



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ  
Magistrada Ponente**

<b>Proceso</b>	<b>Ordinario Laboral</b>
<b>Accionante</b>	<b>Myrian Elcy Rojas Medina</b>
<b>Accionado</b>	<b>Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones</b>
<b>Radicado</b>	<b>760013105020220043601</b>

**Sentencia N°. 046**

Aprobada mediante acta No.046

Santiago de Cali, veintiséis (26) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse<sup>1</sup> en grado de consulta y de los recursos de apelación que interpusieron **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** contra la sentencia No.206 del 08 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario laboral promovido por **MYRIAN ELCY ROJAS MEDINA** contra las recurrentes.

**I. ANTECEDENTES**

Pretende la parte demandante que se declare nulo o ineficaz el acto de afiliación del 08 de noviembre de 2001 al RAIS administrado por Porvenir S.A., antes BBVA Horizonte Pensiones Y Cesantías S.A. y, en consecuencia, se ordene su afiliación al RPMPD administrado por Colpensiones. Asimismo, pidió se

---

<sup>1</sup> La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC's, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Ley 2213 de 2022, y se profiere sentencia escrita, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 *ibidem*, que modificó el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

condene a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones *“todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de MYRIAN ELCY ROJAS MEDINA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.”*.

Como hechos, refirió que nació el 18 de febrero de 1966; que se afilió al RAIS administrado por BBVA Horizonte Pensiones Y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A. en noviembre de 2001; que al momento de afiliarse al RAIS no recibió asesoría sobre las diferencias de dicho régimen frente al RPMPD, ni se le efectuaron proyecciones de su posible mesada pensional, por lo que considera que la AFP incumplió *“(..). las obligaciones del Decreto 1161 de 1994”*; por último, expuso que solicitó a Porvenir S.A. y a Colpensiones el traslado de régimen, recibiendo respuesta negativa por parte de la entidad pública y sin que a la fecha de presentación de la demanda Porvenir S.A. se hubiera pronunciado.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por un lado, Colpensiones adujo como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación en el RAIS y la respuesta desfavorable frente a la solicitud de traslado de régimen. Frente a los demás aseguró que no le constan o que no son ciertos.

Se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que *“La demandante MYRIAN ELCY ROJAS MEDINA no demostró vicio en el consentimiento, falsedad en el formulario de afiliación, falta de consentimiento o suplantación de la firma en el documento de afiliación en el momento en que decidió cambiar de Régimen Pensional y afiliarse a PORVENIR S.A, por cuanto la firma en las solicitud de afiliación y su permanencia por más de 20 años en el Régimen de Ahorro Individual, reafirman su derecho a la libre escogencia al momento de trasladarse de régimen pensional”*. En su defensa, propuso como excepciones: inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, ausencia de causa

para demandar, buena fe, falta de legitimación en la causa, ausencia de vicios en el traslado de régimen pensional, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inoponibilidad de la responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social y juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado.

Porvenir S.A. únicamente aceptó que la demandante hizo afiliación inicial al RAIS y de los demás adujo que no son ciertos o no le constan. Acto seguido, se opuso a las pretensiones tras indicar que “(...) la afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., es un acto válido en la medida en que el demandante suscribió solicitud de vinculación inicial a mi representada de “manera libre, espontánea y sin presiones” luego de haber recibido asesoría respecto a todas las implicaciones de su decisión, como consta en el documento de formato de afiliación que se aporta como prueba”, y en su defensa interpuso las excepciones de improcedencia de la ineficacia de vinculación sin vinculación previa al RPM conforme pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia SL1806-2022, prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, buena fe, improcedencia de traslado de gastos de administración en caso de condena, restituciones mutuas e innominada.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia del 08 de agosto de 2023, ordenó:

*“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*

*SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DE LA SELECCIÓN DE RÉGIMEN de la señora MIRIAN ELCY ROJAS MEDINA, identificada con C.C. 29.739.818, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por la AFP porvenir S.A, y, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la demandante nunca se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS y, por tanto, su selección se hizo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con los efectos indicados en la parte motiva*

*de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la señora MIRIAN ELCY ROJAS MEDINA, que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, por ende, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, toda vez que, estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, igualmente los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados y detallados con toda la información relevante que los justifiquen.*

*CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES, a aceptar el traslado de la señora MARIAN ELCY ROJAS MEDINA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por dicha entidad.*

*QUINTO: COSTAS a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., como agencias en derecho se fija la suma de 2 SMLMV que cada demandada deberá pagar de forma individual a favor de la parte demandante.*

*SEXTO: La presente Sentencia, DE NO SER APELADA, CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007”.*

Lo anterior, tras resaltar que los fondos privados incumplieron la carga de la prueba que les concernía, pues, “no encuentra este despacho prueba contundente que permita inferir que al momento de la selección inicial de régimen se haya cumplido con el deber de brindar una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del RAIS y de su permanencia en dicho régimen a la demandante”.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Porvenir S.A. expuso en la presentación del recurso de apelación que no es viable la ineficacia de la vinculación al RAIS sin que exista una vinculación previa a Colpensiones, de conformidad con la Sentencia SL1806 de 2022. Sostuvo también que si la demandante pretendía trasladarse al RPMPD por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que señala el artículo 13 de la Ley 100/1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Por último

frente a los gastos de administración, manifestó que su traslado a Colpensiones implicaría un enriquecimiento sin justa causa, dados los rendimientos que se lograron en la cuenta de ahorro individual de la demandante con la gestión y administración de Porvenir S.A.

Colpensiones también presentó recurso de apelación contra la sentencia primigenia, el cual fundamentó en que la ineficacia resulta inoponible a terceros de buena fe como es Colpensiones. Además, expuso que es inviable el traslado o afiliación de la demandante al RPMPD porque no se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, y porque nunca estuvo afiliada de forma previa al ISS, hoy Colpensiones, como lo aceptó en la única pregunta que se le formuló en el interrogatorio de parte solicitado por la entidad.

## V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto No. 136 del 15 de septiembre de 2023, se admitió el recurso de apelación formulado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, contra la sentencia No.206 del 08 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, Valle. En el mismo auto se corrió traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión.

## VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, las partes presentaron escrito contentivo de alegatos de conclusión en los siguientes términos:

### **Alegatos de conclusión de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

La entidad de seguridad social, a través de su apoderado presentó alegatos

conclusivos del proceso, como se observa en el archivo No.04 del expediente digital, cuaderno del Tribunal. Los alegatos fueron sustentados de la siguiente manera:

*“(...) En el caso de estudio, el demandante nació el 19 de julio de 1966, razón por la cual a la fecha cuenta con 57 años, es decir, que ya cumple con el requisito de edad establecido por la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, para tener derecho a la pensión de vejez en el RPM. Es de aclarar igualmente, que ha excedido la edad permitida por el artículo 2 de la norma precitada para pretender realizar un traslado entre Regímenes pensionales. De otro lado, es preciso indicar que, ella nunca ha estado afiliada a Colpensiones dicho por la misma demandante en el interrogatorio surtido en la anterior diligencia realizada el día 08 de agosto de 2023.*

*De otro lado, es preciso indicar que existen plenas manifestaciones en la demanda y soportes probatorios que acreditan que el demandante se vinculó de manera directa a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA., afiliación a partir de la cual se permite vislumbrar la voluntad del demandante de efectuar su vinculación al RAIS así como su interés de permanencia en dicho Régimen, por lo que tienen plena validez conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (...)*

Por su parte, **PORVENIR S.A.** a través de su apoderado judicial presentó los alegatos de conclusión (archivo No.05 del expediente digital, cuaderno Tribunal), bajo el sustento de los siguientes argumentos:

*“(...) si lo pretendido por la actora era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, sin embargo, no lo hizo. En ese sentido, no se aviene procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues aceptarlo, afectaría los derechos e intereses de los diferentes actores del Sistema General de Pensiones, circunstancia que, además, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.*

*(...)*

*A través de los actos de relacionamiento que quedaron plenamente acreditados dentro del proceso, esto es, el traslado horizontal constante entre administradoras del RAIS, la información, aunque parcial, que dio cada uno de los fondos y el regreso permanente a la primera entidad elegida, se puede entender razonablemente la vocación que tenía la accionante de permanecer vinculada en el RAIS, sobretodo de no retornar a*

*Colpensiones pese a las prerrogativas con las que allí contaba (...)*"

## VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en lo no apelado, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo previsto en las sentencias STL8131-2017, STL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, de modo que dicha revisión debe surtirte obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que es garante la Nación.

## VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante se afilió inicialmente al RAIS administrado por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A. desde el 08 de noviembre de 2001<sup>2</sup>, (ii) a partir del 28 de julio de 2011 por cesión por fusión, su fondo actual corresponde a Porvenir S.A.<sup>3</sup>, (iii) mediante oficio del 09 de agosto de 2022 Colpensiones negó la solicitud de traslado de régimen formulada por la demandante<sup>4</sup>.

En ese contexto, corresponde a esta Sala determinar: (i) si la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) de la demandante debe declararse nula por falta al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

---

<sup>2</sup> Hoja 55 Documento digital 12.

<sup>3</sup> Hoja 53 Documento digital 12.

<sup>4</sup> Hojas 12 a 13 Documento digital 03.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditarlo (iv) los efectos de la nulidad del acto de afiliación al RAIS y, finalmente, (v) el caso concreto.

### **Deber de información**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, reiteradamente, que desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que introdujo como actores del mismo a las administradoras de fondos privadas, se estableció la obligación de estas de informar a los afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, las características de tal régimen, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas al ejercicio económico que desempeñan, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

En dicha línea, al acto de afiliación o al de traslado debe antecederle una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de elegir o cambiarse de régimen pensional, pues únicamente así se garantiza que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene en su situación pensional la afiliación a un determinado régimen, y se ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se plasma en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento tal obligación.

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021). Tal y como se observa a continuación<sup>5</sup>:

<b>Etapa acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993  Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003  Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información,	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los

<sup>5</sup> CSJ SL1452-2019.

asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

### **Carga de la prueba**

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, entre otras, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, dado que la afirmación del afiliado, de no haber recibido tal ilustración, corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del acto de afiliación debe conservarse en los archivos del fondo, dado que, se insiste, son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

### **Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo**

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*realizo de forma libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314,

CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala de Casación Laboral explicó:

*“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario.”*

Por tanto, aun cuando obra el formulario de vinculación a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. donde se leen salvedades sobre la debida orientación de la afiliada, del precedente citado se extrae que tal documento por sí solo no permite constatar el cumplimiento del deber que le asiste a las administradoras de pensiones, pues este va más allá del diligenciamiento de un formulario de afiliación, ya que la AFP debe obtener del afiliado un verdadero consentimiento informado, entendido este como aquella manifestación voluntaria del usuario

de vincularse a un determinado régimen, con pleno conocimiento de las condiciones, riesgos y consecuencias de tal acto jurídico (CSJ SL19447-2017).

### **Efectos de la declaratoria de nulidad del acto de afiliación o del traslado de régimen**

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en los casos en que la administradora de fondos de pensiones incumple la obligación de información antedicha, ello acarrea, necesariamente, la ineficacia del traslado de régimen pensional -circunstancias y efectos que pueden extenderse al acto jurídico de la afiliación-, lo cual supone que dicho acto nunca ocurrió. Al respecto, en sentencia CSJ SL5292-2021 se señaló:

*“De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”.*

Por otra parte, los efectos económicos de la ineficacia de la afiliación consisten en la devolución de los aportes obligatorios y voluntarios, lo cual comprende la totalidad del capital ahorrado, junto con sus rendimientos financieros e igualmente, se deberán reintegrar los bonos pensionales y las cuentas de rezago, si las hay. El porcentaje correspondiente a comisiones, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deberán no solo reintegrarse sino indexarse al momento de cumplirse la orden, con cargo a los recursos de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la ineficacia del acto jurídico de afiliación trae como resultado la conservación de todos los derechos y garantías que tendría el afiliado de haber permanecido en el régimen anterior.

### **De la ineficacia de la afiliación inicial al RAIS.**

Tal y como viene de reseñarse, de acuerdo con el artículo 13 Literal b de la Ley 100 de 1993 *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*, por tanto la decisión de pertenecer a uno u otro régimen de pensiones es un acto consensuado al cual debe anteceder la ilustración e información suficiente sobre la generalidades y el funcionamiento de los regímenes pensionales, dada la trascendencia, los tecnicismos y las obligaciones exigibles a las administradoras de fondos de pensiones, en su carácter de profesionales con experticia y conocimiento cualificado. Por tanto, el acto de afiliación, inicial o de traslado, será válido en la medida que esté exento de presiones, errores, fuerza o dolo y se efectúe voluntariamente, es decir, cuando conociendo los efectos, consecuencias y generalidades de los regímenes se accede a pertenecer a uno de ellos. Para esto es ineludible que el afiliado cuente con asesoría e ilustración de la administradora del régimen, quien como quedó visto, tiene el deber de proporcionar datos suficientes y transparentes al futuro afiliado.

El deber de ilustración e información como condición *sine quanon* para la validez de la afiliación se replicó en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y el artículo 2º inciso 2º del Decreto 1642 de 1995, reglamentario de la afiliación al sistema general de pensiones, cuando establece que *“la selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador”*. Por tanto, es claro que el legislador exigió la doble condición para la validez de la afiliación a los regímenes pensionales, con independencia de si se trata de la primera vinculación al sistema de pensiones o del cambio de régimen pensional, pues en ambos escenarios el acto jurídico debe ser resultado de información suficiente, transparente y relevante.

En tal contexto, si no se logra acreditar por parte de la administradora de pensiones que el afiliado hizo su selección con suficientes elementos de juicio y de manera informada, se sigue es la ineficacia del acto ya sea de traslado o de afiliación inicial, con efectos *ex tunc*, como si el acto nunca hubiera existido, por lo que en tratándose de traslado se entiende vigente sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media anterior, con preservación de los derechos y prerrogativas que de ella deriven y el consecuente traslado de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, comisiones, porcentajes descontados por seguros previsionales y garantía de pensión mínima y demás rubros. Estos mismos efectos se predicen cuando lo ineficaz es el acto de afiliación inicial al RAIS, pues ello supondrá que el accionante ha estado válidamente afiliado a la única opción posible en el sistema general de pensiones, es decir, al régimen de prima media con prestación definida, aplicándose los mismos efectos económicos y jurídicos descritos en precedencia. Por tanto, la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación produce los mismos efectos retroactivos en tratándose de la afiliación inicial o del cambio de régimen.

### **Caso concreto**

Sea lo primero precisar, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, que la demandante se afilió a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A., desde el 08 de noviembre de 2001, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos<sup>6</sup>:

---

<sup>6</sup> Hoja 63 Documento digital 12

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 7:11:44 PM  
Afiliado: CC 29739818 MYRIAN ELCY ROJAS MEDINA [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 29739818

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	2001-11-08	2004/04/16	HORIZONTE			2001-11-09	2010-08-31
Traslado de AFP	2010-07-28	2010/08/19	PORVENIR	HORIZONTE		2010-09-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.  
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 29739818

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
2001-11-08	2001-11-14	01	AFILIACION	HORIZONTE	

Un item encontrado.  
1

Por tanto, la AFP tenía el deber inexcusable de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales, así como indicarle las condiciones y consecuencias reales de afiliarse al RAIS conforme al mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*», a través del cual pretendió hacer constar que estuvo debidamente informada en su decisión, dicha circunstancia en sí misma no es suficiente para concluir su voluntad libre e informada, dado que, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se analizó en anteriores apartes, este tipo de aseveraciones no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues, a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Tampoco existe una constancia de que se haya entregado el Plan de Pensiones o el Reglamento de Funcionamiento de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A., que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS.

En cuanto a las pruebas con las que se pretendió demostrar que la afiliación

ocurrió de manera consciente e informada, obran en el expediente: (i) relación de aportes de Porvenir S.A. (Hojas 16 a 28 documento digital 12), (ii) formulario de afiliación a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. suscrito el 08 de noviembre de 2001 (Hoja 54 Documento digital 12), (iii) formulario de afiliación a Porvenir S.A. del 28 de julio de 2011 (Hoja 53 documento digital 12), (iv) historial de vinculaciones del demandante (Hoja 63 documento digital 12), (v) comunicados de prensa Porvenir S.A. sobre prohibición de traslado para quienes estuvieran a menos de 10 años para cumplir edad pensional (Hoja 72 documento digital 12).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, reiterándose respecto del formulario de afiliación que no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado y los demás corresponden a situaciones posteriores al acto jurídico de afiliación, además que con ellos no es posible constatar que la AFP cumpliera con su deber de información.

De igual modo, los comunicados de prensa aportados por la AFP accionada son posteriores a la afiliación de la accionante, no hacen parte de la asesoría recibida y corresponden a un aviso público de la entonces novedosa prohibición del traslado de régimen, traída en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte demandante tampoco se acredita que recibiera información completa, transparente, detallada y relevante previo a la suscripción del formulario o sobre los efectos y consecuencias del traslado que realizó al régimen privado de pensiones. (Min. 01:22:00 Documento digital 19), pues, los apoderados de la AFP Porvenir S.A. y de Colpensiones, se limitaron a preguntar si antes de la afiliación estuvo vinculada al RPMPD, y si el formulario de afiliación -al que ya se ha hecho referencia en estas consideraciones- fue entregado por un asesor.

Los anteriores elementos corroboran el hecho que el acto jurídico de afiliación al RAIS deviene ineficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo, tal como se desprende de todo el análisis realizado por la Sala. De este modo, el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del acto de afiliación o elección de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuada afiliación al RAIS y declarar que la primera afiliación de la demandante lo fue al RPMPD, por ser la única alternativa posible, dada la dualidad de regímenes pensionales de nuestro sistema. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

Ahora bien, en cuanto a lo reprochado por los recurrentes, se aprecia a lo largo de esta providencia atención a los puntos de su recurso, esto es, el deber de información conforme el mandato establecido en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993, el cual no se encuentra cumplido, ni siquiera con la suscripción del formulario de afiliación al fondo.

De la elección libre y voluntaria efectuada por la demandante que argumentan los demandados, se debe reiterar que, si bien se puede tratar de un consentimiento exento de fuerza, para que este surta los efectos propios de la afiliación al RAIS esta decisión debió estar precedida de información completa, amplia y suficiente al afiliado, pues su omisión impide que el acto surta plenos efectos, de acuerdo con lo plasmado en el literal b. del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Frente a lo señalado por Porvenir S.A. en relación con la devolución de gastos de administración, se reitera que con la declaración de ineficacia de la afiliación al RAIS se ha de entender que la actora está vinculada al RPMPD, por lo que es obligación de la demandada transferir a Colpensiones todos los recursos pensionales obrantes en su cuenta de ahorro individual, aportes obligatorios y voluntarios, cuentas de rezago con sus rendimientos, así como los gastos de

administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados y con cargo al patrimonio de la AFP, pues tales recursos serán utilizados para la financiación de la eventual pensión a que tenga derecho la demandante, los cuales debe asumir la AFP que incumplió con su deber de asesoría, acompañamiento, buen consejo, siendo responsable de asumir el menoscabo del bien administrado. Por lo anterior, no prospera su recurso de apelación en este sentido.

Frente al alegato de Colpensiones, relativo a que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, debe recordarse a que el eje central en este tipo de situaciones, es determinar si al momento de la afiliación o cambio de régimen la persona contaba con la información completa, clara y concreta sobre las ventajas y desventajas para tomar esta determinación y a falta de esta deviene la ineficacia de dicho acto jurídico, la cual le resta efectos jurídicos a la afiliación inicial de la demandante al RAIS y permite su vinculación al RPMPD.

Se duele Porvenir S.A. de la indexación ordenada sobre los rubros a reintegrar y que fueron descontados con base en una afiliación ineficaz. Sobre ello, conviene resaltar que, de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil aplicable en la materia, el efecto de la ineficacia es restablecer las cosas al estado en que se hallarían de no haber existido el acto ineficaz (CSJ SL2877-2020), lo cual se logra mediante las restituciones mutuas que comprenden los frutos percibidos por la administración de los recursos y, además, la compensación por las mermas o por el deterioro de los mismos, como lo es la pérdida del poder adquisitivo que se suscita por el paso del tiempo.

Por tanto, se reitera, corresponde a la AFP accionada ante la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, retornar lo cobrado por comisiones, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y

el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues no es factible que el afiliado o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

Y es que la declaración de ineficacia implica que las administradoras del RAIS nunca debieron descontar al afiliado tales rubros y que al trasladar los valores a Colpensiones estos preserven su valor indemne y con efectos retroactivos, porque estos recursos serán utilizados para la financiación de una pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Tales conceptos deben ser asumidos por la administradora de fondos de pensiones con cargo a su propio patrimonio, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021, CSJ SL 1197-2021, CSJ SL3188-2022, CSJ SL4322-2022, CSJ SL3465-2022, CSJ SL584-2022 y CSJ SL 1084-2023 entre otras).

Tampoco puede ser acogido el argumento común de los apelantes acerca de la imposibilidad de declarar la ineficacia del acto jurídico de afiliación sin que exista una afiliación previa al RPMPD, debido a que con el marco normativo y jurisprudencial estudiado se logra concluir que la ineficacia se predica indistintamente de los actos de vinculación a regímenes pensionales, sin que sea relevante la modalidad de afiliación inicial o traslado. La carga legal de las AFP frente al deber de información no es exclusiva de los actos de traslado, sino de cualquier acto mediante el cual la persona se vincule al régimen pensional, bien sea por afiliación inicial o por traslado de régimen pensional.

Teniendo en cuenta que a favor de Colpensiones se surte el grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el numeral 3.º del proveído recurrido para ordenar a a Porvenir S.A. a devolver las cuentas de rezago, si las hay.

Por otro lado, en aras de evitar posteriores trámites administrativos y judiciales se adicionará la sentencia para ordenar a Colpensiones que una vez reciba los recursos por parte de Porvenir S.A. realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

Se precisa que la orden anterior no genera detrimento ni desequilibrio económico alguno que agravie a Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que la ineficacia del acto jurídico de afiliación al RAIS implica el traslado de manera íntegra a dicha entidad de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS, más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado (CSJ AL606-2023). Contrario lo afirmado en el recurso de apelación propuesto por Colpensiones.

Ahora bien, sobre cualquier discusión respecto a la condena en costas en instancia, es oportuno precisar que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento y el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio.

Colpensiones en la contestación de la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no prosperaron en instancia, por lo que fue vencida en juicio, tal como lo establece la norma aplicable ya reseñada.

De la misma manera, Porvenir S.A. presentó su oposición a lo requerido por el demandante y presentó excepciones de mérito que no prosperaron. Por lo anterior, dichas entidades deben asumir la condena en costas, pues tal disposición no establece ninguna excepción; en consecuencia, al cumplirse los presupuestos de la norma, mal haría esta Sala desconocerlos, más aún cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio

propio del derecho.

Frente a la configuración de la prescripción, basta reiterar lo expuesto en sentencia CSJ SL3156-2022 para advertir que las solicitudes de ineficacia de traslado o de afiliación no están sujetas al fenómeno extintivo de la prescripción, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por este motivo, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, pues a lo que se dirige es a comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio del proceso (CSJ: SL1688-2019, SL1421-2019, SL4426-2019, SL4360-2019 y SL373-2021).

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones, apelantes infructuosos, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000).

Todo lo anterior, atendiendo al principio de libre formación del convencimiento, conforme lo establece el artículo 61 del CPTSS, y los múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, como en sentencias SL802-2021, SL858-2021, SL512-2021, entre otras.

Se confirmará en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

## **IX. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral 3.º de la sentencia No.206 del 08 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia devuelva las cuentas de rezago, si las hay. Además, todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia bajo estudio para ordenar a Colpensiones que una vez reciba los recursos por parte de Porvenir S.A. y Colfondos S.A. realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas del demandante.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

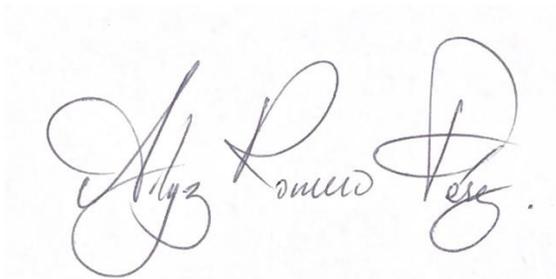
**CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma un millón quinientos mil pesos MCTE (\$1.500.000) a cargo de cada una.

**QUINTO:** Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** esta sentencia por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

**SEXTO:** En firme la presente decisión, y en caso de no interponerse recurso de casación, **DEVOLVER** por Secretaría el expediente al Juzgado de origen.

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ**

Magistrada



**MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**

Magistrada

**Aclara voto**



**CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**

Magistrado