



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso **Ordinario Laboral**
Accionante **Lyda Constanza Velasco Holguín**
Accionado **Administradora de Fondos de Pensiones y
Cesantías Porvenir S.A. y Administradora
Colombiana de Pensiones Colpensiones**
Radicado **76001310501120230004101**

Sentencia N°. 51

Santiago de Cali, veinte (20) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ frente al recurso de apelación formulado por **LYDA CONSTANZA VELASCO HOLGUÍN** contra la sentencia No.99 del 23 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, al interior del proceso ordinario laboral de primera instancia presentado por la apelante contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare nula o ineficaz su afiliación efectuada en el mes de julio de 1998 ante la AFP PORVENIR S.A., y, en consecuencia, se ordene su afiliación al RPMPD administrado por Colpensiones. Asimismo, pidió se condene a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones “*todos*

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

los aportes, cuotas de administración y rendimientos que posee la señora LYDA CONSTANZA VELASCO HOLGUIN en su cuenta individual”, y se imparta condena en costas y agencias en derecho.

Como hechos refirió que nació el 30 de mayo de 1970, teniendo a la fecha 53 años; que se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. en julio de 1998; que decidió afiliarse ante el ofrecimiento de mejores condiciones pensionales que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES; que no le informaron con suficiencia los pormenores del régimen privado de pensiones y tampoco le advirtieron su derecho al retracto; por el contrario, le refirieron que su mesada pensional sería superior a la que recibiría en el RPMPD; que el ISS iba a liquidarse y que su futuro pensional se encontraba en riesgo en caso de no afiliarse.

Por último, esgrime que el 15 de diciembre de 2022 elevó solicitud de afiliación RPMPD que fue negada por COLPENSIONES en la misma fecha.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones aceptó los hechos relacionados con la edad de la demandante, la solicitud de afiliación al RPMPD el 15 de diciembre de 2022 y la respuesta desfavorable que le dio a la misma. Frente a los demás hechos indicó que no le constan.

Se opuso a las pretensiones tras argumentar que:

“(…) De conformidad con los documentos allegados en la demanda, se observa que demandante nació el 04 de abril de 1966, por lo que a la fecha cuenta con 56 años de edad, es decir que se encuentra próxima a cumplir con el requisito de edad establecido por la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, para tener derecho a la pensión de vejez en el cualquiera de los dos regímenes. Es decir, se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista por el artículo 2 de la norma precitada para pretender

realizar un traslado entre Regímenes pensionales.

De otro lado, es de indicarse que existen plenas manifestaciones en la demanda y soportes probatorios que acreditan que la demandante se vinculó de manera directa a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. afiliación a partir de la cual se permite vislumbrar la voluntad de la demandante de afiliarse al RAIS así como su interés de permanencia en dicho Régimen, por lo que dicho acto de afiliación tiene plena validez conforme lo instituye el Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, y de conformidad con la norma en cita, la afiliación del accionante al RAIS goza de plena validez, toda vez que la elección de Regímenes es una potestad única y exclusiva del afiliado, facultad restringida por la ley de manera exclusiva cuando al afiliado le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

(...)

Es pertinente resaltar que debido a que la demandante nunca estuvo afiliada al Régimen de Prima Media, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en el presente proceso actúa como tercero de buena fe. Así las cosas, es necesario poner en conocimiento del despacho la excepción de INOPONIBILIDAD POR SER TERCERO DE BUENA FE (...)

En defensa de sus intereses propuso las excepciones que denominó “inoponibilidad”; “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “prescripción”, “la innominada” y “buena fe”.

Porvenir S.A. únicamente aceptó que la demandante se afilió al RAIS en la fecha narrada y sobre los demás hechos indicó que no son ciertos. Luego explicó que la demandante había suscrito el formulario de vinculación el 07 de julio de 1998, siendo efectiva el 08 de julio de ese año y en dicho acto brindó a la demandante asesoría de manera verbal indicando las condiciones, posibilidades de retracto, beneficios, características y consecuencias del régimen.

Acto seguido, se opuso a las pretensiones indicando:

“(...) No existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o a la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante alude que se trasladó de régimen pensional. La decisión tomada por el actor se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los

requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo pues: (i) antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; (ii) suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; (iii) en cumplimiento de las exigencias legales, al suscribir la solicitud de vinculación, con la cual se concretó su traslado de régimen, manifestó en forma expresa que lo hacía en forma voluntaria y libre.

(...)

La demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Por ende se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados (...)"

En defensa de sus intereses propuso las excepciones de fondo que denominó "prescripción", "prescripción de la acción de nulidad", "cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación", y "buena fe".

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia de 08 de agosto de 2023 declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a las accionadas de todas las pretensiones, con costas para la demandante.

Lo anterior, tras resaltar² que “(...) Se tiene que en este caso la afiliación inicial al Sistema de Seguridad Social en pensiones se hizo al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 08 de julio de 1998, lo cual implica que no es dable retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes a que se hiciera esa elección primigenia, como quiera que no existe una situación jurídica anterior qué modificar, o podría dejar sin protección social a la demandante (...) De tal suerte que si bien, a PORVENIR S.A. le era exigible el cumplimiento del deber de información previa a la afiliación de la demandante, lo cierto es que no resulta atendible la declaratoria de ineficacia de dicho acto jurídico, pues lo que puede invalidarse o declararse ineficaz es el traslado, no la afiliación inicial al sistema general de pensiones, así lo dijo la Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1806 de 2022, en la que sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional (...)”

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante presentó recurso de apelación contra de la sentencia de instancia³, el cual fundamentó, esencialmente, en que “jurisprudencialmente se ha venido concediendo la invalidez de estas afiliaciones, ya que mi representada tenía un único deseo de pertenecer al ISS hoy COLPENSIONES, lo cual no logró hacer por la falta de información entregada por Porvenir”.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto de 9 de noviembre de 2023, admitió el recurso de apelación y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

² Archivo digital No.11, grabación audio vídeo, minuto 22:21 – 30:02

³ Archivo digital No.11, grabación audio vídeo, minuto 30:03

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Estando dentro de la oportunidad procesal, la parte demandante y Colpensiones presentaron escrito de alegatos.

El demandante ratificó que su afiliación a Porvenir S.A se dio sin recibir asesoría o información completa, comprensible y relevante, lo cual quedó sentado en primera instancia, debido a que la AFP no pudo acreditar lo contrario.

Resaltó que según las normas y la jurisprudencia relevante para el caso, la ineficacia de un traslado se da por el incumplimiento del deber de información, el cual Porvenir S.A omitió, por lo que solicita se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a sus pretensiones.

Por su parte Colpensiones volvió sobre los argumentos dados en su contestación; resaltó que la demandante presentó la petición de nulidad de afiliación cuando contaba con menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión, razón por la cual se rechazó su solicitud.

Además, mencionó que *“el traslado de régimen pensional al de Ahorro Individual, lo realizó la demandante en forma libre y voluntaria y cumpliendo con los requisitos legales, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además la carga de la prueba radica en cabeza de la parte actora y COLPENSIONES por vía de jurisprudencia no puede otorgar la nulidad de un acto en el que no participó”*

Finalmente, expone que en caso de que se acceda a las pretensiones de la demandante, Porvenir SA deberá reintegrar todos los valores que recibió en la cuenta pensional de la actora, sus rendimientos y demás conceptos aplicables.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Le compete a esta Corporación resolver, en segunda instancia, sobre las materias que fueron apeladas en atención al artículo 66 A del CPTSS modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001.

VIII. CONSIDERACIONES

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no es materia de discusión que: (i) la demandante se afilió inicialmente al RAIS administrado por Porvenir S.A. desde el 08 de julio de 1998⁴, (ii) mediante oficio del 15 de diciembre de 2022 Colpensiones resolvió negativamente la solicitud de traslado formulada por la demandante⁵, (iii) que la demandante no se ha vinculado durante su vida laboral a un fondo de pensión diferente a Porvenir S.A., tal y como consta en el historial de vinculaciones emitido por Asofondos⁶.

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

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

⁴ Archivo No.03 folio 3, historia laboral , archivo No.07 folio 27 - 28

⁵ Archivo No.03 folio 13

⁶ Archivo No.07 folio 61

del acto de afiliación al RAIS y, finalmente, (v) el caso concreto.

Deber de información

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

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

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

De acuerdo con lo expuesto, por vía jurisprudencial se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene en su situación pensional la afiliación a un determinado régimen, y se

ha determinado que la simple expresión genérica de consentimiento que usualmente se plasma en los formularios de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento tal obligación.

Asimismo, el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante), información que los jueces deben tener en cuenta en cada caso concreto, a efectos de establecer el cumplimiento del deber de ilustración, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021). Tal y como se observa a continuación⁷:

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

⁷ CSJ SL1452-2019.

		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 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 la doble condición para que la afiliación a los regímenes pensionales se repute eficaz y válida, 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 solo surte plenos efectos cuando es 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 predicen cuando lo ineficaz es el acto de afiliación inicial al RAIS, pues ello supondrá que el accionante ha estado válidamente afiliado a la única opción posible en el sistema general de pensiones, es decir, al régimen de prima media con prestación definida, aplicándose los mismos efectos económicos y jurídicos descritos en precedencia. Por tanto, la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación produce los mismos efectos retroactivos en tratándose de la afiliación inicial o del cambio de régimen.

Caso concreto

De los medios de convicción aportados al proceso se extrae que la demandante se afilió a Porvenir S.A. desde el 08 de julio de 1998, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, esto es, la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así se observa en el reporte SIAFP de Asofondos⁸:

⁸ Archivo digital No.07 folio 61

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 7:09:31 PM
Afiliado: CC 66761469 LYDA CONSTANZA VELASCO HOLGUIN [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 66761469							
<u>Tipo de vinculación</u>	<u>Fecha de solicitud</u>	<u>Fecha de proceso</u>	<u>AFP destino</u>	<u>AFP origen</u>	<u>AFP origen antes de reconstrucción</u>	<u>Fecha inicio de efectividad</u>	<u>Fecha fin de efectividad</u>
Vinculación inicial	1998-07-07	2004/04/16	PORVENIR			1998-07-08	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 66761469						
<u>Fecha de novedad</u>	<u>Fecha de proceso</u>	<u>Código de novedad</u>	<u>Descripción</u>	<u>AFP</u>	<u>AFP involucrada</u>	
1998-07-07	1998-07-16	01	AFILIACION	PORVENIR		

Un item encontrado.
1

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

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

Tampoco existe una constancia de que se haya entregado el Plan de Pensiones o el Reglamento de Funcionamiento de 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.27 archivo 07), (ii) certificado de vigencia de la afiliación (p.28 archivo 07); (iii) certificado de saldo a la fecha 10 de marzo de 2023 (p.29 archivo 07); (iv) relación de aportes de Porvenir S.A. (p.30 - 59, archivo 07); (v) historial de vinculaciones emitido por el SIAFP de ASOFONDOS (p.61, archivo 07) (vi) oficio de Colpensiones acerca de la solicitud de un certificado de rendimientos, (vii) comunicados de prensa Porvenir S.A. sobre prohibición de traslado para quienes estuvieran a menos de 10 años para cumplir edad pensional (p.68 - 70 archivo 07) y (viii) concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia sobre la ineficacia de la afiliación (p.71 - 77, archivo 07).

No obstante, los mencionados documentos, no aportan mérito alguno a lo debatido en este asunto, pues, se reitera, el formulario de afiliación no permite esclarecer lo relativo al consentimiento informado, y los demás documentos están relacionados con situaciones posteriores al acto jurídico de afiliación, de los que no es posible constatar que la AFP cumpliera con su deber de información.

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

Los anteriores elementos corroboran el hecho de 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 erró al abstenerse de declarar la ineficacia del acto de afiliación o elección de régimen pensional debatido, por lo que se revocará la decisión confutada para declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS de la demandante, cuya consecuencia 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.

Debe advertirse que, si bien el *a quo* sustentó sus conclusiones en varios pronunciamientos efectuados por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que, en sentencia CC C-154- 2016, la Corte Constitucional ha explicado que la unificación de jurisprudencia compete a las Salas permanentes de dicha Corporación. De ello se sigue que el precedente que emana de dicha Colegiatura si bien es vinculante y debe ser considerado por los jueces inferiores, ello no constituye un límite inamovible a la autonomía judicial, por lo que es posible separarse del mismo mediante argumentos razonables y suficientes.

Al respecto ha indicado:

“(...) 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 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”.

Bajo este horizonte, a criterio de la Sala, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no diferencia entre afiliación inicial y traslado, por lo que el efecto de la falta de información, al transgredir la posibilidad de elección libre y voluntaria, es semejante en ambas hipótesis -afiliación o traslado-, pues en ambos casos lo que se pretende salvaguardar es el mismo derecho de estirpe fundamental: la seguridad social.

Por todo lo dicho, la Sala concluye que, ante la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, la demandante se entenderá afiliada al régimen de prima media sin solución de continuidad y corresponde a la AFP accionada remitir a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro pensional de la accionante, las cuentas de rezago y los bonos pensionales, si los hay, junto con sus rendimientos. Igualmente, deberá devolver a la demandante los aportes voluntarios que existieren y remitirle a Colpensiones 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 la afiliada o Colpensiones asuman los deterioros que tales recursos sufrieron por el paso del tiempo.

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

CSJ SL2877-2020, CSJ SL 782-2021, CSJ SL 1187-2021, CSJ SL 1197-2021, CSJ SL3188-2022, CSJ SL4322-2022, CSJ SL3465-2022, CSJ SL584-2022 y CSJ SL 1084-2023 entre otras).

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 ordenará 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 1º 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 cuanto estas forman parte integral de la sentencia, pues su imposición nace del ejercicio propio del derecho.

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

En esta segunda instancia, se condenará en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones, como parte vencida, en favor de la parte demandante, se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de un millón de pesos (\$1.000.000 m/cte)

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: REVOCAR en su integridad la sentencia No. 99 de 23 de mayo de 2023, dictada por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, Valle, y en su lugar, se procede a **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del acto de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS de **LYDA CONSTANZA VELASCO HOLGUÍN**, administrado por **PORVENIR S.A.**, y en consecuencia, se declara que para todos los efectos legales la demandante nunca estuvo afiliada a ese régimen, y por tanto, su selección inicial se dio al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por **COLPENSIONES**.

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** que en los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia transfiera a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, todos los recursos que posea **LYDA CONSTANZA VELASCO HOLGUÍN** en su cuenta de ahorro individual, como saldos, cotizaciones, bonos pensionales y

cuentas de rezago si las hay, con sus rendimientos. Igualmente, y en el mismo término, deberá cancelar los aportes voluntarios a la demandante, si los hay, y transferir a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. Además, todos los valores a reintegrar deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** aceptar la afiliación de **LYDA CONSTANZA VELASCO HOLGUÍN**, y, una vez reciba los recursos por parte de **PORVENIR S.A.** en un término máximo de quince (15) días realice la validación, transcripción y actualización de su historia laboral en términos de semanas de la 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 millón de pesos m/cte (\$1.000.000) a cargo de 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, **DEVOLVER** por Secretaría el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

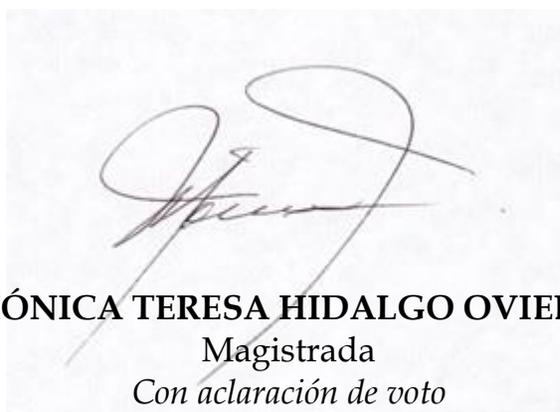
Los Magistrados



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada ponente



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada
Con aclaración de voto