

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: SANDRA LORENA ZAMORA MORALES
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 76001-31-05-012-2022-00767-01
ASUNTO: *Apelación y Consulta sentencia de febrero 27 de 2023*
ORIGEN: *Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Multivinculación - 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 junio 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 CHÁVEZ NIÑO, NATALIA 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 el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES frente a la Sentencia No. 35 del 27 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **SANDRA LORENA ZAMORA MORALES** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-012-2022-00767-01**.

SENTENCIA No. 109

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende se declare la anulación por ineficacia del traslado de régimen pensional ante la omisión de PORVENIR del deber profesional de información; como consecuencia de ello, se ordene el traslado y afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES; se ordene a PORVENIR S.A. la devolución de todos los

¹ Archivo 03 Expediente Digital

dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, los gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumirlos con su propio patrimonio, y se condene en costas procesales a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 8 de marzo de 1971; que cotizó en el RPMPD a través del ISS, del 24 de agosto de 1994 al 31 de diciembre de 1994; que el 5 de septiembre de 1995 recibió en su lugar de trabajo la visita de un promotor de PORVENIR S.A., quien le proporcionó información sesgada que lo llevó a trasladarse al RAIS, pues se le indicó que en ese régimen obtendría una mejor pensión y que podía pensionarse a cualquier edad, además que estaban en riesgo sus aportes al ISS porque esa entidad se iba a acabar, pero no se le informó sobre las consecuencias del traslado, ni las características del régimen ofertado; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A., pero posteriormente retornó a PORVENIR S.A., a quien le solicitó que declarara la nulidad de su afiliaciones a esa AFP, pero recibió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PROTECCIÓN S.A.². La administradora se opuso a las prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, sostuvo que la información entregada a la demandante fue objetiva e integral, en especial se le informó sobre todas las características del RAIS en comparación con el RPMPD, señalándole diferencias o aspectos comparativos o característicos entre uno y otro régimen y una vez asesorada en forma clara y objetiva sobre las características de ambos regímenes, le correspondió a la demandante elaborar su propio juicio de conveniencia o favorabilidad según sus expectativas y situación personal. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la genérica.

COLPENSIONES.³ La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que, como consta en las pruebas documentales aportadas con la demanda, la actora de manera libre suscribió el traslado desde el Seguro Social al fondo privado, por lo que tal actuación es legal y válida, y no se ha demostrado ningún vicio en el consentimiento,

² Fs. 3-17 Archivo 13 Expediente Digital

³ Fs. 3-24 Archivo 15 Expediente Digital

además la selección de uno cualquiera de los regímenes existentes -RAIS Y RPM- es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Ausencia de los requisitos exigidos por la ley para obtener la nulidad de traslado de régimen, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, carencia probatoria, prescripción genérica, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A.⁴. La AFP presentó oposición a las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante se afilió de manera primigenia al RAIS una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del RPMPD, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, restituciones mutuas, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 35 del 27 de febrero de 2023, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la señora SANDRA LORENA ZAMORA MORALES al RAIS y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a administradoras del mismo y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD; condenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; condenó a PORVENIR Y PROTECCIÓN 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, debidamente indexados y; condenó en costas a las demandadas.

Como fundamento de su decisión, señaló la a quo que de acuerdo con el historia de vinculaciones expedido por Asofondos, la demandante realizó su vinculación inicial al RAIS a través de la AFP HORIZONTE en septiembre de 1994; sin embargo, de la historia laboral aportada por COLPENSIONES, se observaba que se había afiliado al RPMPD en agosto de 1994, por lo que se

⁴ Fs. 3-34 Archivo 14 Expediente Digital

trataba de un asunto de multifiliación que debía resolverse conforme el Decreto 3995 de 2008, que disponía que en esos casos la afiliación válida sería en la AFP en la que se hubiese efectuado el mayor número de cotizaciones, encontrando que fueron en el fondo privado como lo había definido el comité de multifiliación, lo cual estaba ajustado a derecho.

Acorde con lo anterior, consideró que el asunto debía estudiarse como una ineficacia de primera afiliación y no como una ineficacia de traslado de régimen pensional. Agregó, que de acuerdo al precedente del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, debía declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS por no haberse demostrado el cumplimiento del deber de información y correcta asesoría por parte de la AFP en los términos decantados por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues el formulario de afiliación era insuficiente para considerar que se había ilustrado a la actora en relación con las características del régimen ofertado.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el artículo 69 C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, por haberse emitido condena en su contra dentro de la sentencia de primera instancia.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES reiteraron los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con las pretensiones de la demanda y lo resuelto por la primera instancia, se centra a resolver: si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la accionante al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR.

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

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto: **i)** que la señora SANDRA LORENA ZAMORA MORALES se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 28 de agosto de 1994, y realizó cotizaciones en dicho régimen hasta el 31 de diciembre de ese mismo año (fs. 47-48 Archivo 15 ED); **ii)** Que el 5 de septiembre de 1994 se afilió a la AFP HORIZONTE, categorizándose ésta como su vinculación inicial al sistema pensional (f. 18 Archivo 13 ED); **iii)** Que suscribió formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A., el 8 de octubre de 1999 (f. 21 Archivo 13 ED) y; **iv)** Que el 30 de mayo de 2001 suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A., siendo esa la AFP a la cual está actualmente vinculada (f. 80 Archivo 14 ED).

De acuerdo con la situación fáctica anteriormente descrita, se tiene que la señora SANDRA LORENA ZAMORA MORALES se afilió al RPMPD a través del ISS, el 28 de agosto de 1994 y poco días después, el 5 de septiembre de esa anualidad, se afilió al RAIS a través de la AFP HORIZONTE y en ambas administradoras realizó cotizaciones de forma concurrente, es decir, la promotora de la acción incurrió en multivinculación.

Al tenor de lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original,

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.”.

Por su parte, el artículo 16 del mismo compendio normativo dispone que, *“Ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones.”.* En tal sentido, habiéndose afiliado la actora al RPMPD en agosto de 1994, no podía afiliarse al RAIS en el mes de septiembre de 1994 y mucho menos realizar cotizaciones de forma conjunta en ambos regímenes pensionales.

El artículo 17 del 692 de 1994, vigente para la época en que la demandante incurrió en multivinculación, señala que: *“Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.”*.

No obstante, en el caso de la señora SANDRA LORENA ZAMORA MORALES esta continuó afiliada a ambos regímenes pensionales, pero cesó sus cotizaciones al RPMPD en diciembre de 1994 y continuó realizando aportes únicamente al RAIS a través de HORIZONTE, posteriormente de PROTECCIÓN S.A. y finalmente de PORVENIR S.A.

En ese sentido, debemos remitirnos al Decreto 3095 de 2008, que reglamentó los artículos 13 y 16 de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 2º dispone lo siguiente:

“Artículo 2º. *Afiliación válida en situaciones de múltiple vinculación. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003.*

Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.

Para definir a qué régimen pensional esta válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas:

Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto.

Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

Las reglas previstas en este artículo también aplicarán a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen.”

En el presente asunto, la promotora de la acción continuaba su estado de multivinculación para el 31 de diciembre de 2007, pues aunque no era cotizante activa del RPMPD, sí estaba afiliada a dicho régimen, como también al RAIS donde sí era una cotizante activa y había efectuado el mayor número de cotizaciones, por tanto, esa se debe definir su afiliación válida al sistema pensional, tal como lo concluyó el comité de multivinculación según se extrae de la historia laboral expedida por COLPENSIONES, en la que se registra: “Estado Afiliación: Asignado al RAI por Decreto 3995/2008” (f. 47 Archivo 15 ED).

Conforme lo expuesto, tal como consta en el certificado emitido por Asofondos, la afiliación realizada por la señora SANDRA LORENA ZAMORA MORALES a la AFP HORIZONTE en septiembre de 1994 corresponde a su vinculación inicial al sistema pensional. De ahí que, como lo indicó la a quo, este asunto no puede analizarse como una ineficacia de traslado de régimen pensional, sino que debe estudiarse como una ineficacia de primera afiliación, en atención a que nunca estuvo válidamente afiliada al RPMPD, sino que su afiliación primigenia fue en el RAIS.

Establecido lo anterior, para resolver el problema jurídico planteado, es necesario 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, 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.

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 desvirtuarse 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.

Descendiendo al caso de marras, 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 de la demandante efectuada a partir de septiembre de 1994 al RAIS, a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., hubiere cumplido con el deber de información; más aún en el legajo ni siquiera se encuentra el formulario de afiliación.

Nótese que 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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no brindó a la promotora de la acción 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 el problema jurídico, la Sala debe cuestionarse si ¿la consecuencia del incumplimiento o la transgresión al deber de informar por parte de HORIZONTE 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 válidamente afiliado a dicho régimen? La respuesta a este interrogante en criterio de esta Colegiatura es NEGATIVA.

Se trata de quien no efectuó cotizaciones al otrora ISS antes del 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, y solo después de entrar a regir el nuevo sistema, se vinculó a los dos regímenes pensionales en un periodo inferior a un mes, pero estableciéndose que su afiliación válida fue al RAIS de acuerdo con los postulados del Decreto 3995 de 2008.

Entiende la Sala que la pretensión es imposible de cumplir, por la potísima razón que no se puede devolver a la demandante a un fondo donde nunca ha estado válidamente afiliada, 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 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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., 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 de la actora antes de llegar a los 47 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.º67290, 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 ineficacia del 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 que nunca se construyó bajo su imperio y, en el caso del RPM, no contribuyó en ningún momento 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 ineficacia expuestos 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 otro régimen 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 inicial ante 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 la 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 52 años de edad y nunca estuvo válidamente afiliada 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.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será revocada. Costas de ambas instancias a cargo de la parte DEMANDANTE. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$500.000.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

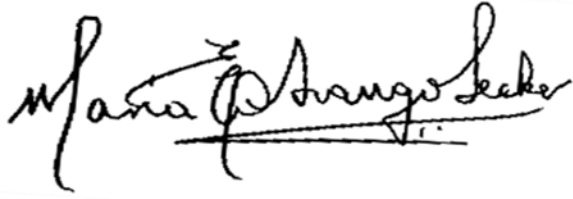
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia No. 35 del 27 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar **ABSOLVER** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, de las pretensiones incoadas por la señora SANDRA LORENA ZAMORA MORALES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS de ambas instancias a cargo de la parte **DEMANDANTE**. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

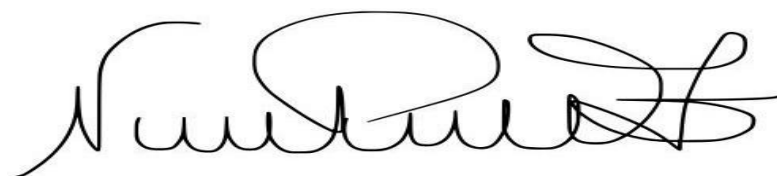
Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA