

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA PRIMERA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>WILSON OMEZ DRADA</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES Y PORVENIR</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-018-2021-00274-01</b>
<b>SEGUNDA INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA</b>
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	<b>Ineficacia de Traslado de Régimen.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>CONFIRMA</b>

**SENTENCIA No. 084**

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

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 005 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por las DEMANDADAS y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 288 del 24 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

**ANTECEDENTES**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en los folios 4 a 13 del archivo 01 demanda; 7 a 17 del archivo 10 contestación de COLPENSIONES y 3 a 24 del archivo 09 la contestación de PORVENIR, los cuales, en gracia de la brevedad y el principio de economía procesal, en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 288 del 24 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y en consecuencia declaró la ineficacia del traslado realizado por el señor WILSON OMEZ DRADA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.

A la par, condenó a PORVENIR a trasladar todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación del accionante a COLPENSIONES, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros previsionales, sumas que deberán retornar debidamente indexadas.

Así mismo, le impuso a la administradora colombiana de pensiones la obligación de admitir al demandante, sin solución de continuidad ni cargas adicionales, y que una vez reciba los dineros por parte de Porvenir S.A. en el término de 2 meses debe actualizar la historia laboral del señor Omez.

Finalmente, condenó en costas a las demandadas, estableciendo como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SMLMV.

Como argumento de su decisión expresó el *A quo* que, de conformidad con la línea jurisprudencial estipulada por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la ineficacia de la afiliación procede en aquellos casos, en los que la AFP no demuestre el cumplimiento del deber de información que desde su creación le fue asignado a las administradoras de pensiones.

Al mismo tiempo, precisó que con las pruebas arrimadas al proceso no se evidenciaba el cumplimiento del deber de información, toda vez que la AFP demandada para probar que asesoró de manera clara, suficiente y al transparente al afiliado sobre la incidencia que la decisión de trasladarse acarrearía en su derecho pensional, sólo aportó el formulario de afiliación, documento que pese a contener la expresión acerca de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, no es suficiente para tener por acreditada la obligación de la AFP, en tanto que la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha indicado que la afiliación libre y voluntaria presupone conocimiento y en el sumario brillaron por su ausencia las pruebas encaminadas a certificar cuál fue la información suministrada en el momento del traslado.

De otro lado, informó que la excepción de prescripción no estaba llamada a prosperar, habida cuenta que la pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, ha reiterado en diferentes pronunciamientos que los hechos y los estados de derecho son imprescriptibles.

## RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el *a-quo* solicitando que se absuelva a su representada de la condena en costas, en la medida de que, el acto por el cual se está declarando la ineficacia de afiliación fue realizado por un tercero ajeno a la Administradora Colombiana de Pensiones y su representado no participó dentro de dicha gestión.

Explicó que la única intervención que tuvo COLPENSIONES dentro del presente trámite fue negar la afiliación a la accionante, pero lo hizo amparada en lo estipulado en el artículo 9 de la ley 797 de 2003, que establece un límite temporal para admitir la movilidad entre regímenes, que por esa razón no es procedente la condena en costas, en vista de que siempre actuó conforme a derecho y ajustado a los parámetros legales.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** inconforme con la decisión también apeló, pretendiendo se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada de todas las pretensiones incoadas en la demanda, arguyó que aunque la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado que se debe juzgar un hecho conforme a la leyes vigentes al momento de la ocurrencia del mismo, en los casos de ineficacia de la afiliación no se cumple esta premisa, toda vez que se aplica de manera retroactiva la

jurisprudencia en torno al cumplimiento del deber de información, pues la línea jurisprudencial con la que se está condenado a su representada, surgió a partir del año 2015 con la expedición de un decreto que le exigía a las AFP documentar la información brindada a los posibles afiliados y además de ello les impone el deber del buen consejo.

Destacó que dicha obligación no se encontraba vigente para la época en que se realizó el traslado por el que hoy se está demandado, de modo que no se le puede exigir a PORVENIR que reúna unas condiciones que no estaban vigentes para el año 2000, dado que al hacerlo se le vulnera a su prohijada el principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

Así mismo, señaló que, al estudiarse la acción desplegada por los intervinientes en el negocio jurídico, se desconoce que al afiliado le asiste la obligación de auto informarse sobre las características del régimen al que se va a afiliarse, exonerándole de una obligación que en principio le corresponde por tratarse de un derecho tan importante como el derecho a disfrutar de pensión.

Simultáneamente, refirió que los motivos por los cuales se pretende la ineficacia e la afiliación no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, pues la ineficacia de la afiliación en términos legales sólo procede cuando se han realizado actos dolosos atentatorios del derecho de la seguridad social, que los demás actos que vicen el consentimiento deben estudiarse bajo la figura de la nulidad relativa, la cual es saneable y prescriptible, con el paso del tiempo.

Por último, anunció que de confirmarse la sentencia de primera instancia se debía exonerar a la administradora de pensiones que representa, en lo referente a la devolución de gastos de administración, bonos pensionales y sumas adicionales, dado que los gastos de administración son un descuento autorizado por la ley y son una retribución que se le otorga a los fondos de pensiones por la buena administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del afiliado y al ordenar la devolución de ese rubro se configura un detrimento en el patrimonio de su representada y un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, ya que la Administradora Colombiana de Pensiones no fue quien administró los dineros de la demanda.

Por otro lado, afirmó que la acción judicial tendiente a la declaratoria de nulidad se encontraba prescrita, pues la sentencia SL 1668 de 2019, es clara en expresar que los estados jurídicos no prescriben, pero las obligaciones que emanan de ellos, sí son afectadas por el fenómeno de la prescripción y con base en ello sería procedente la prescripción de la acción.

En lo no apelado se asume conocimiento en razón del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 CPT y SS.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 08 de abril de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término el apoderado PORVENIR S.A. los que pueden ser consultados en el archivo 04, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

## PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si se demostró en el plenario que PORVENIR 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 las administradoras.

Asimismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y a condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

Se procede entonces a resolver tales planteamiento previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que el demandante estuvo afiliado al antiguo ISS del 25 de junio de 1974 al 30 de abril de 2000 cotizando un total de 1.259,71 semanas (fl. 19 a 25 archivo 07 ED);
- (ii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A a partir el 29 de abril de 2000, con fecha de efectividad del 01 de mayo de la misma anualidad, (fl 51 del archivo 01 y 72 del archivo 09), fondo en el que se encuentra actualmente vinculado y tiene cotizadas un total de 1958 semanas en toda su vida laboral fl 94 a 103 archivo 09 ED.
- (iii) Que el 18 de septiembre de 2018, radicó solicitud de afiliación a RPM administrado por Colpensiones fl 37 a 40 archivo 01 ED, petición que fue denegada el mismo día mediante oficio 2018\_11737086-16636291, bajo el argumento que se encontraba a 10 años o menos de cumplir la edad mínima de pensión (fl 42 del archivo 01).

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 1.º 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 para el 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.

De lo anterior se deriva también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar que la selección hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente y los formularios de afiliación suscritos por la actora, nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM 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 la afiliada, 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),.

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada 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, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Aúñese 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; 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.

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 implicaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado cuales serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora del RAIS, 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 tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir la 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.

Si bien a folio 46 a 50 del archivo 01 se observa una simulación pensional efectuada por PORVENIR en la que se indica a cuánto ascendería la mesada en el RAIS, en la misma no se hacen análisis comparativos frente a la cuantía de la prestación en el RPMPD, además se observa que dicha información se suministró al afiliado cuando ya le había vencido la oportunidad de trasladarse.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar al usuario toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo la ilustración necesaria para que ésta tomase 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 para el afiliado.

Corolario de lo expuesto, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR S.A. el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la demandante al RAIS emerge como ineficaz, lo que resulta suficiente para desestimar 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 ésta no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de COLPENSIONES, quien al recibir a la actora 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.

Sobre este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada 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 la AFP PORVENIR a 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.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, tal como lo dispone el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al

régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, de ahí que no prospere tampoco en este sentido lo argüido por el recurrente pasivo. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Respecto de la prescripción, es claro que no procede dado que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de índole declarativa, que corresponden a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, de allí que 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. Así lo expuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

En lo que respecta a la condena en costas de primera instancia a cargo de COLPENSIONES, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues no salieron avante sus argumentos, en consecuencia, al resultar vencida en juicio, hay lugar a su imposición, aspecto que no deriva de su posición al momento de la afiliación, sino en el devenir de esta litis.

Corolario de lo anterior, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de 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,

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia No. 288 del 24 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

## NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA  
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para  
el sistema judicial



**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

(AUSENTE CON EXCUSA JUSTIFICADA)  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**

**Firmado Por:**

**Maria Nancy Garcia Garcia  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 010 Laboral  
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **050c075ff53c0991c5520356673b8efc4ac9d6e672805fe54148454fb284f0d2**

Documento generado en 27/04/2022 07:45:18 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**