REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

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

DEMANDANTE:	***Ebert Meneses Lozano***
DEMANDADOS:	***Colpensiones y otro***
RADICACIÓN:	***76001-3105-012-2022-00827-01***
ASUNTO:	***Apelación y Consulta la sentencia # 43 del 28 de febrero de 2023***
ORIGEN:	***Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali***
TEMA:	***Ineficacia de primera afiliación a régimen pensional.***
DECISIÓN:	***Revoca.***

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo la apelación interpuesta por PORVENIR así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES frente a la sentencia 43 de febrero 28 de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **EBERT MENESES LOZANO** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** con radicado No. **76001-3105-012-2022-00827-01**.

SENTENCIA No. 044

DEMANDA[1] Y SUBSANACIÓN[2]. Depreca el accionante se declare la nulidad absoluta de su traslado del RPMPD al RAIS al que se encuentra afiliado a través de PORVENIR, como consecuencia ordenar su regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES, condenando a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes de la cuenta de ahorro individual del accionante con sus respectivos rendimientos, con cotas a cargo de las demandadas.

[1] Fls. 1 - 10 Archivo 03 Expediente Digital y anexos Archivo 02, fls. 1-23.
[2] Fls. 1 - 41 Archivo 07 Expediente Digital.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 13 de abril de 1959, cotizó desde antes de 1988 hasta 1995 al ISS, en abril de 1995 se trasladó al RAIS administrado actualmente por PORVENIR, sin información clara, completa ni profesional, ni asesoría veraz, tampoco le advirtieron que podía ejercer el derecho de retracto hasta antes de los 52 años, ni sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, por el contrario, fue irresponsable al ofrecerle beneficios inexistentes y con publicidad engañosa; de hecho la pensión de vejez que le puede corresponder en PORVENIR es inferior a la que le otorgaría COLPENSIONES bajo el régimen de transición del art. 36 de la ley 100 de 1993, refiere que cuenta con más de 1499 semanas cotizadas en su vida laboral, habiendo realizado los cálculos correspondientes, con la densidad de semanas, su mesada pensional en el RAIS sería de $1.000.000, con una tasa de reemplazo del 26.90%, muy inferior a la del fondo público. Finalmente, anota que solicitó a PORVENIR la nulidad de su traslado, sin recibir respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PORVENIR S.A.[3] no se opone ni al traslado de régimen ni de los aportes y rendimientos; pero sí se opone al traslado de los gastos de administración, frutos e intereses, sumas adicionales de la aseguradora, condenas adicionales, también a la condena en costas y agencias en derecho contra su representada, por tener ánimo conciliatorio para evitar un desgaste procesal. Arguye que el traslado desde el RPMPD al RAIS se efectuó, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes, el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, y las variables específicas, como edad del pensionado y su grupo familiar, expectativa de vida de los beneficiarios en caso de una sustitución familiar, capital acumulado a la fecha del cálculo, tasa de rentabilidad del fondo especial de retiro programado o a largo plazo, por lo que la afiliación a PORVENIR es válida, de lo que da fe su solicitud de vinculación debidamente firmada, que contiene la declaración escrita de su voluntad. Además, se le informó de su derecho de retracto, del que el demandante no hizo uso; lo que se le garantizó por esa AFP, tal como lo dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de1994, el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 3800 del mismo año, ya que las administradoras de fondos

[3] Fs. 1-69 Archivo 17 Expediente Digital

pensionales el 15 de enero de 2004, publicaron en el diario El Tiempo en un comunicado de prensa, la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003; alega que el demandante también tenía el deber de informarse, se cumplió con la finalidad del SGSS en pensiones, refiere que no es procedente el traslado de los gastos de administración ni de las primas de seguros previsionales, que le pretenden aplicar leyes inexistentes al momento del traslado, que no procede la nulidad después de 27 años de cotizaciones al RAIS, y si la hubiere está prescrita. Propone como excepciones de fondo, las de prescripción, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, improcedencia del traslado de los gastos de administración en caso de condena y genérica o innominada.

COLPENSIONES[4] se opuso a todas las pretensiones, arguyendo la improcedencia de declarar la nulidad absoluta solicitada, pues se violaría el principio de legalidad de la administración pública, y desconocería el ordenamiento jurídico y jurisprudencial previsto; así como la posibilidad de libre elección que en su momento ejerciere la parte demandante, su traslado de régimen fue libre y voluntario, él no ha probado ningún vicio del consentimiento, teniendo también el deber de informarse, y no ejerció el derecho de retracto antes de la edad en que debió hacerlo. Por lo anterior, al ser el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP privada legalmente válido, por haberse conocido debidamente la información concerniente a la afiliación al régimen en que se encuentra el actor, no habría lugar a declararse la existencia de vicios del consentimiento, no hubo error, ni violación del artículo 1502 del código civil colombiano. No obstante, sin aceptar lo pretendido por el demandante, donde se llegase a probar en el curso del proceso, la ineficacia de dicha vinculación, deberá devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; al deberse a su conducta indebida, el fondo privado debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración en que hubiere incurrido, a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C., seguros

[4] Fs. 1-23 Archivo 19 Expediente Digital

previsionales, porcentajes que se destinan al fondo de garantía de pensión mínima, porcentaje que se destina para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, entre otros, pues la consecuencia de una nulidad y/o ineficacia trae consigo, que todo regrese al estado anterior, como si nunca se hubiere realizado. Insiste que no hubo afiliación del señor MENESES LOZANO a COLPENSIONES, pues no se registra la misma en el expediente. Propuso las excepciones de fondo de ausencia de requisitos legales para la nulidad de traslado de régimen, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, carencia probatoria, buena fe, prescripción, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[5].

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia # 43 de febrero 28 de 2023, dispuso:

> ***"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones formuladas por* ***COLPENSIONES Y PORVENIR*** *en lo referente a la ineficacia.*
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *la* ***INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN*** *efectuada por el señor* ***EBERT MENESES LOZANO*** *al régimen de ahorro individual y de todas las afiliaciones que éste haya tenido a administradoras del mismo y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a* ***PORVENIR S.A.*** *a trasladar a* ***COLPENSIONES*** *el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del señor* ***EBERT MENESES LOZANO****, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar.*
> ***CUARTO: CONDENAR*** *a* ***PORVENIR*** *a devolver los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.*
> ***QUINTO: COSTAS*** *a cargo de* ***COLPENSIONES*** *a favor del accionante. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído.*
> ***SEXTO: COSTAS*** *a cargo de* ***PORVENIR S.A.*** *a favor del accionante. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho medio salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído.*
> ***SÉPTIMO: REMITIR*** *el expediente ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de* ***COLPENSIONES.***
> ***OCTAVO: INFORMAR*** *al* ***MINISTERIO DEL TRABAJO*** *y al* ***MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO*** *sobre la remisión del expediente al superior jerárquico".*

La a quo, luego de sintetizar el caso, advierte de la peculiaridad del mismo, pues de la historia laboral allegada por Colpensiones se evidencia que el Señor MENESES LOZANO no efectuó cotizaciones a ese fondo antes del 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100

[5] Archivo 25 Expediente Digital, min. 0:57:42 a 1:40:15 y Acta de la Sentencia, archivo 16 ED.

de 1993; se advierte que él se encontraba laborando para el Departamento del Valle del Cauca, que no tiene caja de previsión; el Decreto 692 de 1994, estableció que se debía entender que los servidores que no estuvieren realizando aportes a una caja de previsión, deberían manifestar su voluntad de afiliarse a uno de los dos regímenes; a su vez el Decreto 1068 de 1995, art. 2 dispuso que el empleado del sector territorial debía efectuar la elección de uno de los dos regímenes, y fue así como el demandante seleccionó el RAIS; por eso en este caso, no puede hablarse de ineficacia de traslado (pues nadie puede regresar donde no ha estado), sino de "ineficacia de afiliación". Aclara la Señora Juez que, dejando de lado su criterio personal, pues considera que deberían negarse las pretensiones de la demanda; sin embargo y siguiendo el precedente vertical del Tribunal Superior de Cali en la sentencia del 20 de noviembre de 2019, con ponencia de la Magistrada María Nancy García García, y comoquiera que se dan los mismos lineamientos del deber de información y se debe entender que la persona pertenece al mismo régimen por el que hubiese optado por serle más favorable. Recalca que el artículo 4 del Decreto 1068 de 1995 consagra que los servidores públicos deben seleccionar de manera libre y voluntaria el régimen al cual desean afiliarse, lo que sólo es posible en la medida que hubieren tenido una información suficiente, sin que el mero formulario preimpreso y firmado sea prueba de ello.

Fundamentó su decisión, luego de acopiar y explicar la legislación, así como la jurisprudencia que tiene decantado el tema, en el hecho que la única prueba aportada por PORVENIR fue el formulario de afiliación preimpreso, lo que en modo alguno demuestra que por el fondo privado se hubiere dado al demandante la información veraz, coherente, indicada y suficiente, de modo que no cumplieron con la carga de la prueba, tampoco le informaron de su derecho al retracto, ni se puede decir que el traslado horizontal convalide la falta al deber de información. No existe prueba alguna de la ilustración por PORVENIR, no se trata de ofertar beneficios pensionales, era necesario aclarar las consecuencias adversas; la libre escogencia requiere que la persona conozca de manera clara, concreta y correcta beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes; y no se trata de obligaciones nuevas por línea judicial, ya era exigencia desde su creación. El Decreto 663 de 1993 en sus artículos 72 y 97, este último modificado por el art. 93 de la ley 795 de 2000, exigía entregar información suficiente para tomar decisiones informadas. Si eventualmente no se deba hablar de engaño, tampoco hubo información coherente y estudiada, concluyendo que se debe dejar sin efectos la afiliación del Señor MENESES LOZANO, la cual es ineficaz, lo que opera de pleno derecho, es insaneable e imprescriptible. Todo ello con las consecuencias establecidas, entre otras, en la SL 5686 de 2021. El Departamento del Valle debe trasladar a

COLPENSIONES un bono pensional por el tiempo que el demandante fue su servidor, sin haber realizado cotizaciones a ninguna Caja de Previsión.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

PORVENIR S.A. [6]**.** Inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación parcial, solicitando la revocatoria del numeral 4° de la sentencia, absolviendo a su representada de la condena a devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta que ellos incluyen los gastos de los riesgos previsionales de invalidez y sobrevivencia, que benefician al mismo afiliado, no son rubros que incrementarían las cuentas del afiliado, sino "innatos" de la afiliación en cualesquiera de los regímenes, y que se generarían también en Colpensiones. Además, de los dineros ahorrados en la cuenta individual del demandante, el 50% son rendimientos que obedecen a la buena gestión de PORVENIR, los cuales no se generan en el RPMPD; en la demanda no se piden tales gastos y tampoco son derechos fundamentales ni irrenunciables, por lo que solicita la revocatoria del numeral 4° de la sentencia que impugna y la devolución de aquéllos.

COLPENSIONES no interpuso recurso alguno, por lo cual se conocerá en consulta a su favor.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Al arribar el proceso, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, el cual transcurrió en silencio, encontrándose vencido.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "…las materias objeto del recurso de apelación…" de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COPLPENSIONES.

Previo a plantear los problemas jurídicos que concitan nuestra atención, advierte este colegiado que procederá primero a abordar el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES, pues dada la amplitud de su temática, bien puede en su resolución, quedar subsumida la alzada o ser innecesario ya su tratamiento.

---

[6] Archivo 25 Expediente Digital, min. 1:32:17 a 1:36:12

PROBLEMAS JURÍDICOS. En aras a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y los reparos invocados en la alzada, se centran a resolver: (i) si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el accionante al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR; (ii) si la eventual consecuencia del incumplimiento al deber de informar de una AFP privada puede ser su **traslado** al RPMPD administrado por COLPENSIONES, a pesar de nunca haber estado afiliado ni haber cotizado a él ni a una caja de previsión; (iii) si la imposición de pensionar a quien efectuó sus cotizaciones a otro fondo privado atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y afecta a COLPENSIONES; y, (iv) si debe revocarse el numeral 4° de la sentencia, absolviendo a PORVENIR de la condena a devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta que ellos incluyen los costos para cubrir los riesgos previsionales de invalidez y sobrevivencia, que benefician al mismo afiliado, se hubieren generado en cualesquiera de los dos regímenes, amén que han cumplido su misión como seguros previsionales.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Sea lo primero recordar que, la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la coexistencia 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) – artículo 12 de la norma en cita –; pasando este último a ser gestionado por las AFP Administradoras de Fondos de Pensiones privadas, que quedaron facultadas, entre otras, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, con el deber de brindar asesoría pensional a los usuarios de la seguridad social.

Por su parte, el Decreto 692 de 1994, estableció que se debía entender que los servidores que no estuvieren realizando aportes a una caja de previsión, deberían manifestar su voluntad de afiliarse a uno de los dos regímenes; y, a su vez el artículo 2° del Decreto 1068 de 1995, dispuso que el empleado del sector territorial debía efectuar la elección de uno de los dos regímenes.

De modo que, ante la coexistencia de dos regímenes pensionales, tanto los trabajadores como los servidores públicos tenían la facultad de elegir a cuál

pertenecer, lo que debería obedecer a una decisión libre, voluntaria e informada por parte de los afiliados.

Ahora, es menester recordar que el tema que concita nuestra atención, ello es el análisis de una afiliación en la cual presuntamente se hubiere transgredido el deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resultaría equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en las sentencias SL 5144 de 2019 y SL 1055 de 2022. Ergo, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia de la afiliación, como lo señaló la Sala de Casación Laboral en relación con las ineficacias de traslado, esto es, que el desconocimiento en el deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde su nulidad, pues resulta equivocado exigirle al usuario de la seguridad social la acreditación de los vicios del consentimiento, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada.

Siguiendo este hilo conductor, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° 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».* Información que hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el usuario pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, en un lenguaje comprensible para éstos.

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las 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 a su futuro pensional.

Por su parte el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estatuye que los trabajadores tienen la opción de elegir aquel de los regímenes que mejor les 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; es así como 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**.

En efecto, así se lee en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

> ***"Artículo 13. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características****:*
> *[…]*
> *b. 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. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.*
> *[…]*
> *e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; …"* (aparte exequible CC, C 1024 de 2004, con la salvedad de la C 789 de 2002 para los beneficiarios del régimen de transición, que son habilitados para regresar en cualquier tiempo).

Ergo, la libre voluntad de selección debidamente informada de régimen pensional es y fue desde siempre de la esencia del acto de afiliación, y ello encuentra respaldo tanto normativo como jurisprudencial, aun cuando ese deber de información que recae sobre las administradoras de fondos pensionales evolucionó en el tiempo, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014. Es así como, el inicial deber de información veraz, clara y necesaria a cargo de los fondos desde su creación, mutó al de asesoría y buen consejo y luego al de doble asesoría. (SL 1688 de 2019 y SL 2289 de 2022). Para ver la evolución del deber de

información a cargo de las AFP puede consultarse la SL 1452 del 3 de abril de 2019 con ponencia de la Doctora CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Lo anterior se vino desarrollando, inicialmente en los juzgados del país, a medida que las personas que se trasladaron del sistema pensional administrado por el fondo público al administrado por los fondos privados, les fue llegando el momento de disfrutar de su pensión y se fueron percatando de las grandes diferencias económicas de sus mesadas en uno y otro régimen, circunstancias que no sólo desconocían sino que ni siquiera alcanzaron a vislumbrar, pues atenta contra toda lógica creer que alguien de manera informada y libre prefiera y se decida por un futuro económico inferior, trasladándose voluntariamente en perjuicio de sus condiciones futuras.

A su vez, y con fundamento en el principio de la carga dinámica de la prueba, la Sala de Casación Laboral, precisó que la prueba de demostrar la existencia del consentimiento informado debe recaer en las administradoras de fondos pensionales; invirtiéndose así la carga de la prueba, sin que sea dable exigir al afiliado, que se encuentra en una posición de desventaja, complicada, sino imposible, frente al esclarecimiento de haberse brindado la debida información al futuro afiliado. Destaca la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es un despropósito, obligar al afiliado a probar la existencia del consentimiento informado para la afiliación, pues en virtud de una regla de justicia, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – *cuando no imposible* – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. Ello, en la medida que: (i) la omisión en torno al deber de información tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G.P. y sólo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, porque la custodia de la documentación así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la

obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Si bien lo referente a la ineficacia de traslados ha venido evolucionando a nivel jurisprudencial, ya desde la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994 se encontraba regulado el tema de la afiliación, selección y vinculación a alguno de los dos regímenes pensionales creados al entrar en vigencia el nuevo régimen general de seguridad social, veamos:

Se permite esta Sala transcribir dos artículos de la Ley 100 de 1993, así:

> ***"ARTÍCULO 271. Sanciones para el Empleador***. *El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor en cada caso y por cada afiliado a una multa, impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente.* ***La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador****…* (Resalta la Sala).
>
> ***ARTÍCULO 272. Aplicación Preferencial***. *El Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la presente Ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores.*
> *En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia."* (Destaca el Tribunal).

Por su parte, en el Decreto 692 de 1994, se dispuso lo siguiente:

> ***"Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación***. *La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*
> *La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado.*
> *Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la* ***vinculación*** *o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*
> *Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.*
> *Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la*

Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:
a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;
d) Número de cédula o NIT del afiliado;
e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.
El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.
No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.
Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.
Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.

El artículo 12 regula la confirmación de la vinculación.

***Artículo 13. Permanencia de la afiliación**. La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.*

***Artículo 14. Efectos de la afiliación**. La afiliación surtirá efectos a partir del primer día del mes siguiente a aquel en el cual se efectuó el diligenciamiento del respectivo formulario.*
Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la administradora que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del período en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la pensión o prestación correspondiente.

***Artículo 15. Traslado de régimen pensional**. Una vez efectuada la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de*

régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.
Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media, se aplicará lo siguiente:
a) Si el traslado se produce del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales. La expedición de los bonos se regirá por lo dispuesto en el artículo 18 del presente Decreto y la reglamentación que al efecto se expida en uso de las facultades extraordinarias de que trata el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993;
b) Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado, se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado."

Corolario de lo anterior, los actos de la afiliación y de traslado de régimen pensional siempre debieron estar precedidos de una información veraz y comprensible, independientemente de que el referido deber de información fuere haciéndose cada vez más exigente, y ello es así puesto que, 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.

Se itera que, desde la creación misma de las AFP, es diáfana la existencia del deber de información, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir de manera libre y voluntaria entre los dos regímenes, y al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática al indicar que para que el usuario de la seguridad social pueda escoger, debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos acarrea la elección de uno u otro régimen, siendo necesario que las administradoras de fondos de pensiones proporcionen información suficiente, clara y veraz, pues sólo así se puede afirmar que la decisión fue libre y espontánea; ello en concordancia con lo preceptuado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, (modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003), que regula el deber de información a los usuarios, so pena de incurrir en las sanciones de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de

1993, cuando personas jurídicas o naturales 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.

Caso concreto. Descendiendo al caso de marras, advierte la Sala que en esta instancia se encuentran acreditados los siguientes hechos, a saber: (i) el accionante nació el 13 de abril de 1959; (ii) el demandante laboró para el Departamento del Valle del Cauca desde el 11 de diciembre de 1992; (iii) el Departamento del Valle del Cauca no tenía caja de previsión, por lo cual es responsable por 133,1 semanas (correspondientes al período comprendido desde el 11.12.1992 al 30.06.1995) en las cuales dicho ente territorial era responsable directo de la pensión de su trabajador; (iv) a partir de julio de 1995 el demandante se afilió por primera vez al RAIS, a través de PORVENIR; (v) desde esa afiliación el accionante ha permanecido en el mismo fondo, contando según su historia laboral a enero de 2022, con 1365,5 semanas cotizadas a PORVENIR; y para el momento en que PORVENIR contestó la demanda contaba ya con 1405 semanas cotizadas a ese fondo, para un total al momento de esa contestación de 1538 semanas; (vi) el demandante no ha estado afiliado ni ha cotizado nunca al ISS - hoy COLPENSIONES - ni a ninguna caja de previsión; (vii) que el demandante elevó a PORVENIR solicitud de nulidad/ineficacia de afiliación; la cual la AFP privada respondió tan sólo el 8 de septiembre de 2022 de manera negativa, por tener el demandante a esa fecha 63 años, lo que imposibilita su traslado por encontrarse a menos de diez años de cumplir la edad para el acceso a la pensión de vejez (fls. 59 a 61 archivo 17 del ED), de modo que a la fecha de esta demanda continúa en PORVENIR S. A.

Pretende pues el señor EBER MENESES LOZANO, se declare la nulidad absoluta de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual al cual se encuentra actualmente afiliado a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A., y como consecuencia de lo anterior, se ORDENE su regreso automático al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, a la cual PORVENIR deberá trasladar la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus respectivos rendimientos, lo anterior para tramitar su pensión ante el Régimen de Prima Media con

Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, por ser éste más favorable.

Con la salvedad explícita en las consideraciones, en el sentido que abordaremos el tema desde la INEFICACIA y no desde la nulidad, encuentra este colegiado que, no fue aportado al expediente prueba alguna de que la primera afiliación del demandante efectuada a partir de julio de 1995 al RAIS, a través de PORVENIR, hubiere cumplido con el deber de información; más aún en el legajo ni siquiera se encuentra el formulario de afiliación, pues los anexos aportados por PORVENIR van encaminados a una exposición de la historia laboral del señor MENESES LOZANO, y la contestación de la demanda de este fondo privado, está efectuada en algo así como un preforma, en el que ni siquiera se mencionó que el caso del demandante no era de un traslado sino de una primera afiliación.

En consecuencia, toda la defensa de PORVENIR, al menos en lo referente al cumplimiento de su deber de informar, se enfocó en sostener que sus asesores serían un equipo debidamente calificado y capacitado, que informaban las condiciones y requisitos para acceder a la pensión teniendo en cuenta variables, tales como edad del pensionado y su grupo familiar, capital acumulado, tasa de rentabilidad, etc., tratándose de simples dichos carentes y totalmente huérfanos de sustento probatorio.

Acorde con lo anterior, para esta Sala es claro que PORVENIR no brindó al demandante información alguna en su proceso de afiliación, y si lo hizo, no hay prueba de ello en todo el debate procesal.

No obstante, y continuando con el derrotero planteado al establecer los problemas jurídicos a resolver, es el momento de respondernos si ¿la consecuencia del incumplimiento o la transgresión al deber de informar por parte de PORVENIR al momento de afiliarse por primera vez el demandante puede ser su **traslado** al RPMPM administrado por COLPENSIONES (antes ISS), a pesar de nunca haber estado afiliado ni haber cotizado a él ni a una caja de previsión? La respuesta para la Sala es NEGATIVA.

Se trata de quien no efectuó cotizaciones a ese fondo antes del 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, se encontraba laborando para el Departamento del

Valle del Cauca, que no tiene caja de previsión social; así el demandante seleccionó el RAIS; por eso en este caso, no puede hablarse de ineficacia de traslado (pues nadie puede regresar donde no ha estado), sino de “ineficacia de afiliación”.

Entiende la Sala que la pretensión es imposible de cumplir, por la potísima razón que no se puede “devolver a alguien donde nunca estuvo”, además que ello atenta contra la lógica y todas las reglas de la responsabilidad civil. Si quien se afilió por primera vez al RAIS no fue debidamente informado, y ello le ocasionó perjuicios, puede eventualmente ser resarcido por ese fondo privado, pero no ser pensionado por Colpensiones. La consecuencia de la falta al deber de informar no puede ser "devolver" a alguien a "donde nunca estuvo". La consecuencia de los perjuicios de la primera afiliación fundada en la transgresión del deber de información debe abordarse desde la indemnización de perjuicios propia de la responsabilidad civil por el hecho propio y no como si se tratase de un traslado ineficaz por falta al deber de información.

En ese orden de ideas, habiendo seleccionado por primera vez el RAIS, administrado por PORVENIR, el acto jurídico del traslado debió ceñirse a los tiempos contemplados en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, inicialmente de 3 años y luego, en vigencia de la Ley 797 de 2003, de 5 años, sin que en todo caso, le falten 10 años para pensionarse, en el caso del actor antes de llegar a los 52 años de edad, en cuyo caso el traslado le sería negado, como efectivamente sucedió en el sub examine.

De modo que, y en conclusión, en el caso que nos ocupa no es posible declarar la ineficacia de la primera afiliación ni menos aún la ineficacia de un traslado que nunca existió, como consecuencia de no haber recibido el demandante la información acorde con los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, pues esa pérdida de validez y eficacia de la primera afiliación, en tanto conlleva su regresión al estado anterior, implicaría -al volver las cosas a su estado inicial- que ese capital con todos sus rendimientos y gastos ya de la cuenta individual ora de administración, se trasladarían al propio cotizante o a su empleador, el Departamento del Valle, pues no existió vinculación ni cotización anterior.

Por lo cual no es dable que la transgresión al deber de informar tenga las mismas consecuencias jurídicas de la ineficacia de traslado en tratándose de la primera afiliación.

A conclusiones similares arribó tanto la Sala Cuarta de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la SL1806 del 31 de mayo de 2022, radicación 88669, con ponencia del Dr. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA; como la Sala de Casación Laboral al resolver otro caso similar, pero en sede de tutela, esta vez en la STL 9388 del 13 de julio de 2022, radicación n.°67290, MP Dr. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ.

Se lee, en algunos apartes de la SL 1806 de 2022:

> *"Así las cosas, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, no resulta razonable declarar la ineficacia y disponer que las cosas retornen a su estado natural, como si el acto jurídico no se hubiese efectuado, pues esto implicaría -de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los efectos de la ineficaciadel acto jurisprudencialmente reseñados- que el afiliado pierda dicha calidad, no cuente con ninguna vinculación al sistema y pueda afiliarse nuevamente, sin la posibilidad de que las cotizaciones efectuadas previo a dicha declaratoria se remitan al otro régimen, por la potísima razón de que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al imponer a un régimen la obligación de responder por una prestación quenunca se construyó bajo su imperio y, en el caso del RPM, no contribuyó en ningúnmomento al fondo común, con lo que podría llegar a afectar el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados.*
>
> ***(...)** Es importante circunscribir, que en los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo tal escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el otro régimen, lo que permite entender y crear el escenario que aquél siempre estuvo vinculado al anterior y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían remitirse a éste.*
>
> *No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficaciaexpuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, «cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia», razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera, no ha existido vinculación anterior al otrorégimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.*
>
> *Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legítima para que se declare su ineficacia, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio desinformado, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.*

*Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicialante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema***"**.

Corolario de lo anterior, se tiene que el accionante perdería su calidad de afiliado al Sistema General de Pensiones, y si bien en virtud del contenido del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 podría efectuar nuevamente su afiliación libre y voluntaria en Colpensiones, ello lo deberá hacer a título de afiliación inicial, situación que haría nugatorio su derecho a la pensión de vejez y, de manera consecuente su derecho a la seguridad social, en consideración a que en la actualidad tiene 64 años de edad y nunca estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones.

Y es por todo lo expuesto que se negarán las pretensiones deprecadas, debiéndose en un futuro orientar quienes se consideren lesionados por la transgresión al deber de información por el fondo pensional al que hicieron su primera afiliación a buscar otra forma de ser resarcidos, pues como quedo dicho ello no se resuelve declarando su ineficacia, que al volver las cosas al estado inicial, como si dicha afiliación no hubiere existido, implicaría la devolución tanto de la cuenta individual como de los gastos ora al mismo demandante ora a su empleador, lo que atenta contra el derecho pensional que se trata de proteger.

Con lo hasta aquí expuesto, se hace innecesario desatar los restantes problemas jurídicos, al arribarse a la convicción que la sentencia estudiada será REVOCADA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte actora en ambas instancias.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA 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:

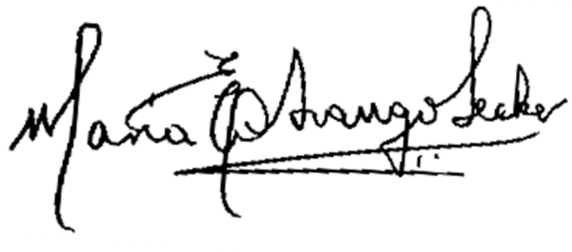
PRIMERO: REVOCAR la sentencia 43 de febrero 28 de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** de las pretensiones incoadas por el demandante, conforme a las razones expuestas

en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: **CONDENAR EN COSTAS** en ambas instancias al demandante y en favor de las demandadas. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en la suma de doscientos mil pesos ($200.000) para cada uno de los fondos.

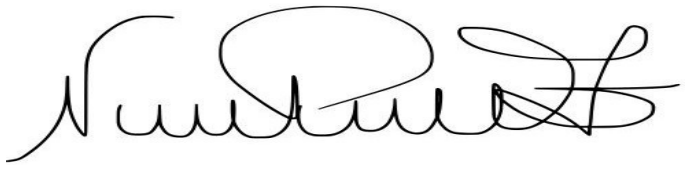
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA