



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL  
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO  
MAGISTRADO PONENTE**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL** promovido por **ANA MARÍA CALDERÓN CHÁVEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**EXP.** 76001-31-05-006-2021-00266-01

Santiago de Cali, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados **FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**, **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** y en calidad de Magistrada Ponente **YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en contra de la sentencia del 04 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

## SENTENCIA n.º. 294

### I. ANTECEDENTES

Pidió la demandante, que se declare la nulidad del traslado de régimen efectuado por ella, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros e historia laboral, al mismo tiempo deprecó que se le imponga a Colpensiones la obligación de aceptar la afiliación.

Como fundamento de las pretensiones expuso que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir bajo la falsa creencia que el Instituto de los Seguros Sociales se iba acabar, por lo que sus cotizaciones estarían más seguras en el RAIS, además de ofrecerle mejores beneficios que en el régimen público. (*f. 7 a 12 Archivo 01 ED*).

### II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**COLPENSIONES** negó la mayoría de los hechos y se opuso a las pretensiones de la demanda, tras argumentar que no es factible realizar movilidad entre regímenes cuando el afiliado se encuentra aporta de adquirir su derecho pensional, además que aceptar ese traslado atenta contra el principio de sostenibilidad financiera (*f. 3 a 14 Archivo 05 ED*).

A su turno, la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantía **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, adujo que la afiliación de la demandante se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, decisión que tomó luego de

haber sido ampliamente informada sobre las condiciones pensionales y el funcionamiento del RAIS. *(f. 2 a 26 Archivo 06 ED)*.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia n.º. 094 del 04 de mayo de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora Calderón Chávez del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, en virtud de ello, le ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.

Así mismo, condenó a Porvenir a reintegrar a Colpensiones los aportes efectuados por la demandante, bonos pensionales y rendimientos financieros que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración proporcional al tiempo de afiliación.

Seguidamente, decidió no dar prosperidad a las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir, fijando como agencias en derecho el equivalente 2 SMLMV.

La base para arribar a esa conclusión fue que, la suscripción del formulario de afiliación, pese a no ser tachado de falso, no se configura como prueba fidedigna para dar por demostrado el deber de información, en tanto éste solo puede demostrar el consentimiento y no el conocimiento que tenía el afiliado sobre los elementos que influyen en el acto jurídico, tales como: los riesgos, consecuencias y condiciones.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**PORVENIR S.A.** recurrió la decisión y solicitó que se revoque en su integridad la sentencia proferida en primer grado, teniendo en cuenta que el formulario de afiliación cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época de los hechos, que no es factible aplicar retroactivamente el deber de información que nació con posterioridad a la data del traslado.

En similares contornos, señaló que en la sentencia de primera instancia se confunde los conceptos entre deber de información y el deber del buen consejo, siendo el deber de buen consejo exigible para aquellos casos contemplados en la ley o cuando las partes lo han acordado expresamente y no en los temas de afiliaciones y traslado.

Además, sostuvo que la línea jurisprudencial fijado por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, les impone toda la carga a los fondos de pensiones, exonerando al afiliado del deber de información que también le asiste.

Por otro lado, solicitó que de confirmarse la sentencia, se modifique la orden de trasladar los bonos pensionales, toda vez que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no acreditado la existencia de este título, en cuanto los gastos de administración explicó que estos emolumentos no son de afiliado y ordenar su devolución constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Por último, pidió que su absuelva a su representada de la condena en costas. (audiencia min 18: 18 a 25:42 *Archivo 10 ED*).

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta, en favor de Colpensiones conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

#### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n° 325 del 5 de septiembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la demandante, Colpensiones y Porvenir S.A., en términos similares a lo expuesto en la alzada y la contestación de la demanda, los que pueden ser consultados en los archivos 05, 06, 08, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

#### V. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y siguientes del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si se demostró en el plenario que Porvenir S.A. cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, y sus efectos respecto de la administradora del RAIS.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, y si hay lugar a absolver a la AFP devolución de los gastos de administración y costas procesales.

Cumple, memorar que en la discusión trazada no son objeto de debate las siguientes premisas: **i)** que estando afiliada al ISS, entidad en la que realizó cotizaciones entre los años 1985 a 1995, la demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual

administrado por la AFP Porvenir S.A. el 31 de enero de 1995 (f. 23 Archivo 01 y f.76 Archivo 01 ED), **ii)** que la demandante solicitó a Porvenir S.A., entre otras cosas, acceder a su traslado al RPMPD; petición negada por la entidad en mención en comunicado del 09 de octubre de 2019 **iii)** Así mismo, presento reclamación administrativa a Colpensiones pidiendo la nulidad de su traslado al RAIS, reclamo despachado desfavorablemente a través de oficio del 26 de abril de 2021 f. 33 a 34 Archivo 01 ED.

Dicho lo anterior, y previo a resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que por regla general las normas jurídicas y la jurisprudencia deben ser tomadas en consideración.

Pasando al asunto *sub judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las

personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de *«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»*.

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera

elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de encontrarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarreaban al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen,

imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas el formulario de afiliación del demandante (f. 23 Archivo 01 y f.76 Archivo 01 ED, nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *«afirmaciones o negaciones indefinidas»*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ «(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)» (Sentencia SL2817-2019). (Negrilla y Subraya de la Sala)

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su creación,

razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Aúnese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más

aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliado al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el demandante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

Con todo, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de Porvenir S.A., entidad con la cual se materializó el traslado inicial, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del actor al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las

cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que Porvenir S.A., entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad la demandante, no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de Colpensiones, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas de seguro previsional, todo a efectos de impedir la configuración del detrimento de esta entidad.

Sobre este último tópico, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta omisiva de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por las AFP accionadas con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Entonces, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos debe indicarse que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, los cuales, de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que producirse, integrándose al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Sobre las restituciones mutuas, hay que decir que, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES y la parte actora.

De otro lado, frente a lo argüido en la alzada por la apoderada de la AFP respecto a la devolución del bono pensional y sumas gastos de administración, es pertinente poner de relieve que esta orden no está direccionada a una carga impositiva inamovible en relación con

tales rubros, pues a donde apunta principalmente, es a la devolución de todos los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual, resaltándose sobre los emolumentos en mención, que su traslado solo procede en el evento que los hubiere.

En este orden, como la decisión de primer grado se conoce en consulta a favor de Colpensiones, y en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, pues se reitera, esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (sentencia SL4609 de 2021), habrá de adicionarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a Porvenir S.A. que también traslade a Colpensiones el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio y de manera indexada correspondiente al periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP.

En relación con la excepción de prescripción, de entrada debe decirse que esta no cuenta con vocación de prosperidad atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, que hacen relación a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, extensible en este caso (CSJ SL sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892).

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de Porvenir S.A., es menester indicar que al tenor de lo

dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a las resultas del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los Litigantes como erradamente lo entienden los apoderados de dichas entidades.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia estarán a cargo de Porvenir S.A., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera 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,

## **R E S U E L V E**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la Sentencia n° 094 del 4 de mayo de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, a efectos de:

- **ORDENAR** a Porvenir S.A. que trasladen a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el porcentaje de prima de seguro previsional debidamente indexados, con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que la señora ANA MARIA CALDERÓN CHÁVEZ estuvo afiliado a cada una de estas.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada.

**TERCERO:** Las **COSTAS** están a cargo de Porvenir S.A., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

De los magistrados,

Firma digitalizada para  
Actos Judiciales



**YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO**

Firma digitalizada para  
Actos Judiciales



**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**