

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTRO
RADICACIÓN: 76001-31-05-007-2022-00636-01
ASUNTO: Apelación y Consulta sentencia de febrero 27 de 2023
ORIGEN: Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Ineficacia de primera afiliación
DECISIÓN: REVOCA

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, diecisiete (17) de octubre 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, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO 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 los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia No. 035 del 27 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-007-2022-00636-01**.

SENTENCIA No. 229

DEMANDA¹. El promotor de la acción pretende se declare que se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 17 de junio de 1994 a PORVENIR S.A.; como consecuencia de ello, se ordene su afiliación al RPMPD para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte; se condene a PORVENIR S.A. al traslado inmediato a COLPENSIONES del saldo de la

¹ Fs. 2-14 Archivo 02 Expediente Digital

cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros generados; se condene a COLPENSIONES a que de manera inmediata acepte el ingreso al RPMPD sin solución de continuidad y a que reciba los aportes que deberá trasladarle PORVENIR S.A. y, se condene en costas procesales a las demandadas. De forma subsidiaria solicita que se declare la ineficacia de la afiliación, con las mismas consecuencias jurídicas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 16 de diciembre de 1958; que inició sus cotizaciones para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte a partir del 1º de diciembre de 1983; que el 17 de junio de 1994 suscribió el formulario de afiliación ante PORVENIR S.A, en atención a la oferta presentada por dicho fondo, la cual se enfocó en resaltar algunas ventajas del régimen privado y los beneficios que tendría estar afiliado a dicha AFP, pues la información se limitó a ofrecer las bondades del RAIS, sin que se le realizara un estudio previo individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le traería afiliarse a este régimen, como tampoco se le informó sobre las características de los regímenes pensionales, ni la forma como se accede a las prestaciones económicas de cada uno de ellos y sus principales diferencias, es decir, la AFP no cumplió con su deber de información y buen consejo, pues al momento de efectuar la afiliación no le suministró una información clara, suficiente y veraz respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría esta vinculación; que solicitó una proyección de su pensión y encontró que de haber permanecido en el RPMPD sería por valor de \$4.657.302, mientras que en el RAIS accedería a una mesada pensional de \$1.757.829, por lo que solicitó que se declarara la nulidad de su traslado, pero recibió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES.² La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que al momento en que se expidió la Ley 100 de 1993, el demandante tuvo la posibilidad de escoger cualquiera de los dos regímenes que fueron creados, resultando que, con la suscripción del formulario con la AFP PORVENIR S.A., tomó la decisión de manera libre y espontánea de trasladarse de AFP, entendiendo así, su deseo de acogerse al RAIS. Agregó, que es a la parte demandante a quien le corresponde demostrar

² Fs. 7-17 Archivo 09 Expediente Digital

que la información que recibió de la AFP fue errada. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, validez de la afiliación al RAIS, aceptación implícita de la voluntad del afiliado, saneamiento de una presunta nulidad, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, genérica y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A.³. La AFP presentó oposición a todas las pretensiones del libelo y, como argumentos de defensa, sostuvo que no existe una causal legal para que se declare la nulidad del traslado, teniendo en cuenta que, en la afiliación realizada a la AFP no existe vicio en el consentimiento, ni causal de ineficacia, por lo que el acto jurídico de traslado es válido y legal. Además, la parte demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003, ya que cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Buena fe; ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado; aceptación tácita de las condiciones del RAIS; enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 035 del 27 de febrero de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por el señor **CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO** identificado con la **CC. No. 79.150.756** al fondo **PORVENIR SA**, en consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** y por lo mismo siempre permaneció en el **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, el demandante deberá ser admitido nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR SA, a devolver, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos éstos últimos, correspondientes al periodo en que el demandante estuvo afiliado a dicha administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán

³ Fs. 3-27 Archivo 06 Expediente Digital

discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen en la historia laboral del afiliado.

QUINTO: COSTAS a cargo de **PORVENIR SA**, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Liquidense por Secretaría.

SEXTO: COSTAS a cargo de **COLPENSIONES**, se fijan como agencias en derecho la suma de 1/2 SMLMV. Liquidense por Secretaría.

SEPTIMO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada.”

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que el demandante se encontraba vinculada al Hospital Militar Central desde 1983 y hasta 17 de junio de 1997 cuando se presentó solicitud de vinculación con PORVENIR S.A., por lo que debía entenderse, de conformidad con el artículo 34 del Decreto 692 de 1994, que pertenecía al RPMPD. Agregó, 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 las AFP hayan cumplido con la carga de demostrar que informaron 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 abría paso a dejar sin efecto la afiliación al RAIS, junto con las consecuencias propias que dicha ineficacia acarrea, como lo era trasladar al RPMPD todo los valores recibidos con motivo de la afiliación.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que no está de acuerdo con la declaratoria de ineficacia, pues quedó demostrado que lo que busca el demandante es un interés económico relativo al monto de la mesada que obtendría en el RAIS donde se encuentra afiliado hace más de veinte años, lo cual no debió prosperar, sino que el actor debió adelantar una acción de resarcimiento de perjuicios de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994. Agregó, que la declaratoria de ineficacia atenta contra la sostenibilidad financiera del RPMPD, además, que el interrogatorio de parte no puede ser la única prueba para acceder a los pedimentos de la demanda, como quiera que nadie está facultado para constituir su propia prueba.

PORVENIR S.A. apeló el fallo en lo que tiene que ver a la orden de devolver los gastos de administración, argumentando que al declararse la nulidad o ineficacia del traslado no existe obligación de retornarlos, pues existen conceptos que por su naturaleza quedan por fuera de los efectos de la ineficacia, cuya consecuencia es la ficción jurídica de que la actora nunca estuvo afiliada al RAIS, por tanto, nunca se generaron los rendimientos, pero de llegar a considerarse que deben reintegrarse la totalidad de los rendimientos, debe autorizarse el descuento de los gastos de administración por ser un rubro que la AFP estaba autorizada a descontar, aunado a que los seguros previsionales ni siquiera se encuentran en las arcas de la entidad, pues fue oportunamente trasladado a la aseguradora, quien durante toda la vigencia de la afiliación del demandante aseguró el riesgo de invalidez, por tanto ese valor ya fue causada. Asimismo, que la indexación no procede, como quiera que se están trasladando los rendimientos. Por último, no proceden las costas, debido a que la AFP tenía animo conciliatoria y fue COLPENSIONES quien no quiso conciliar.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. PORVENIR S.A. reiteró los argumentos del recurso de apelación. Los demás sujetos procesales guardaron silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

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 COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, 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 el señor CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y ordenar su traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, a

pesar de nunca haber estado afiliado a esa entidad, ni a una caja de previsión; **(ii)** 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; **(iii)** si debe absolver a PORVENIR S.A. de la condena a devolver los gastos de administración por efecto de las restituciones mutuas por haber generado rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante y; **(iv)** si es procedente revocar la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES.

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 el señor CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO estuvo al servicio del Ejército Nacional desde el 1° de diciembre de 1983 al 1° de junio de 1994 (fs. 95-100 Archivo 02 ED) y; **ii)** Que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A., el 17 de junio de 1997, haciéndose efectiva su vinculación a RAIS a partir de esa misma fecha (fs. 88 y 90 Archivo 06 ED).

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.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el demandante pretende se declare que estuvo afiliada al RPMPD, además que se declare que su traslado al RAIS es ineficaz y, como consecuencia de ello, se ordene su regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES, con el consecuente traslado de todas las sumas y conceptos causados y cobrados durante su tiempo de permanencia en el régimen privado. Sin embargo, debe anunciar la Sala que las pretensiones de la demanda están destinadas al fracaso lo que hace indefectible la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en razón a que el promotor de la acción nunca estuvo afiliado al RPMPD, siendo su vinculación inicial al SGSSP a través de PORVENIR S.A. administradora del RAIS, el 17 de junio de 1994, pues, contrario a su dicho, durante el tiempo de servicio al Ejército Nacional no estuvo vinculado a ninguna caja de previsión del RPMPD, sino que se encontraba vinculado al régimen especial y exceptuado del ejército.

En ese sentido, si bien no existe un solo elemento de juicio en el plenario con el que se acredite que PORVENIR S.A. cumplió con su deber de información en los términos explicados en líneas que anteceden, en el caso de autos, la consecuencia de esa omisión no puede ser que se declare la ineficacia de esa afiliación y se ordene el traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, como quiera que se trata de quien nunca ha efectuado cotizaciones a ese fondo, ni antes, ni después de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993. Por tanto, como ya se dijo, el demandante al vincularse al SGSSP hizo su selección inicial al RAIS, por ello, 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 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 del demandante 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 Ejército Nacional, 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 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 cuenta 64 años de edad, toda vez que

nació el 16 de diciembre de 1958, y nunca estuvo afiliado al otrora ISS hoy COLPENSIONES.

Y es por todo lo expuesto que la Sala debe revocar la sentencia de primera instancia, 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 Sala queda relevada de pronunciarse frente a los restantes problemas jurídicos planteados, ante la revocatoria integra de la sentencia.

Las Costas de ambas instancias estarán a cargo de la parte demandante. Inclúyase como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$100.000 para cada una de las entidades demandadas.

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,

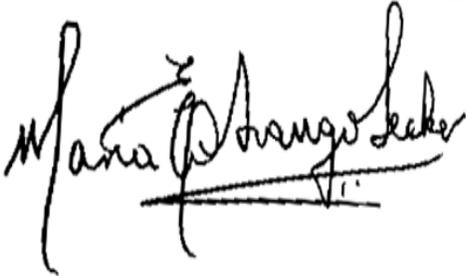
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia No. 035 del 27 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar **ABSOLVER** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor **CARLOS ALBERTO SARMIENTO CARO**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de ambas instancias a cargo de la parte **DEMANDANTE**. Inclúyase como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$100.000 para cada una de las entidades demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker'. The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath the name.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fabian Marcelo Chavez Niño'. The signature is highly stylized and cursive.

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carolina Montoya Londoño'. The signature is written in a cursive style.

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO