTO PARCIAL DEL VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA POR LA SALA, DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSEFA CRISTINA HANDAN CERON, CONTRA PORVENIR, COLPENSIONES, CON RADICADO OL-2020-00035.**

Con el acostumbrado respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de NO atender favorablemente la apelación de la parte demandada Porvenir SA, para que se la absuelva de la condena a la devolución de las sumas pagadas por concepto de las primas para la adquisición de los seguros provisionales, en primer lugar, si bien no se profirió la condena expresa a tal devolución, sin embargo, sí se ordenó la devolución de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual, es decir, quedaron incluidos los valores pagados por los seguros provisionales y por lo tanto, es acertada la apelación frente a esta condena implícita.

De otra parte, no comparto el criterio relacionado con el pago de tales primas de los seguros provisionales con cargo al patrimonio de las AFP, al estar en contravía del tenor literal del artículo 20 de la Ley 100, en concordancia con el literal b) del artículo 60, citado en el numeral 4.3.3. en donde claramente se disponen los porcentajes de distribución de LAS COTIZACIONES de los afiliados, entre otros, para la compra de los seguros provisionales para beneficio de los afiliados.

Además, el legislador claramente asignó a las AFP del RAIS la función de ser simplemente administradoras de la cuenta individual de cada afiliado, como lo dispone expresamente el artículo 59 de la misma ley y estaba obligada por mandato legal a la compra de tales seguros provisionales, se insiste, cuyos beneficiarios son los afiliados, jamás las AFP, en la medida que las pensiones del RAIS se pagan con cargo a los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, sin que las AFP cubran algún faltante con su propio patrimonio.

Para la compra de estas pólizas de seguros, las AFP sacan los recursos de la cuenta individual de cada afiliado, toda vez que el beneficiario del seguro es el afiliado.

Finalmente, porque tales negocios jurídicos con terceros sí conservan validez y producen efectos jurídicos, a pesar de la declaración de ineficacia del traslado.

Acorde con lo expuesto, respecto de estos gastos realizados por las AFP, en cumplimiento a un mandato legal, en favor del administrado, no procede ordenar la devolución como consecuencia de la declaración de la ineficacia del traslado de régimen pensional.



**LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES**  
**MAGISTRADO SALA LABORAL**