

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: ANA MARÍA DEL PILAR GIRALDO RUBIO
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 76001-31-05-011-2022-00402-01
ASUNTO: *Apelación y Consulta sentencia # 66 de marzo 28 de 2023*
ORIGEN: *Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Ineficacia de traslado de régimen pensional*
DECISIÓN: *CONFIRMA, revoca parcialmente.*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del 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, así como el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR frente a la Sentencia No. 66 del 28 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **ANA MARÍA DEL PILAR GIRALDO RUBIO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS**, con radicado No. **76001-31-05-011-2022-00402-01**.

SENTENCIA No. 124

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de la vinculación o traslado al RAIS, administrado por

¹ Fs. 1-39 Archivo 02 Expediente Digital.

COLFONDOS, y de su vinculación a PORVENIR S. A., y a PROTECCIÓN; condenándose a dichas AFP privadas a pagar, si lo hubiera, a COLPENSIONES, la diferencia de aportes que realizó a aquéllos y los que debió hacer a COLPENSIONES; como consecuencia de ello, se ordene su regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES que deberá recibirla con todos los dineros, aportes, rendimientos y demás emolumentos económicos, con todos los valores de la cuenta individual de la accionante, que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones y sus rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y cualquier otro y, en consecuencia, emitir una nueva historia laboral en la que se evidencien todas las semanas cotizadas en ambos regímenes; se condena a todas las AFP privadas a realizar todos los trámites administrativos internos y entre las entidades dentro de los 30 días siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia judicial, en aras de cumplir el fallo judicial en tiempo oportuno; lo extra y ultra petita y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 29 de octubre de 1966; cotizó en el RPMPD a través del ISS, del 4 de marzo de 1987 al 30 de abril de 1996, un total de 475,86 semanas, que el 1 de mayo de 1996 se trasladó al RAIS, a través de COLFONDOS y hasta el 30 de septiembre de 1999 (173.58 semanas), luego se pasó a PORVENIR desde el 1° de octubre de 1999 al 31 de diciembre de 2005 (321 semanas), y se trasladó a PROTECCIÓN S.A., realiza cotizaciones a partir del 01 de enero de 2006 y hasta la fecha, acreditando en dicho fondo de pensiones un total de 393.29 semanas cotizadas a la presentación de la demanda. La información dada para los traslados fue incompleta y falsa, pues se le indicó que en el RAIS obtendría una mejor pensión y que podía pensionarse a cualquier edad, de manera anticipada, 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; ha solicitado a todos esos fondos el regreso a COLPENSIONES por la ineficacia de sus traslados sin obtenerlo, pues le fueron negadas. La demandante cuenta con 1353.14 semanas cotizadas, conforme la historia laboral que se aporta emitida por la PROTECCIÓN

S.A., con fecha de impresión del 30 de septiembre de 2022, teniendo en cuenta las semanas cotizadas en el RPM y en el RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES.² La AFP del RPMPD se opuso a la declaratoria de ineficacia de los traslados al RAIS a través de las múltiples AFP privadas, por tratarse de peticiones ajenas a su representada, se opuso al regreso automático a su representada con el traslado de todos los valores de la cuenta y demás, pues ello no es viable según la ley por haberse superado el tiempo para ese retorno y la edad del afiliado, así como a la condena en costas a este fondo, ajeno a las decisiones y actuación del demandante y los otros demandados. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

PORVENIR S.A.³ La AFP no se opone a las pretensiones, por cuanto no van dirigidas en su contra, salvo a la condena en costas al no presentar oposición. Como argumentos de defensa, sostuvo que, la accionante, conforme a la historia laboral consolidada de PORVENIR registra 321 semanas y que todos sus aportes fueron trasladados a PROTECCIÓN, que después de permanecer 6 años afiliada a la AFP, solicita traslado de régimen ante PORVENIR S.A, sin manifestar ningún tipo de engaño o nulidad de la afiliación. Así mismo existen elementos posteriores a la afiliación, que podrían considerarse como constitutivos de la voluntad consciente de la persona de mantenerse en el régimen y se traducen en la irrefutable creencia de que la afiliada contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección; tales como las interacciones que el afiliado con la AFP, el recibo de extractos, quejas o reclamos por parte del afiliado, la utilización y recepción de la información pública suministrada por las AFP's a través de los diferentes canales de información audiovisual, radial e internet. Es importante destacar el documento aportado como prueba con el nombre detalle de análisis

² Fs. 1-39 Archivo 07 Expediente Digital, incluye anexos.

³ Fs. 1-19 Archivo 08 Expediente Digital.

jurídico, por cuanto se evidencia que PORVENIR ha realizado una buena gestión teniendo en cuenta los rendimientos que a la fecha registra en la cuenta individual de ahorro pensional. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir - inexistencia de la obligación, buena fe, improcedencia de traslado de gastos de administración en caso de condena, restituciones mutuas y la innominada.

PROTECCIÓN S.A.⁴. La administradora se opuso a la prosperidad de las pretensiones contra su representada, como argumentos de defensa, sostuvo que la demandante está válidamente afiliada a PROTECCIÓN, lo que hizo de manera libre e informada, encontrándose válidamente afiliada al RAIS, sin que se logre demostrar la causal de nulidad que invalide lo actuado, más aún cuando no existió omisión por parte de la entidad de entregarle la información que requería para que tomara una decisión referente al traslado, pues la entidad actuó de manera profesional, transparente y prudente en contraposición a lo afirmado en la demanda, alega a su favor lo relativo a los actos de relacionamiento y el no ejercicio de la facultad de regresar en tiempo al RPM. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A.⁵. La AFP presentó oposición a las pretensiones bajo el argumento que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el RAIS del cual venía afiliada, en la que se le recordó acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la

⁴ Fs. 1-22 Archivo 09 Expediente Digital.

⁵ Fs. 1-118 Archivo 11 Expediente Digital

opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedé plasmado su consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de afiliación al fondo de pensiones obligatorio administrado por COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia # 66 de marzo 28 de 2023, dispuso:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, señora ANA MARÍA DEL PILAR GIRALDO RUBIO, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES, de conformidad con lo considerado en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, DEVUELVA a la Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES, todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el período en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que reciba las sumas provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., para mantener su estabilidad financiera y para costear la prestación económica que como Administradora

del Régimen de Prima Media debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ello.

QUINTO: *CONDENAR en costas a cada una de las demandadas y en favor de la demandante, conforme el Art. 365 del C. General del Proceso en concordancia con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 S.M.L.M.V. a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la demandante.*

SEXTO: *Conforme el artículo 69 del C.P.T. y S.S., si no fuere apelada la presente providencia, se dispondrá el envío del expediente a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para surtir el grado jurisdiccional de CONSULTA, en favor de COLPENSIONES.*

Para respaldar su decisión, señaló el a quo, en síntesis que, de acuerdo con la pacífica jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde que se implementó el sistema general de pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados de manera clara, precisa y oportuna, sin que dentro del proceso la AFP privada haya cumplido con la carga de demostrar que informó a la demandante respecto las características de cada uno de los regímenes pensionales y de las circunstancias particulares de su decisión, pues la firma del formulario era insuficiente para tener por satisfecho el deber de información, situación que abre paso a dejar sin efecto la afiliación al RAIS, junto con las consecuencias propias que dicha ineficacia acarrea, como lo era trasladar al RPMPD todos los valores recibidos con motivo de la afiliación lo que debe hacer PROTECCIÓN, debiendo entenderse que dada esa ineficacia del traslado se entiende que siempre estuvo vinculada al RPMPD.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

PORVENIR interpuso recurso de apelación, solicitando al ad quem modificar el numeral tercero y quinto de la sentencia, pidiendo que no sea obligado a devolver los gastos de administración, pues se ve los buenos rendimientos obtenidos y los gastos de administración se usaron en favor de la demandante, adicionalmente refiere que ya todo el capital de ella fue trasladado; pide absolución en costas por no haberse opuesto al traslado de régimen.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Presentándolos el demandante, COLPENSIONES y PORVENIR, ratificándose el primero en los hechos y pretensiones de la demanda y los segundos en los fundamentos de la contestación de la misma. PROTECCIÓN guardó silencio.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor de los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a “...las materias objeto del recurso de apelación...” presentado por PORVENIR, de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada por PORVENIR, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora ANA MARÍA DEL PILAR GIRALDO RUBIO al RAIS administrado por COLFONDOS, posteriormente a PORVENIR y luego a PROTECCIÓN S.A.; **(ii)** en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, si es procedente ordenar a las AFP del RAIS demandadas, la devolución de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia de la accionante en los regímenes privados.

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.

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.

...

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.

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, preliminarmente advierte la Sala que encuentra plenamente acreditados dentro del presente asunto: (i) Que la señora ANA MARÍA DEL PILAR GIRALDO RUBIO cotizó en el RPMPD a través del ISS, del 4 de marzo de 1987 al 30 de abril de 1996, un total de 475,86 semanas (ii) Que el 1 de mayo de 1996 se trasladó al RAIS, a través de COLFONDOS y hasta el 30 de septiembre de 1999; (iii) luego se pasó a PORVENIR desde el 1° de octubre de 1999 al 31 de diciembre de 2005, y (iv) se trasladó a PROTECCIÓN S.A., siendo esa la AFP a la cual está actualmente vinculado.

En este caso, a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante la AFP COLFONDOS, el 28 de marzo de 1996 (f. 98 Archivo 11 ED), única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que la accionante conocía sobre las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que éste último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a ninguna de las AFP privadas convocadas al proceso, acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía, y no lo hicieron, pues ninguna de ellas aportó elemento de prueba, más allá de formulario de afiliación, para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de la señora ANA MARÍA DEL PILAR GIRALDO RUBIO, no obstante, se adicionará el numeral segundo de la misma en el sentido de agregar que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Por ello, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden a PROTECCIÓN S.A. de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Frente a la devolución de los gastos de administración, se tiene que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante, como ya se dijo, se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que ésta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos; lo anterior es ya, un tema pacífico y reiterado en la jurisprudencia de la casación laboral de nuestra Corte Suprema, ver, entre otras, las sentencias SL373 de 2021, SL4989-2018, SL17595-2017, e incluso, desde la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, que indicó:

“(...) La administradora tiene el deber de 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 los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue consecuencia de la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por

pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

En ese sentido, como quiera que en el proceso no hay medio probatorio alguno para demostrar el cumplimiento de la obligación de información que le correspondía frente a la demandante, ilustrándola acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado; ergo la afiliación al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, las cosas vuelven al *statu quo* (CSJ SC3201-2018, SL1688-2019, y SL373-2021).

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de las AFP's COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN, no existen razones jurídicas para que esas AFP's no trasladen a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la accionante, incluidos los gastos de administración, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad privada, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir a la demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones, lo anterior, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, reiterada, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022. Con lo cual a la vez que se resuelve este punto de la consulta, también se da respuesta a la alzada de PORVENIR.

Siendo procedente -como lo estableció el a quo - disponer que COLFONDOS, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. deberán transferir a COLPENSIONES, que deberá recibir, los gastos de administración que hayan cobrado durante el tiempo en que la actora estuvo afiliado a cada una de dichas AFP, que todas las AFP del RAIS que integran el extremo

pasivo, deberán transferir lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos los conceptos con cargo a sus propios recursos y además, en valores que deberán ser debidamente indexados, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado al RAIS (SL3871-2021). Adicionando que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022).

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales de los afiliados. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópic. Amén de lo expuesto, el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Asimismo, se tiene que, como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente, ni le causa desequilibrio financiero al RPMPD ni a la AFP de dicho régimen, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y

comisiones generados durante su permanencia en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Ergo, en aplicación de la línea jurisprudencial pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora, por lo cual se confirmará la decisión en ese sentido.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada y se revocarán las costas impuestas a COLPENSIONES en la

primera instancia, comoquiera que el fondo pensional público no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia de la actora en el RAIS; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición de las mismas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda. Por lo anterior, REVOCARÁ parcialmente el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de REVOCAR la condena impuesta a COLPENSIONES por el a quo.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR por no prosperar su recurso de apelación inclúyanse como agencias en derecho la suma de un SMMLV.

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: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la Sentencia No. 66 del 28 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, agregando que: En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP deben ser trasladados con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

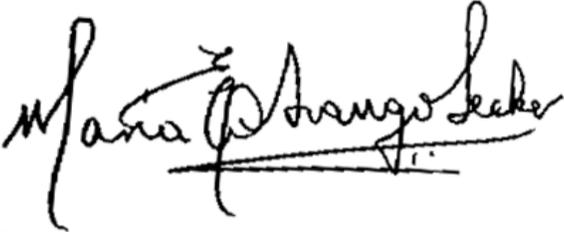
TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral QUINTO para ABSOLVER a COLPENSIONES de las costas que le fueren impuestas en la primera instancia.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR, inclúyanse como agencias en derecho la suma de un SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

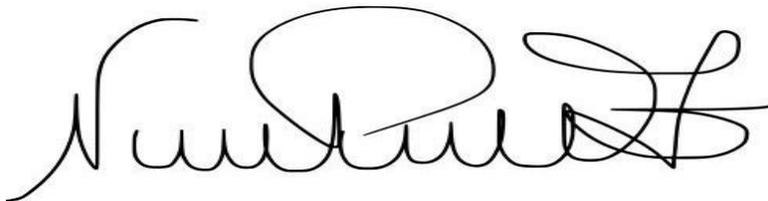
Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA