

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: *ESMERALDA RENDÓN IDÁRRAGA*
DEMANDADOS: *COLPENSIONES Y OTRO*
RADICACIÓN: *76001-31-05-009-2024-00174-01*
ASUNTO: *Apelación y Consulta sentencia de julio 23 de 2024*
ORIGEN: *Juzgado Noveno 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, veintinueve (29) de octubre de dos mil veinticuatro (2024), 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 el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación contra la Sentencia N° 195 del 23 de julio de 2024, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **ESMERALDA RENDÓN IDÁRRAGA** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-009-2024-00174-01**, en el que se llamó en garantía a **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**

SENTENCIA N° 328

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de la afiliación en pensiones al RAIS - declarando que COLFONDOS S.A omitió el deber de información al momento de su vinculación; como consecuencia de ello, se condene a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos; se condene a COLPENSIONES a validar los aportes en

¹ Archivo 02 Expediente Digital

pensiones trasladados e incorporarlos a la historia laboral y; se condene en costas procesales a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que fue trasladada de COLPENSIONES a COLFONDOS S.A., el 6 de agosto de 1998; que suscribió contrato de traslado, pero se omitió la obligación del buen consejo por parte del RAIS, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios, contras y/o consecuencias del traslado; el 21 de marzo de 2024 solicitó a COLFONDOS S.A la información de su pensión y la aceptación del posible traslado; El 6 de marzo de 2024 se solicitó ante COLPENSIONES la aceptación del traslado, recibiendo respuesta negativa, por lo que, como consecuencia de la desinformación por parte de COLFONDOS S.A, de llegarse a pensionar con el RAIS, conllevaría a que su calidad de vida se viera afectada por cuanto su mesada pensional sería inferior a la que se pudiera obtener estando pensionado con el RPMPD.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES.² La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que no se evidencia que existiere engaño alguno o acto que evidencie motivo para que se declare el traslado como ineficaz. Propuso las excepciones de fondo que denominó: 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, declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A.³ Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que no existió omisión al momento de entregar a la parte activa toda la información que ésta requería para que tomara una decisión frente a la primera vinculación realizada el 5 de agosto de 1998, y aunándose a ello, que al suscribir de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza el formulario de afiliación al RAIS ratificó su afiliación y tampoco presentó nunca reclamación alguna conforme lo reglado en el artículo tercero del decreto 1161 de 1994 que establece un plazo de cinco (5) días siguientes a la fecha de vinculación para presentar retracto al cambio de régimen. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Prohibición de traslado de

² Fs. 4-20 Archivo 12 Expediente Digital

³ Fs. 3-23 Archivo 16 Expediente Digital

régimen pensional, inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., compensación y pago, enriquecimiento sin justa causa ante una eventual condena frente a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, genérica.

En escrito separado presentó llamamiento en garantía contra ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.⁴

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.⁵ Se opuso a la demanda y al llamamiento en garantía argumentando que las pretensiones no están encaminadas a un reconocimiento pensional derivado de los riesgos de invalidez o muerte que conlleven al pago de la suma adicional por parte de la aseguradora en virtud de la póliza de seguro No. 0209000001, sino que las pretensiones de la demanda están orientadas a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor, razón por la que no hay lugar a que se afecten las coberturas otorgadas en la póliza de seguro previsional por cuanto, dicho seguro no contempla dentro de sus amparos, lo pretendido por la parte demandante y por lo tanto, no ha nacido la obligación a cargo de la aseguradora. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Las excepciones formuladas por la entidad que efectuó el llamamiento en garantía a mi procurada; afiliación libre y espontánea de la señora ESMERALDA RENDÓN IDÁRRAGA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; error de derecho no vicia el consentimiento; prohibición del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; el traslado entre administradoras del RAIS denota la voluntad del afiliado de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y consigo, se configura un acto de relacionamiento que presupone el conocimiento del funcionamiento de dicho régimen; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción; buena fe; genérica; abuso del derecho por parte de COLFONDOS S.A. al llamar en garantía a

⁴ Fs. 149-153 Archivo 16 Expediente Digital

⁵ Fs. 3-45 Archivo 20 Expediente Digital

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. aun cuando la AFP tiene pleno conocimiento que no le asiste el derecho de obtener la devolución y/o restitución de la prima; inexistencia de obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar debidamente devengada debido al riesgo asumido; inexistencia de obligación a cargo de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. por cuanto la prima debe pagarse con los recursos propios de la AFP cuando se declara la ineficacia de traslado; la ineficacia del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional; la eventual declaratoria de ineficacia de traslado no puede afectar a terceros de buena fe; falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional No. 0209000001; prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro; aplicación de las condiciones del seguro; cobro de lo no debido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia N° 195 del 23 de julio de 2024, resolvió:

“1.- DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas.

2.- DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la señora **ESMERALDA RENDÓN IDÁRRAGA**, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A.**

3.- Como consecuencia de lo anterior, la señora **ESMERALDA RENDÓN IDÁRRAGA**, debe ser admitida y afiliada, en el régimen de prima media con prestación definida, gestionado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales a la afiliada.

4.- ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, representada legalmente por el doctor ALAIN ALFONSO FOUCRIER VIANA, o por quien haga sus veces, al cual se encuentra actualmente afiliada la señora **ESMERALDA RENDÓN IDÁRRAGA**, que traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, con sus respectivos rendimientos.

5.- ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el doctor JAIME DUSSAN CALDERON, o por quien haga sus veces, que cargue a la historia laboral de la señora **ESMERALDA RENDÓN IDÁRRAGA**, los aportes realizados por ésta, a **COLFONDOS S.A.**, una vez le sean devueltos con sus respectivos rendimientos financieros.

6.- ABSOLVER a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., representada legalmente por el doctor JUAN MANUEL TRUJILLO SANCHEZ, o por quien haga sus veces, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda instaurada por la señora **ESMERALDA RENDÓN IDÁRRAGA**, así como de todas y cada una de las pretensiones de **COLFONDOS S.A.**

7- COSTAS a cargo de la parte accionada. Líquidense por la Secretaría del Juzgado. **FIJESE** la suma de **\$1.300.000,00**, en que este Despacho estima las **AGENCIAS EN DERECHO**, a cargo de cada una de las demandadas, **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.** y a favor de la accionante (...).”

Como fundamento de su decisión, señaló la a quo, en síntesis, previa alusión a la línea jurisprudencial emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la ineficacia del traslado de régimen pensional, que COLFONDOS S.A. no demostró la entrega de la información adecuada y necesaria al momento en que se trasladó la demandante, lo que implicaba informarle las diferencias entre ambos regímenes pensionales, pero como no se hizo, era procedente la declaratoria de la ineficacia, junto con las consecuencias propias que ello acarrea para la AFP del RAIS de trasladar al RPMPD todo el saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, pues esos eran los únicos recursos que era posible trasladar en estos casos de conformidad con lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia SU107-2024.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLFONDOS S.A. apeló la sentencia argumentado que la demandante ejerció su derecho a la elección de régimen conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo cual debe entenderse que se llevó a cabo de manera libre, sin ningún tipo de vicio que afectara la validez de su elección y que se materializó de forma voluntaria de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para el año 1998, cuando la actora inició su vida laboral y decidió afiliarse de manera primigenia al RAIS, después de haber recibido toda la información requerida. Agregó, que lo que se evidencia es una clara negligencia de la demandante como consumidora financiera, pues solo se preocupó por su futuro pensional cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición legal para trasladarse de régimen. Además, que la elección del régimen y AFP corresponde única y exclusivamente a la voluntad de los afiliados, lo cual quedó plasmado de forma explícita e inequívoca en el formulario de afiliación, y para la fecha de la afiliación no existían las disposiciones que obligan a los fondos a realizar proyecciones pensionales, por lo que la sentencia está aplicando de forma retroactiva esa normatividad, lo cual viola la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Por último, reitera que la demandante se vinculó de manera inicial al sistema pensional al RAIS a través de la AFP, el 5 de agosto de 1998, es decir que durante toda

vida laboral ha estado afiliada al mismo régimen, motivo por el cual es inviable ordenar un traslado al RPMPD, cuando nunca ha estado afiliada a dicho régimen y que, de decretarse, no se debe ordenar la devolución de los rendimientos financieros de acuerdo con la sentencia de unificación de la Corte Constitucional.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 hace referencia a que los afiliados al SGSSP podrán escoger el régimen que prefieran, y una vez se realice la selección inicial, solo se podrán trasladar por una sola vez cada cinco años y no podrá hacerlo cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, ya que ello afecta a quienes han aportado al sistema solidario que cuenta con aportes comunes para realizar el pago de las prestaciones. Agregó, que la selección del régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado, lo cual implica la aceptación de las condiciones de cada uno para acceder a las prestaciones, por lo que la voluntad expresada en el formulario de afiliación y la permanencia del actor por muchos años en el RAIS, sin exteriorizar ninguna inconformidad frente a la administración, confirman su decisión de estar en dicho régimen, en conclusión, el acto jurídico no está viciado.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante insistió en el planteamiento inicial. COLPENSIONES reiteró los argumentos de alzada. COLFONDOS S.A. solicitó la terminación del proceso por la entrada en vigencia de Ley 2381 de 2024. ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. replicó sus argumentos de defensa. 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 correspondiente, 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 la señora ESMERALDA RENDÓN IDÁRRAGA al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. y ordenar su traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, a pesar de nunca haber estado afiliada a esa entidad; **(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 y; **(iii)** en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, si es procedente ordenar a la AFP del RAIS demandada, la devolución indexada de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia de la promotora de la acción en el régimen privado.

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, a saber, que la señora ESMERALDA RENDÓN IDÁRRAGA se afilió al RAIS a través de COLFONDOS S.A. y que dicha afiliación se hizo efectiva el 5 de agosto de 1998 como una vinculación inicial al régimen (f. 147 Archivo 16 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.

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.

En este punto, también resulta necesario resaltar que, si bien se configura como un hecho sobreviviente la entrada en vigor del artículo 76 de la Ley 2381 de 2024, el cual dispone:

“ARTÍCULO 76. OPORTUNIDAD DE TRASLADO. *Las personas que tengan setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas, para el caso de las mujeres, y novecientas (900) semanas cotizadas, para el caso de los hombres, y que les falten menos de diez años para tener la edad de pensión, tendrán dos (2) años a partir de la promulgación de la presente ley para trasladarse de régimen respecto de la normatividad anterior, previa la doble asesoría de que trata la Ley 1748 de 2014.*

Parágrafo. *Los valores contenidos en las cuentas de ahorro individual de las personas que hagan uso de este mecanismo seguirán siendo administradas por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta el momento en que se consolide la pensión integral de vejez o la pensión de vejez del régimen anterior.”*

Ha de tenerse en cuenta que los efectos del citado precepto no guardan ninguna relación con los efectos que se derivan de la declaratoria de ineficacia de un traslado de régimen pensional, pues mientras ésta deja sin

efectos la pertenencia o cambio de régimen pensional cuando se realizó sin el cumplimiento del deber de información a cargo de las AFP del RAIS; lo que trajo consigo la nueva reforma pensional en dicho artículo es la posibilidad de un traslado voluntario para un grupo específico de afiliados, las mujeres con 750 semanas y los hombres con 900 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de la referida normatividad, para quienes desaparecen las restricciones que inviabilizan el paso entre los regímenes de RPMPD y RAIS, por faltar menos de 10 años para cumplir la edad pensional, para aquel grupo de personas con una expectativa de derecho, pero nótese que en el párrafo se establece un manejo diferente de los valores que financian la pensión, pues deja su administración a la AFP del RAIS hasta que se consolide el derecho a la pensión de vejez.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la demandante pretende se declare que estuvo afiliada al RPMPD y 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 la promotora de la acción nunca estuvo afiliada al RPMPD, siendo su vinculación inicial al SGSSP a través de COLFONDOS S.A. administradora del RAIS.

En ese sentido, si bien no existe un solo elemento de juicio en el plenario con el que se acredite que COLFONDOS 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, la 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 COLFONDOS 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 demandante 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 la 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, 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 afiliada 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 4 de abril de 1960, y nunca estuvo afiliada 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 íntegra 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 en favor de 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 N° 195 del 23 de julio de 2024, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora **ESMERALDA**

RENDÓN IDÁRRAGA, 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 en favor de cada una de las entidades demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

Firma electrónica
MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Firma electrónica
FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Firma electrónica
CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Firmado Por:

Maria Isabel Arango Secker
Magistrada
Sala 013 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Carolina Montoya Londoño
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Fabian Marcelo Chavez Niño
Magistrado
Sala 014 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a9bbc5e1be7fd50e83957a04c3a435efdb121b769e32d39ca95efbdecd0c33b**

Documento generado en 30/10/2024 09:35:13 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>