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

ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente

Proceso	**Ordinario Laboral**
Accionante	**Liborio Valencia Casierra**
Accionado	**Porvenir S.A. y Colpensiones**
Radicado	**76001310500820230034001**

Sentencia N°. 32

Aprobada mediante acta No.32

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse[1] en grado de consulta y de los recursos de apelación interpuestos por **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.,** contra la sentencia No. 295 del 29 de septiembre de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario promovido por **LIBORIO VALENCIA CASIERRA** contra las recurrentes**.**

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declare la ineficacia o nulidad de su primera afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado en la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. y, en consecuencia, se declare para todos los efectos que siempre ha estado afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y se ordene a las AFP accionadas trasladar a

[1] La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC, 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

Colpensiones los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual *"con todos sus rendimientos"*, así como el pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos refirió que nació el 20 de febrero de 1962, contando a la fecha de la presentación de la demanda con 61 años; que actualmente está afiliado a Porvenir S.A. anteriormente BBVA Horizonte; que decidió afiliarse allí porque un asesor de dicha entidad le brindó información parcializada y omitió contarle sobre las ventajas y desventajas de vincularse al RAIS, del derecho de retracto, y de las diferencias de los regímenes pensionales; que Porvenir S.A. omitió su deber de asesoría al momento de la afiliación, por lo que no tuvo otra alternativa de afiliación.

Manifestó que la afiliación al RAIS tuvo lugar en febrero de 1999 a través del formulario de afiliación No.98-0016897; que en proyección realizada por Porvenir S.A. se dio cuenta que en RAIS tendría una pensión de vejez de $1.184.360 lo mientras que en el RPMPD obtendría una de $2.426.660; que por tal motivo el 23 de mayo de 2023, solicitó a Colpensiones anule su afiliación al RAIS mediante radicado No 2023-7740037 la cual fue despachada en forma negativa por no registrar afiliaciones anteriores en el régimen de prima media.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contestación de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

La AFP Porvenir S.A. emitió respuesta a la demanda a través de mensaje de datos el 21 de julio de 2023, como consta en el archivo No.11 del expediente digital, cuaderno Juzgado. En ella aceptó los hechos alusivos a la edad del demandante, la vinculación del demandante al fondo en el año 1999, precisando que la misma fue de forma libre y voluntaria, previo a la asesoría completa, y la solicitud de proyección de la mesada pensional. Los demás hechos los negó e

informó que no le constan, y en su defensa expuso que el actor suscribió el formulario de vinculación al RAIS de forma libre, luego de que se le brindara la información relevante, clara y necesaria sobre los requisitos y diferentes características del régimen, así como las condiciones para adquirir el derecho pensional de vejez.

Se opuso a la prosperidad de cada una de las pretensiones y formuló las excepciones de fondo denominadas *deber de información a cargo de las AFP – no hay retroactividad en la norma para exigir obligaciones no existentes en el momento del traslado; efectos de la ineficacia de un acto jurídico; restituciones mutuas; enriquecimiento sin causa si no se dan las restituciones mutuas; improcedencia de devolución de gastos de administración y prima del seguro previsional; buena fe; ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; aceptación tácita de las condiciones del RAIS; prescripción.*

Como sustento de su defensa y de las excepciones propuestas argumentó:

> *De lo antes expuesto, resuelta evidente que la vinculación de la parte actora surgió antes de que existiera el deber de asesoría, buen consejo y doble asesoría, lo anterior, dado que la obligación exigida, consistía en entregar información necesaria, veraz y suficiente, sin que de ello se desprendiera la obligatoriedad de dejar constancia escrita sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, del monto de la pensión que se obtendría, así como tampoco de realizar simulación pensional alguna.*
>
> *De las pruebas obrantes en el expediente, es claro que la parte actora conocía de la posibilidad de retractarse de la afiliación, derecho que optó por no ejercer. Lo anterior demuestra su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS y de pensionarse en dicho régimen.*
>
> *Se concluye entonces que, la normatividad proferida con posterioridad a los años 1993 y 1994 no es aplicable al caso bajo examen, puesto que son obligaciones que no eran exigibles al momento de la afiliación a Porvenir.*

La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES contestó con mensaje de datos de 24 de julio de 2023. En su respuesta señaló como ciertos los hechos referentes a la edad del demandante, la afiliación a la AFP Porvenir S.A. y la petición de afiliación al RPMPD, la cual fue denegada y afirmó que no le constan los relativos a la asesoría que recibió al afiliarse al RAIS. Frente a las pretensiones de la demanda, argumentó que se opone a la prosperidad de cada una de ellas y propuso en su defensa las excepciones de *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; la innominada; buena fe; prescripción.*

Indicó que excedió la edad permitida para el traslado entre regímenes pensionales, destacando que demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe al momento de su afiliación al RAIS que amerite dar prosperidad a sus pretensiones. Además, destacó que para 1999 era imposible determinar los IBC sobre los cuales aportaría a pensión para así calcular una mesada pensional futura, entre otros argumentos que se encuentran en la contestación a la demanda.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia No.295 del 29 de septiembre de 2023, ordenó:

> *"PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el demandante LIBORIO VALENCIA CASIERRA, identificado con la Cédula de Ciudadanía 87.300.005, hizo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E.I.C.E. a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. En consecuencia, se entenderá que el accionante siempre estuvo afiliado al régimen de prima media administrado actualmente por COLPENSIONES E.I.C.E.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES E.I.C.E. los saldos obrantes en la cuenta individual del demandante, junto con sus*

rendimientos financieros.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES E.I.C.E. el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y 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, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES E.I.C.E. Como agencias en derecho se fija la suma $1.160.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte demandante.

SEXTO: CONSULTAR la presente providencia ante el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali-Sala Laboral (…)"

Lo anterior, tras resaltar[2] que *"(…) pese a no existir prueba de la afiliación del actor a esta entidad (colpensiones), sí aparece bajo la consulta de su cédula de ciudadanía e historia laboral que da cuenta que se registraron y cotizaron semanas en su nombre en esta entidad para los periodos de julio, octubre y noviembre de 1998 con el empleador Solar Caña Solarte Ltda., identificado con el Nit.81500018, esto es con antelación a su afiliación a Porvenir S.A., configurándose por lo tanto una manifestación de voluntad por parte del trabajador de cotizar ante esta entidad y debido a que por parte de Colpensiones no existe prueba de que se hayan llevado a cabo alguna de las actuaciones referentes a la devolución de estos aportes o que haya solicitado explicación al respecto al empleador conforme a la normatividad que citó esta Juzgadora, se configuró con ello a juicio de este Despacho, la teoría de la aceptación tácita de la afiliación, máxime de dichas cotizaciones fueron anteriores a la afiliación a Porvenir que fue en el año 1999, determinando con ello que el actor estuvo afiliado al ISS o Colpensiones con antelación a su traslado al RAIS y de allí que en consecuencia se deba tener entonces, que en efecto ocurrió un traslado de régimen pensional en el momento de la afiliación a Porvenir (…)*

Añadió que *" la AFP no cumplió con la carga de la prueba que le incumbe teniendo que la obligación de demostrar dentro del proceso que al momento en el que se ofreció al actor*

[2] Archivo digital No.22, grabación audio vídeo, minuto 00:01 – 19:08

la posibilidad de trasladarse al RPMPD al RAIS hubiere suministrado toda la información completa y detallada de las consecuencias que su traslado traería no solo en el momento mismo de la afiliación sino a futuro (…)"

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Recurso de apelación de Porvenir S.A.[3]

Porvenir S.A. a través de su apoderado judicial formuló recurso de apelación en el que expone que la vinculación del accionante fue de forma libre y espontánea como quedó demostrado a través del formulario de afiliación, por lo que no hay lugar a la declaratoria de ineficacia, ni a retornar rubros indexados y mucho menos a condenarle en costas. Agrega que en el expediente no obra prueba que demuestre que el accionante estuviera afiliado al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones y en tal sentido lo pretendido no está llamado a prosperar.

Recurso de apelación Colpensiones[4]

Señaló que la ineficacia del traslado es inoponible a terceros de buena fe como Colpensiones y que con ella se afecta la seguridad jurídica, teniendo en cuenta el tiempo que el afiliado permaneció en el régimen administrado por Porvenir S.A., por tanto, solicita se revoque la sentencia apelada en su integridad.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de auto de 20 de noviembre de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión.

[3] Archivo digital No.22, grabación audio vídeo, minuto 19:17 – 23:51
[4] Archivo digital No.22, grabación audio vídeo, minuto 23:58 – 26:49

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de traslado, manifestó que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración pues estos tienen un origen legal, además si se exige devolver este concepto no sería viable devolver los rendimientos financieros puesto que fueron los profesionales del fondo quienes lograron generar estas sumas con la administración de los gastos de administración.

Aunado a lo anterior, manifestó que no debe condenarse a pagar la indexación, pues el valor por concepto de gastos de administración no ha perdido su poder adquisitivo y estos no se hubieran generado si el demandante estuviera afiliado al RPMPD.

Finalmente, indicó que no hay lugar a la condena en costas porque siempre ha tenido voluntad de conciliación.

Las demás partes dentro del proceso guardaron silencio.

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 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001. También se avoca conocimiento del presente asunto, en grado jurisdiccional de consulta frente a lo no apelado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, conforme lo prevé el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto se constata que: (i) el demandante se afilió al RAIS administrado por BBVA Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. desde el 01 de enero de 1999[5]; (ii) que según el historial de vinculaciones emitido por Asofondos el demandante no se ha vinculado durante su vida laboral a un fondo de pensión diferente a Porvenir S.A[6].

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

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.° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

[5] Archivo No.11 del expediente digital, Pág.110, certificado SIAFP
[6] Archivo No.07 folio 61

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[7]:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
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, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los 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 perjudicarle
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

[7] CSJ SL1452-2019.

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 Porvenir S.A. donde se leen salvedades como la espontaneidad y libertad de escogencia al RAIS, 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 una doble condición para la validez de la afiliación a los regímenes pensionales: información y voluntariedad, 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 voluntario exento de presiones y 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, lo que 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 anterior al régimen de prima media, 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 predican 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, que si bien del reporte de semanas de cotización que milita a folio 189 del C-1 el actor registra en el régimen de prima media aportes en los ciclos de julio, octubre y noviembre de 1998, ello no obedece a una afiliación previa a dicho régimen, pues en la aludida documental se lee "*No vinculado por afiliación*". Así, contrario a lo que afirma el *a quo,* el demandante nunca suscribió afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al menos no hay evidencia de ello, sino que, siempre estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado inicialmente por Horizonte desde el mes de enero de 1999, pasando a Porvenir S.A. con ocasión a la cesión por fusión de los fondos antes mencionados, fecha en la cual, las obligaciones de las AFP se encontraban en la primera etapa, es decir, que tenían la responsabilidad y deber de brindar a los que pretendían afiliarse al régimen información veraz, clara, suficiente y transparente acerca de las ventajas, riesgos y posibilidades pensionales, que le permitieran al afiliado elegir de forma *libre, consensuada y voluntaria* la mejor opción que se ajustara a sus intereses.

Lo anterior se corrobora a verificar el historial de vinculaciones realizadas por el afiliado y registradas en el SIAFP de Asofondos. Igualmente, el Despacho al consultar el RUAF pudo constatar que el demandante siempre estuvo vinculado a la AFP Porvenir desde la fecha antes mencionada. Veamos:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 4:32:51 PM
Afiliado: CC 87300005 LIBORIO VALENCIA CASIERRA Ver detalle

Vinculaciones para : CC 87300005

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	1999-01-01	2004/04/16	HORIZONTE			1999-01-02	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 87300005

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1999-01-01	1999-12-27	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	HORIZONTE	
1999-02-02	1999-03-11	01	AFILIACION	HORIZONTE	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

COLOMBIA POTENCIA DE LA VIDA

SISPRO
Sistema Integral de Información de la Protección Social
RUAF
Registro Único de Afiliados

Salud

Afiliaciones de una Persona en el Sistema

INFORMACIÓN BASICA Fecha de Corte: 2023-11-03

Número de Identificación	Primer Nombre	Segundo Nombre	Primer Apellido	Segundo Apellido	Sexo
CC 87300005	LIBORIO		VALENCIA	CASIERRA	M

AFILIACIÓN A SALUD Fecha de Corte: 2023-11-03

Administradora	Régimen	Fecha Afiliacion	Estado de Afiliación	Tipo de Afiliado	Departamento -> Municipio
NUEVA EPS S.A.	Contributivo	01/02/2022	Activo	COTIZANTE	CANDELARIA

AFILIACIÓN A PENSIONES Fecha de Corte: 2023-11-03

Régimen	Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación
PENSIONES: AHORRO INDIVIDUAL	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA	1999-01-02	Activo cotizante

AFILIACIÓN A RIESGOS LABORALES Fecha de Corte: 2023-11-03

Administradora	Fecha de Afiliación	Estado de Afiliación	Actividad Economica	Municipio Labora
POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS	2017-11-01	Activa	EMPRESAS DEDICADAAS A LA PRODUCCION ESPECIALIZADA DE CAÑA DE AZUCAR	Valle del Cauca- CALI

AFILIACIÓN A COMPENSACIÓN FAMILIAR Fecha de Corte: 2023-11-03

No se han reportado afiliaciones para esta persona

AFILIACIÓN A CESANTIAS Fecha de Corte: 2023-11-03

CONFORME CON LA NORMATIVIDAD VIGENTE, LAS ADMINISTRADORAS SON LAS RESPONSABLE DEL CONTENIDO Y LA CALIDAD DE LA INFORMACIÓN REPORTADA AL RUAF, CUALQUIER INCONSISTENCIA DEBE SER INFORMADA A LA ADMINISTRADORA RESPECTIVA, QUIEN DEBE RESOLVERLA.

Ministerio de Salud y Protección Social.
Dirección: Cra. 13 # 32 - 76. Colombia, Bogotá D.C. PBX: (57-1) 330 5000, Fax: (57-1) 330 5050.

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 el demandante suscribió el formulario de afiliación bajo

un texto pre-impreso denominado «*voluntad de afiliación*»[8], 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 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) formulario de vinculación a Porvenir S.A. (p.109 archivo 11), (ii) certificado de vigencia de la afiliación (p.108 archivo 11); (iii) certificado de saldo a la fecha 13 de julio de 2023 (p. 91 - 107 archivo 11); (iv) relación de aportes de Porvenir S.A. (p.75 - 90, archivo 11); (v) historial de vinculaciones emitido por el SIAFP de ASOFONDOS (p.110, archivo 11); simulación pensional con fecha del 16 de junio de 2023 (p.112 – 114, archivo 11) y reporte de semanas cotizadas RMPMPD de 18 de julio de 2023 (P.189, archivo 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 que los demás corresponden a situaciones posteriores al acto jurídico de afiliación, además que con ellos no es posible constatar si la AFP cumplió con su deber de información.

[8] Archivo No.11 del expediente digital, Pág.109.

Además, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante no se extrae confesión al respecto, puesto que el actor lejos de admitir que se le ilustró con suficiencia sobre las condiciones pensionales en el RAIS y los efectos de su vinculación a dicho régimen, se ratificó en lo expuesto en su demanda.

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, pese a haber afirmado que sí existió afiliación previa al RPMPD a la afiliación al RAIS y que lo acontecido se debió a un traslado entre regímenes pensionales y así declaró la ineficacia del traslado, lo cierto es que sus fundamentos fueron acertados al indicar que la afiliación se dio sin el lleno de presupuestos de ley; pero se equivocó al considerar que se trataba de un traslado de régimen. Por tanto, se declarará en su lugar, la ineficacia del acto de afiliación, con las consecuencias que ello apareja, que 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 modificará la sentencia en ese sentido, confirmando en lo demás la decisión del *a quo* en este aspecto.

Debe advertirse que, la apoderada judicial de Porvenir S.A., en el sustento del recurso, trajo a colación los pronunciamientos realizados por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la improcedencia de la ineficacia del acto de afiliación, CSJ SL1806 -2022; sin embargo, hay lugar a precisar que la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 2016, ha expuesto que existen límites a estas Salas frente a la unificación de jurisprudencia:

> *"(…) Por su parte, la unificación de jurisprudencia pretende garantizar igualdad y seguridad jurídica por medio de una función de carácter permanente. La sentencia SU-241 de 2015 se refirió al tema en materia de casación laboral. Consideró que la unificación es parte de varios objetivos sistémicos de la casación que van más allá de las*

partes, pero inciden en la realización efectiva de sus derechos fundamentales.

Como puede observarse, los objetivos de la descongestión distan de la búsqueda o participación permanente en la unificación de jurisprudencia. Si se aceptara que esta sala de descongestión conociera de la unificación se desnaturalizaría el objetivo para el que los cargos fueron creados, pues no lograrían ocuparse de la descongestión como corresponde. En efecto, el objetivo de esta sala no es crear nueva jurisprudencia, es resolver la mayor cantidad de casos en menos tiempo, por eso es razonable la medida que les impide conocer la unificación (…)"

La Corte Constitucional emprendió el examen de constitucionalidad en cita, frente al límite consignado en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que señala:

"Las salas de descongestión actuarán independientemente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero cuando la mayoría de los integrantes de aquellas consideren procedente cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, devolverán el expediente a la Sala de Casación Laboral para que esta decida".

Esto a fin de significar que la Sala se aparta del criterio expuesto en CSJ SL1806 -2022, en aras de preservar los principios de igualdad que debe predicarse de los afiliados al sistema general de seguridad social en pensiones, pues sería injustificado garantizar la afiliación, libre y voluntaria a quienes efectúan el traslado de un régimen a otro, pero no para quienes por primera vez se afilian al sistema. Considera la Sala que una diferenciación de tal talante desconoce el derecho a la igualdad de quienes se vinculan por primera vez al sistema pensional y estructura una distinción injustificada en perjuicio de los últimos. Además que sostener tal idea, configura una lectura errada de los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, contenidos principalmente en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019, solo porque en ellas no se analizó conceptualmente la ineficacia de la *afiliación* y sus efectos, sino la *ineficacia del traslado*, sin prever el marco normativo contenido en la Ley 100 de 1993 artículo 271.

De esta forma, la Sala considera que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 deriva el deber de información y la voluntariedad como condiciones igualmente exigibles tanto para afiliación inicial y traslado, sin distingo alguno, por lo que

el efecto de la falta de información, al transgredir la posibilidad de elección libre y voluntaria, es semejante en ambas hipótesis.

Por todo lo dicho, 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 eventual pensión, aspecto que busca mantener el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, contrario a lo que afirma Colpensiones en el recurso de apelación presentado. 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).

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.

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).

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 esta instancia, por lo que al resultar vencida en juicio, deberá ser condenada en costas, 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 cuando 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, como parte vencida, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (1SMLMV) a la fecha de la presente decisión.

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: MODIFICAR la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS de **LIBORIO VALENCIA CASIERRA** y, en consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales ha estado afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por **COLPENSIONES,** sin solución de continuidad.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia dictada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** las comisiones generadas en la cuenta de Ahorro Individual del afiliado, debidamente indexadas.

TERCERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia dictada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** las cuentas de rezago, si las hay, debidamente indexadas.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** a aceptar el traslado de **LIBORIO VALENCIA CASIERRA** y, 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.

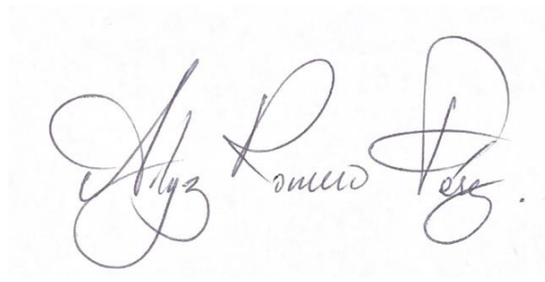
QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.,** y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho en esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (1SMLMV) a la fecha de la presente decisión, para cada una de las demandadas.

SEXTO: 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.

SÉPTIMO: 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,

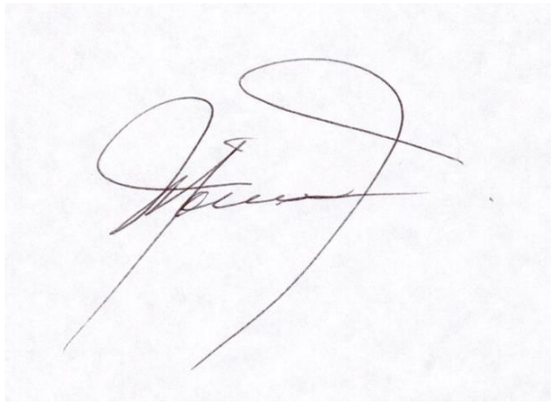


ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Aclara el Voto