



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TSB SECRET S. LABORAL

58583 52020 007 2017

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

Partes: HERNÁN QUINTERO CARDONA contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP
COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 007 2017 00259 01

Bogotá D. C., ocho (08) de julio de dos mil veinte (2020).

La sala de decisión del Tribunal Superior de Bogotá procede a dar cumplimiento a la orden de tutela emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El demandante señor HERNAN QUINTERO CARDONA formulo demanda contra COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A. COLPENSIONES S.A., con el objeto de que se declarará la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual mediante la afiliación que realizó a la AFP Protección S.A., con

fundamento en que no se le suministro una información completa y comprensible, omitiendo los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de vincularse a Colfondos S.A., incumpliendo con el deber de darle un buen consejo. Adicionalmente solicitó que se declare que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes cotizados en el RAIS a la demandada COLPENSIONES; a quien deberá condenarse a recibir los aportes y a registrar al señor HERNÁN QUINTERO CARDONA, como su afiliado sin solución de continuidad. Finalmente, solicitó se condene a COLPENSIONES, reconocer y pagar pensión de vejez, en los términos de la Ley 100 de 1993 aplicando los beneficios del régimen de transición.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis, en que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, el 10 de mayo de 1979; que para la fecha en que se trasladó al RAIS, había cotizado 494,43 semanas; que el 14 de septiembre de 2000, se afilió a COLFONDOS S.A., y que ésta omitió informarle que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy Colpensiones; que luego se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a la que se encuentra actualmente afiliado; que solicitó a COLPENSIONES, aceptar su traslado al RPM y, que ésta petición fue negada por no contar con 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (folios 4-20).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó la demanda como se observa a folios 88-98, mediante la cual se opone a las pretensiones formuladas en su contra, por considerar que su representada no puede aceptar el traslado del demandante, como quiera que éste, no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2012 porque no tenía 15 años de servicios o de cotizaciones a 1º de abril de 1994. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada.

COLFONDOS S.A., al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones formuladas por el demandante, indicando que carecen de fundamento fáctico y jurídico, pues no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP, fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedor de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos (folios 133-162).

PROTECCIÓN S.A., de igual forma se opuso a las pretensiones del actor, al indicar que éste se encuentra válidamente afiliado al RAIS, e inclusive se trasladó a varios fondos, reiterando su

decisión de pertenecer al mismo. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (folios 174-182).

Finalmente, PORVENIR S.A., indicó que no se opone ni acepta las pretensiones de la demanda, puesto que quienes deben pronunciarse sobre estas son COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa (folios 207-213).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de febrero de 2019, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: *Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el Señor HERNÁN QUINTERO CARDONA del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenida en el formulario No. 7531464 de fecha 14 de septiembre de 2000 tramitado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.*

SEGUNDO: *Ordenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el Señor HERNÁN QUINTERO CARDONA, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al*

Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Ordenar a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Señor HERNÁN QUINTERO CARDONA, desde su afiliación de fecha 10 de mayo de 1979 junto con el saldo de la cuenta de ahorro individual y una vez hecho esto, reconozca, liquide y pague la pensión de vejez, conforme los lineamientos del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 a partir del día 28 de febrero de 2016 fecha en la que cumplió la edad, reconociendo el respectivo retroactivo, para su liquidación deberá tenerse en cuenta lo reglado en el artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

CUARTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

QUINTO: No se accede a las restantes pretensiones de la demanda.

SEXTO: Se declara la nulidad de los traslados que hiciere el demandante dentro del RAIS con los restantes fondos privados demandados.

SÉPTIMO: Se condena en costas a los fondos demandados y a favor de la señora demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMLMV al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

OCTAVO: REMITASE EN CONSULTA" (Folio 300).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, en el que solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el accionante escogió libremente el fondo al que quería estar afiliado, de acuerdo a lo previsto en el Art. 13 Literal b) de la Ley 100 de 1993. Señaló también, que la voluntad del demandante se entendió expresada con la firma plasmada en la solicitud escrita de afiliación a la AFP y, que existía la obligación de anexar la información suministrada al formulario de afiliación, razón por la cual no se podía exigir a los fondos una obligación que a la fecha del traslado no existía. Finalmente, en cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez, indicó que la facultad ultra y extra petita no es absoluta, por lo que no podía conceder una pensión que no había sido reclamada a Colpensiones.

La demandada PORVENIR S.A., apeló el numeral mediante el cual fue condenado a pagar costas en el presente proceso, e indica que no debe ser condenado por esta pretensión al no haber hecho oposición a la demanda.

V. CONSIDERACIONES

En cumplimiento de lo dispuesto por la decisión de tutela emitida por la Sala de Casación Laboral de La Corte Suprema de Justicia y, de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T y S.S. -grado jurisdiccional de consulta-, y en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala

estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso e indicando las razones que sustentan el distanciamiento de los mismos.

Para el efecto se expone lo siguiente:

NATURALEZA DEL ACTO JURIDICO DE AFILIACION, OBJETIVOS Y EFECTOS.

El acto jurídico de afiliación al sistema general de pensiones nace de la ley, que impone al trabajador dependiente e independiente vincularse al régimen pensional que libremente escoja, con el objeto de atender la forma en que se financiara su pensión de vejez, en las condiciones previamente establecidas por el legislador, a las que se somete el afiliado según el régimen elegido.

El acto de afiliación, es en consecuencia, un acto condición, libre y voluntario, sometido a las normas previamente establecidas por el legislador y a los cambios que se introduzcan a partir de la expedición de nuevas leyes, sin la posibilidad de negociarlas, ni al momento de la afiliación ni cuando se producen los cambios, razón por la que se descarta la naturaleza contractual que algunos le asignan.

Debe resaltarse, que la escogencia del régimen pensional no podía tener relación alguna con la determinación del valor de la mesada pensional, ni podía pretenderse anticipar o especular valor alguno de la mesada llegado el momento de su reconocimiento, pues lo que se determina con la escogencia de un régimen, es la forma como se acumularan los recursos para la financiación de la prestación.

Colombia en 1993, para solucionar el problema de sostenibilidad financiera del sistema pensional, un particular modelo en el que coexisten, compiten y son excluyentes dos regímenes pensionales denominados de ahorro individual con solidaridad y el solidario de prima media con prestación definida; cuya diferencia en el modelo de financiación puede resumirse en que, en el primero es el capital acumulado en la cuenta individual del afiliado el que cubrirá el pago de la pensión; mientras el segundo la reconocerá con los dineros acumulados en un fondo común de naturaleza pública y a partir de un modelo simple de reparto, que implica que el valor de las cotizaciones de los afiliados, cubran el pago de las mesadas pensionales.

Para sustentar lo antes afirmado es pertinente remitirse a lo consignado en la C-086 de 2002, en la que, en referencia al tema de la afiliación, su naturaleza y el monto de la pensión, se consignó lo siguiente:

Además, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social en pensiones supone que éste se configure, como lo ha sido, como un régimen legal en el que los aportes de los afiliados, como las prestaciones que

deben reconocerse, sus requisitos y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades sino por reglas y principios que se integran en el ordenamiento jurídico y que, por ende, pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias históricas así lo impongan.

El sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.

Y más recientemente en la C-083-2019 se refrenda lo reiteradamente expresado por la Corte, de la siguiente manera;

Para garantizar tal derecho, también lo ha explicado esta Corporación, en la reseñada Ley 100 de 1993, el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo,

genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas

[...] Con fundamento en tal consideración, y tal como lo rememoró esta Corte en Sentencia C-078 de 2017 al resolver sobre la exequibilidad del inciso 4 del artículo 5 de la Ley 797 de 2003, en múltiples decisiones se ha señalado que el Congreso puede establecer la forma en la que se determina la pensión, o el tope de la misma, máxime cuando ello persigue concretar los principios de solidaridad y de sostenibilidad financiera, además de hacer efectivo el derecho a la pensión. Esto incluye “variar la situación jurídica de los destinatarios de una norma, siempre que esa decisión no implique el desconocimiento de los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución)” tal como lo señaló cuando, en decisión C-089 de 1997, definió sobre la constitucionalidad del artículo 35 parcial de la Ley 100 de 1993.

[...] Así mismo, ha sostenido esta Corporación que el legislador no tiene la obligación de mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas en relación con las leyes vigentes en determinado momento, cuando quiera que su potestad configurativa permita darle prioridad al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho, y siempre que consulte los parámetros de justicia y de equidad y se sujete a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. También ha explicado que tiene competencia para organizar el sistema de seguridad social en pensiones, a través, entre otros, de la creación de dispositivos de acceso, establecimiento de beneficios en cabeza de determinadas personas y fijación de requisitos, en el marco de los principios y valores constitucionales y con pleno respeto de los derechos adquiridos.

DE LOS REGIMENES PENSIONALES Y LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE CADA UNO. RAIS – RPM.

Sobre las ventajas de uno u otro régimen pensional y la posibilidad de dar a conocer al afiliado una expectativa referida al monto pensional, se ha establecido desde su inicio que no existe tal, pues uno y otro régimen ofrecen beneficios diferentes, sin que pueda predicarse que unos son mejores o superiores. Igualmente, se ha dejado sentado que los regímenes pensionales de RPM y RAIS, coexisten son excluyentes y compiten entre sí por la captación de afiliados dentro de los marcos de fijados en la Ley. Lo consignado en la C-956-2001 ilustra lo afirmado:

En varias oportunidades, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.

En la C-082-2002 se expresó en el mismo sentido:

No puede haber desconocimiento del derecho a la igualdad pues la Ley 100 de 1993 contiene una regulación diferente para cada uno de los regímenes pensionales, apoyada en el principio de la libre elección que permite a los afiliados escoger el subsistema que más se ajuste a sus necesidades, de tal suerte que el futuro pensionado se somete por su propia voluntad a un conjunto de reglas diferentes para uno y otro régimen, y simplemente se hará acreedor a los beneficios y consecuencias que reporte su opción.

DE LAS LIMITACIONES AL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL.

La permanencia y traslado de régimen no solo es un acto que impacta al afiliado en la forma como financiara su pensión, pues tal decisión afecta también en su conjunto las finanzas de uno y otro régimen. Al RPM porque en un sistema de reparto simple, el traslado de un afiliado implica una cotización menos al fondo común, de donde se pagan las pensiones vigentes. Al RAIS, porque altera las posibilidades de obtener mejores rendimientos en los diferentes portafolios de inversión. Por tal razón el legislador decidió que estabilizar el número de afiliados en un tiempo prudente previo al de la fecha de causación de la pensión se hacía indispensable para sostenibilidad financiera y en consecuencia limitó la posibilidad de traslado. El plazo se estableció en la Ley 797 de 2003, que limita la posibilidad de traslado de régimen a quien este a diez años o menos de cumplir la edad, quedando consignadas las razones de su exequibilidad en lo expresado en la C-1024 de 2004, en los siguientes términos:

La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual 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, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor

material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.

El derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales.

El derecho a la libertad de elección de los usuarios en cuanto al régimen pensional de su preferencia, es un derecho de rango legal y no de origen constitucional, el cual depende, en cada caso, del ejercicio de la libre configuración normativa del legislador.

CONCLUSIONES I:

Bajo las anteriores premisas y con fundamento en los pronunciamientos citados, resulta sustentado afirmar, en síntesis: Que la afiliación al sistema general de pensiones es

un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible; que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional. —

**MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL FIJADO
POR LA SALA DE CASACION LABORAL PARA SUSTENTAR
LA INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACION AL REGIMEN
PENSIONAL.**

Para resolver los juicios de casación, sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de nuestra Sala de Casación Laboral ha interpretado las normas que se refieren al deber de información de las AFP, definiendo que el incumplimiento al mismo imposibilita la libertad de elección de régimen pensional por parte del afiliado,

determinado tres etapas en la regulación, consignadas entre otras en la CSJ-SL1452-2019, resumidas en el siguiente cuadro:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

La sentencia citada analiza el contenido del deber de información en cada una de las etapas, dejando en evidencia su evolución, pasando de uno menos concreto a uno con la puntualidad de comparar valores de la mesada pensional, lo cual tiene una razón lógica: Una cosa es suministrar información sobre expectativas pensionales durante los primeros diez años de desarrollos legales y económicos que acompañaron la aplicación de la Ley 100 de 1993 y, otra muy diferente, suministrar información después de veinte años, cuando entre otras cosas el afiliado ya tiene cumplido el tiempo y las cotizaciones o el capital para acceder al goce de la pensión por vejez, porque en este momento las variables que **no eran determinables en el año de 1994 (o para el caso el año 2000)**, se convierten en variables determinadas tanto por los cambios introducidos en la ley 797 de 2003, como por la verificación ya en concreto de las variables económicas que incidieron sobre los rendimientos financieros de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, que determinan el monto de la pensión en forma concreta.

Sobre la aplicación de la Ley en el tiempo ha reiterado la jurisprudencia Sala de Casación Laboral que las normas bajo las cuales se juzgan los actos jurídicos son las vigentes al momento de su ocurrencia, que en el caso del demandante corresponden a las vigentes en el año 2000 en que realizó su afiliación al RAIS, siendo las aplicables las contenidas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto n.º 663 de 1993; los artículos 4, 14 y 15 del decreto

656 de 1994, que dan marco al deber de información, en lo que se ha denominado la primera etapa.

Para examinar los contenidos de las normas citadas correspondientes a la primera etapa del deber de información y aplicables al caso por el año en que se produjo el traslado del demandante, vale la pena hacer su transcripción:

LEY 100 DE 1993.

ARTICULO 13 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.

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 cincuenta 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.

La lectura de la norma anterior, permite establecer que el sujeto a quien va dirigida la protección es el afiliado, el derecho protegido es la libertad de elección de su régimen pensional, el infractor es el empleador y cualquiera otra persona que atente contra esa libertad, la sanción prevista es una multa, y, **la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.**

Por su parte el Decreto 663 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - de 1993, en el artículo 97 numeral 1º, expedido el 2 de abril de 1993 y publicado en el diario oficial el 5 de abril de 1993, prescribe:

1. *Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben 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.*

El artículo 1º del mismo Decreto 663 de 1993 establece:

ARTICULO 1o. ESTRUCTURA GENERAL. El sistema financiero y asegurador se encuentra conformado de la siguiente manera:

- a. Establecimientos de crédito.*
- b. Sociedades de servicios financieros.*
- c. Sociedades de capitalización.*

d. Entidades aseguradoras.

e. Intermediarios de seguros y reaseguros

La norma transcrita fue expedida con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 -23 de diciembre de 1993- cuando todavía no existían las AFP.

Por su parte el Decreto n.º 656 de 1994 en sus artículos 4,14 y 15 disponen lo siguiente:

ARTICULO 4o. *En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter previsional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.*

ARTICULO 14. *Las Sociedades Administradoras de Fondo de Pensiones tendrán, entre otras, las siguientes obligaciones:*

- a) Mantener los activos y pasivos de los fondos que administren separados entre sí y de los demás activos de su propiedad. Igualmente, conservan actualizada u en orden de la información y documentación relativa a las operaciones de los fondos y a los afiliados;*
- b) Mantener cuentas corrientes o de ahorros destinadas exclusivamente a manejar los recursos que administran, las cuales serán abiertas identificando claramente el Fondo al que corresponde la cuenta respectiva;*
- c) Enviar a sus afiliados, por lo menos trimestralmente, un extracto que registre las sumas depositadas, sus rendimientos y*

saldos, así como el monto de las comisiones cobradas y de las primas pagadas. La Superintendencia Bancaria podrá autorizar a las administradoras el envío o disponibilidad de extractos por medios distintos a la correspondencia escrita;

d) Literal modificado por el artículo 55 de la Ley 1328 de 2009. Entra a regir el 15 de septiembre de 2010. Invertir los recursos del sistema en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

e) Cuando negocien activos de los fondos administrados, deberán expresar y dejar constancia en los títulos correspondientes del nombre del fondo por cuenta del cual actúan;

f) Abonar los rendimientos del fondo en la cuenta de ahorro pensional de cada afiliado y a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el período correspondiente, según las instrucciones que al efecto imparta la Superintendencia Bancaria;

g) Garantizar a los afiliados de los fondos una rentabilidad mínima, que será determinada con base en la metodología que adopte el Gobierno Nacional teniendo en cuenta los parámetros señalados en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993;

h) Adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones retrasadas. Los honorarios correspondientes a recaudos extrajudiciales solamente podrán ser cobrados a los deudores morosos cuando estas acciones de cobro se adelanten por terceros cuyos servicios se contraten para el efecto.

Las cuentas de cobro que elaboren las administradoras por las sumas que se encuentren en mora prestarán mérito ejecutivo;

i) Atender oportunamente las solicitudes de retiro de excedentes de libre disponibilidad, incluidas las correspondientes a retiros de aportes voluntarios, que deberán ser presentadas con no menos de seis (6) meses de antelación. El preaviso de que trata el presente artículo no es renunciable por parte de la administradora;

j) Prestar, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 60 de ley 100 de 1993, asesoría para la contratación de rentas vitalicias, cuando ellas les sea solicitada por sus afiliados;

k) *Publicar la información que determinen el Gobierno Nacional y la Superintendencia Bancaria de conformidad con sus facultades legales;*

l) *Devolver los saldos de que tratan los artículos 66, 72 y 78 de la Ley 100 de 1993 dentro de los mismos plazos máximos que se fijen para el reconocimiento de pensiones y, si a ello hubiere lugar, entregarlos de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 7o. del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;*

m) *Las demás que señalen las disposiciones legales.*

ARTICULO 15. *Todo fondo de pensiones deberá tener un plan de pensiones y un reglamento de funcionamiento aprobados de manera previa e individual por la Superintendencia Bancaria. El reglamento debe contener, a lo menos, las siguientes previsiones:*

a) *Los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora;*

b) *El régimen de gastos conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Bancaria, y*

c) *Las causales de disolución del fondo.*

El texto del reglamento, así como del respectivo plan, deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación.

Los reglamentos deberán ser redactados de forma tal que sean de fácil comprensión para los afiliados y la copia que de los mismos se entregue a éstos deberá emplear caracteres tipográficos fácilmente legibles.

PARAGRAFO. *Las modificaciones a los reglamentos de los fondos de pensiones deberán ser igualmente aprobadas de manera previa por la Superintendencia Bancaria.*

PARAGRAFO. *transitorio. A las personas que se vinculen a un fondo de pensiones durante los dos primeros meses de funcionamiento del mismo, el texto del reglamento podrá serles entregado a más tardar al vencimiento de dicho término.*

De las disposiciones anteriores salta a la vista, que la relacionada con el caso es el artículo 4º, que hace responsables a las AFP en el grado de culpa levísima, por los daños que se puedan causar a los afiliados y la del literal j) del artículo 14 que impone un deber de asesoría, cuando así lo requiera el afiliado para la contratación de rentas vitalicias.

En lo que tiene que ver la aplicación del estatuto orgánico del sistema financiero - Decreto 663 de 1993 - como fuente del deber de información, resulta al menos forzada su aplicación, porque para entonces no existían las AFP como lo evidencia la fecha de su expedición y como resulta evidente en su artículo 1º donde, por lo que no puede esperarse encontrar un contenido material del deber de información sobre asuntos pensionales, o al menos no en la forma en que se describe en la jurisprudencia para esta primera etapa, al señalar que debe incluir referencias claras, precisas sobre las ventajas de cada régimen, el monto de la pensión, la pérdida de régimen de transición, porque no existían ni las administradoras ni la Ley 100 de 1993.

DE LA NATURALEZA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS SANCIONATORIAS EN MATERIA DE AFILIACION AL REGIMEN PENSIONAL.

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al

interpretar que tal falta atenta contra la libertad de elección prevista en el artículo 13 del mismo estatuto, porque, en síntesis, no puede ser libre una decisión desinformada.

El artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece un régimen sancionatorio para el empleador o cualquiera otra persona que *impida o atente* contra la libertad de elección del régimen pensional, estableciendo la imposición de multas y que la afiliación quedará sin efecto y podrá hacerse nuevamente. La norma consagra una sanción, que es la imposición de una multa por parte de una autoridad administrativa (Ministerio de Salud - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Superintendencia de Salud) y, una penalidad accesoria, que deja sin efecto la afiliación para que el afectado pueda hacerla nuevamente.

Tales efectos jurídicos sancionatorios requieren para su imposición, la declaración de una autoridad administrativa de las allí señaladas, que son las competentes para que se declare la violación, se imponga la multa y surja la consecuencia accesoria de dejar sin efecto la afiliación para dar paso a una nueva, si el afectado así lo desea.

Siendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la fuente invocada para dejar sin efecto la afiliación al régimen pensional, bien vale la pena recordar, que los regímenes sancionatorios solo pueden establecerse en leyes, siendo de la esencia de los mismos el que solo el Congreso de la República pueda adoptarlos en virtud del principio denominado *reserva de ley*, e impone que las correspondientes sanciones solo

puedan ser impuestas por las autoridades competentes, acatando el debido proceso, dentro del plazo previsto por la ley y con la dosificación señalada en ella. De otra parte el Decreto n.º 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º OBJETO. *El presente Decreto regula las condiciones y términos para el desarrollo de la actividad de promoción y distribución de los productos de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, incluidos los planes complementarios, alternativos y los planes pensiones.*

Artículo 2º DESTINATARIOS. *Igualmente señala las personas y entidades habilitadas para efectuar dichas labores, las disposiciones a las cuales han de sujetar su gestión, las condiciones de supervisión por parte de la Superintendencia Bancaria y el régimen sancionado correspondiente.*

CAPITULO IV. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACION DE LOS PROMOTORES.

Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. *Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.*

Las normas transcritas establecen la responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados, con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de las AFP, indicando que es responsabilidad de estas últimas; razón por la que cual esta disposición no permite trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto de derecho, que como Colpensiones, no intervino en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS, ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que solo se estableció a partir del año 2014 con la expedición de la Ley 1748.

Para el efecto resulta ilustrativo el contenido de la C-412 de 2015, que al referirse al régimen sancionatorio recordó la obligación de aplicar las garantías del debido proceso a la potestad de la administración en esta materia, referidos al principio de legalidad y de reserva de ley, respecto de los cuales expreso:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta

antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2º del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)”, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Alcance

El principio de tipicidad como desarrollo del de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutiva de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que les permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión. Conviene precisar que, si bien es cierto que en materia sancionatoria la ley puede hacer remisiones a los reglamentos, -con el fin de complementar el tipo allí descrito-, también lo es que la remisión se encuentra limitada al núcleo esencial de lo que se ha estipulado en la ley. De allí que la tipificación para la descripción de la conducta y la sanción, corresponde por mandato constitucional al legislador, mientras que la aplicación de la misma para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito, corresponde a la administración.

DEBIDO PROCESO-Concepto y alcance/DEBIDO PROCESO-Elementos integradores

El artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia. Y, de otra, constituye una limitación a los poderes del Estado, habida cuenta de que corresponde al legislador establecer previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción. La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada

que el debido proceso es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo incurso en una conducta judicial o administrativamente sancionable, precisando que son elementos integradores del debido proceso los siguientes: "a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario."

DEBIDO PROCESO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS- Opera en tres momentos específicos

Las garantías procesales en el campo administrativo sancionatorio no son iguales a las del ámbito judicial, toda vez que se enmarcan dentro de rasgos y etapas diversas. El debido proceso en las actuaciones administrativas opera en tres momentos específicos: (i) en la formación de la decisión administrativa (acto administrativo), (ii) en la notificación o publicación de esa decisión administrativa, y (iii) en la impugnación de la decisión (recursos).

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION-Ejercicio

Para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma, -sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley impone; (ii) que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto, y (iii) que el procedimiento administrativo se

desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso.

RESERVA DE LEY-Manifestación del principio de democracia y de división de los poderes

La reserva de ley es una manifestación del principio de democracia y de división de los poderes, el cual exige que ciertas materias deban ser directamente reguladas por el legislador mediante la expedición de leyes y no a través de regulaciones de menor jerarquía como lo son los decretos de carácter reglamentario. Este principio impone la obligación de que los núcleos esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una ley.

RESERVA DE LEY-Tipos

PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY-Carácter material

LEY-Asuntos sujetos a reserva material

Son asuntos sujetos a reserva material de ley las actividades que la Constitución expresamente señala: (i) las atribuciones propias del Congreso de la República y (ii) las que el legislador considere necesario regular, siempre y cuando no hayan sido otorgadas (tacita o expresamente) a otras ramas del poder o a otros órganos del Estado.

LEY MATERIAL-Materias sujetas a reserva

Frente a las materias sujetas a reserva de ley formal, la Corte Constitucional ha manifestado que son aquellos temas en los que no puede intervenir el legislador extraordinario, pues se exige la participación directa del Congreso como órgano máximo de deliberación política y de representación democrática, tal como ocurre con las leyes orgánicas, estatutarias y marco o cuando se

decretan impuestos o expiden códigos. En suma: (a) sólo el legislador puede regular la materia; (b) las autoridades administrativas, incluido el Gobierno Nacional, carecen de competencia para regular esa materia; y, (c) el legislador no puede en la ley que trata la materia, delegar en el Gobierno Nacional la regulación de la misma.

Los anteriores mandatos constitucionales estructuran el debido proceso, y han sido recogidos entre en otros en los artículos 16 y 21 de nuestro estatuto sustantivo laboral, en los que se consagran los principios de inescindibilidad e irretroactividad de la ley, aplicados e interpretados en su conjunto de manera reiterada en infinidad de sentencias, en las que la Sala de Casación Laboral, ha sentado la aplicación de las normas con total observancia del principio de inescindibilidad, dejando consignado al menos un millar de sentencias, que no es posible fraccionar la ley con el objeto de tomar de una y otra norma la parte que convenga a los intereses de quien pretende un derecho, construyendo una tercera que lo favorezca.(SL10233-2014, SL9405-2015, SL148-208, SL494-2016, SL4093-2017, SL6505-2015, SL2124- 2016, SL2124,2018 entre otras, de las 923 que relaciona la relatoría.)

CONCLUSIONES II.

Bajo las anteriores premisas es posible concluir: Que la competencia para imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 está asignada a las instancias administrativas allí señaladas; que la sanción prevista es la multa y dejar sin efecto la afiliación para que el

interesado realice **una nueva**; que las sanciones aquí previstas solo la pudo establecer el legislador en ejercicio de sus competencias; que en aplicación del debido proceso la sanción debe existir de manera previa al hecho que la origina; que en virtud del principio de legalidad no pueden aplicarse sanciones recurriendo a la analogía, ni remitirse a normas sancionatorias que regulen otros casos; que no pueden aplicarse las normas fraccionadamente y construirse una tercera que favorezca el derecho del accionante, que hay norma expresa sobre la responsabilidad que compete a las AFP por los perjuicios cometidos por la acción u omisión de sus agentes, y, que las sanciones deben ser aplicadas en la forma prevista en la Ley.

DE LA AUTONOMIA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA APLICACIÓN INTEGRAL DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LA LEY 100.

La seguridad social se encuentra definida como un derecho público que será prestado de conformidad con lo establecido en el artículo 4º de la Ley 100 de 1993, que reza:

*ARTÍCULO 4o. DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL.
La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.*

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades

directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.

Por su parte en el artículo 288 se ratifica la misma autonomía, se consagra la favorabilidad y la inescindibilidad, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 288. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA PRESENTE LEY Y EN LEYES ANTERIORES. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley.

La autonomía e independencia de la seguridad social han sido refrendadas en por la jurisprudencia de manera reiterada y uniforme, entre otras muchas en la CSJ-SL1689-2019 en la que se consignó:

Así las cosas, y para dar respuesta a los planteamientos propuestos en la demanda de casación, vale recordar que la codificación que contiene las disposiciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de antaño, obtuvo independencia de las demás ramas del derecho, de manera tal que posee instituciones con características, identidad y regulación normativa propia; de ahí que conforme el artículo 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, solo está permitido recurrir a las preceptivas de otros ordenamientos ante la ausencia de regulación legal del respectivo tema.

La normatividad impone que los temas de seguridad social regulados en la Ley 100 de 1993, se sometan a su aplicación y, en caso de ausencia de norma aplicable al caso, se acuda a las disposiciones de integración normativa y analogía, que permitan encontrar la solución al problema jurídico planteado.

Bajo las anteriores consideraciones las discusiones sobre la eficacia de la afiliación a un régimen pensional, encuentran solución integral en las normas de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, sin que haya vacío que permita acudir a estatutos diferentes para su solución.

DE LA APLICACION DEL CODIGO CIVIL Y DE COMERCIO A LOS ASUNTOS REGULADOS EN EL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL ESTABLECIDO POR LA LEY 100 DE 1993.

En atención a que los precedentes jurisprudenciales de nuestra Sala de Casación Laboral en materia de ineficacia de la afiliación a un régimen pensional, han aplicado normas de del Código Civil y de Comercio, para trasladar sus efectos a los asuntos de la seguridad social, es necesario referirse a ellos, de la forma en que se expone a continuación.

En síntesis, ha señalado la jurisprudencia, que la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando emana de la ausencia del deber de información por parte de las AFP, transgrede el derecho a la libre elección prevista en los

artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y, conduce a la ineficacia de la afiliación, la cual deberá entenderse en sentido estricto y deberá en consecuencia producirse el restablecimiento previsto en el artículo 1746 del Código Civil que reza:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Lo tesis sentada en la jurisprudencia laboral ha quedado consignado entre otras en la SL SL4360-2019 en los siguientes términos:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación

libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «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 [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.

Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.

En efecto, siguiendo la tradición de las legislaciones tutelares que propenden por la intangibilidad e irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y garantías ciudadanas, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sanciona con la ineficacia o la privación de efectos jurídicos todo acuerdo que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. De ahí que, para esta Corte, la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado

la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que

nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Sobre la ineficacia en sus diferentes acepciones y efectos, la C-345 de 2107, ilustra sobre la aplicación de la figura a los contratos civiles y comerciales, precisando que en los primeros operan las nulidades absoluta y relativa previstas en el Código Civil y, en los segundos, la ineficacia de pleno derecho establecida en el artículo 897 del código de comercio, que es el único ordenamiento que la tiene prevista en nuestra legislación, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 897. <INEFICACIA DE PLENO DERECHO>. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

El texto anterior vincula a los comerciantes y actos mercantiles por disposición del artículo 1º del mismo estatuto mercantil que reza:

ARTÍCULO 1o. <APLICABILIDAD DE LA LEY COMERCIAL>. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

De los textos transcritos se desprende que la figura de la ineficacia de pleno derecho, está ligada a los actos de comercio en los casos allí citados; que la norma no establece las consecuencias de la ineficacia de pleno derecho, por lo que pueden aplicarse las normas de la nulidad previstas en el

estatuto civil, por mandato expreso que hace el artículo 822 del Código de Comercio, como lo refiere la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en la sentencia SC-3201-2018 en la que se expresa :

Lo anterior es así por cuanto el Código de Comercio no prescribe los efectos específicos para cada una de las formas de invalidez en él mencionadas; lo que hace necesario acudir a las reglas que rigen esa materia en el campo civil, en aplicación del principio de remisión previsto en el artículo 822 de la codificación mercantil, según el cual «los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa».

Luego, por aplicación extensiva del artículo 1746 del Código Civil, es preciso aplicar a los casos de ineficacia comercial los efectos que la ley consagró para la nulidad:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo».

Cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz (como el artículo 897 del Código de Comercio), la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; lo cual tiene la aptitud de producir acción contra terceros poseedores. Así lo consagra expresamente el artículo 1748: «La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

Los referentes jurisprudenciales citados precisan que la figura de la ineficacia de pleno derecho es propia de los actos regulados en el estatuto comercial y que tal estatuto no tiene establecidos los efectos legales de la misma, pero que el artículo 822 remite a las normas del código civil y puntualmente al artículo 1746. Los supuestos de hecho de esta jurisprudencia nada tienen que ver, con el acto de afiliación a un régimen pensional, pues la situación fáctica que plantea vincula comerciantes y actos de comercio, se discute una situación de carácter contractual y, los efectos de la ineficacia previstos en el estatuto civil se aplican en asuntos mercantiles, pero porque así lo dispone una norma que dentro del mismo código de comercio remite a tal ordenamiento.

A diferencia de lo que ocurre con el artículo 897 del Código de Comercio, que deja vacío el efecto de la ineficacia, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, incorpora: El derecho protegido; la autoridad competente para determinar las conductas atentatorias del mismo; las multas y efectos

respecto a la afiliación y, dispone que en tal caso podrá hacerse una nueva.

La construcción jurisprudencial de la ineficacia del acto de afiliación al régimen pensional, se realiza a partir del fraccionamiento del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, del que se toma la consecuencia de dejar sin efecto la afiliación; se aplica el artículo 897 del Código de comercio del que se toma el efecto de la ineficacia de pleno derecho y, se aplican las disposiciones del artículo 1746 del Código Civil, para sustentar el restablecimiento al estado anterior en que se encontraba el afiliado.

La aplicación fraccionada de la ley contraviene la inveterada y reiterada jurisprudencia que sobre inescindibilidad de la norma ha aplicado la Sala, entra en tensión con la prohibición de tomar una parte de una norma y otra para dar nacimiento a una tercera y, desatiende los mandatos sobre integración y remisión normativa.

El referente jurisprudencial traído de la sala de casación civil, resulta descontextualizado como lo demuestra el supuesto factico del mismo, pues en él se discute una situación contractual entre comerciantes, en el que al declararse la ineficacia de pleno derecho a la venta de las acciones de una compañía, se afecta a un tercero comprador; teniendo la necesidad de abordar los restablecimientos mutuos a la luz del artículo 1746 del Código Civil, pero por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio.

La Corte Constitucional definió que el acto de afiliación es un asunto de orden legal, que se produce en obediencia a un mandato que así lo impone para trabajadores dependientes e independientes, es de carácter unilateral y de adhesión a las reglas fijadas por el legislador para uno y otro régimen, solo el legislador puede introducir cambios según lo demanden las circunstancias; razón por la que resulta ajeno a la declaratoria de su ineficacia, la aplicación de normas que desbordan el estatuto de la seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993. El sustento de lo afirmado por la Corte Constitucional respecto de la naturaleza y regulación del acto de afiliación, está en los pronunciamientos de constitucionalidad citados en esta providencia y en los contenidos de los artículos 4, 11, 13, 15 y 288 de la Ley 100 entre otros.

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

La estructura de la norma contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al proteger el derecho a la libre elección de régimen pensional, señalar las autoridades competentes para hacerlo efectivo y disponer sus consecuencias jurídicas, impone su aplicación sin fraccionamiento alguno y hace improcedente acudir a estatutos distintos, como el civil y el comercial para determinar sus efectos.

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el

estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a una tercera construida por el juez con tal propósito; todo lo cual debe cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.

EFFECTOS DE LA INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACION Y LA AFECTACION A COLPENSIONES.

La Ley 100 de 1993 estableció *El Sistema General de Pensiones* compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:

- a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.
- b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Los responsables de la administración de los dos regímenes pensionales son: Colpensiones la del primero, y las AFP las del segundo, cuya naturaleza jurídica y condiciones de existencia y manejo de los recursos está determinada en la Ley, en virtud de la cual la primera opera como Empresa Industrial y Comercial del Estado convertida en entidad de carácter financiero especial en el año 2011 y, las AFP como sociedades de servicios financieros, vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, constituidas con el

objeto social exclusivo de administrar fondos de pensiones obligatorias, fondos de cesantías, fondos de pensiones voluntarias y patrimonios autónomos de naturaleza pensional.

La coexistencia de los dos regímenes pensionales implica la competencia por la captación de afiliados, para lo cual la Ley 100 de 1993 estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 287. ACTIVIDADES PROPIAS DE LOS INTERMEDIARIOS EN LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL.

Las Entidades de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud y las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía y/o de Pensiones podrán realizar las actividades de promoción y ventas, la administración de la relación con sus afiliados, el recaudo, pago y transferencia de los recursos por intermedio de instituciones financieras, intermediarios de seguros u otras entidades, con el fin de ejecutar, las actividades propias de los servicios que ofrezcan.

El Gobierno reglamentará la actividad de estos intermediarios, regulando su organización, actividades, responsabilidades, vigilancia y sanciones a que estarán sujetos.

En desarrollo de la reglamentación de la anterior disposición, y, en lo que se refiere a la responsabilidad de las AFP frente a sus afiliados, se estableció en el Decreto 720 de 1994 lo que ya ha quedado consignado anteriormente.

En esta norma, a diferencia de las que cita la jurisprudencia en el marco del deber de información de las AFP, en lo que se denominó primera etapa; establece el deber de información por parte de los promotores; de forma general y abstracta, se consigna que las AFP deben responder por sus

actuaciones, en especial por aquellas que impliquen un perjuicio para el afiliado.

Bajo las anteriores premisas, en la medida en que el afiliado es quien tiene la opción de escoger su régimen pensional; mientras no se demuestre que Colpensiones invadió la órbita de su derecho a elegir, ninguna consecuencia de las establecidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puede aplicarse a un tercero que nada tuvo que ver en el acto de escogencia y afiliación al RAIS, ni en la deficiente o suficiente información que se le suministro, ni era la obligada a suministrarla en el año 2000, en que el afiliado tomo su decisión.

La anterior afirmación tiene sustento, en que de conformidad con lo hasta aquí expuesto, el régimen sancionatorio establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que sirve como sustento a la ineficacia del acto de afiliación, establece como sanción adicional a la multa que impongan las autoridades administrativas allí señaladas, la ineficacia del acto de afiliación y la habilitación para que el interesado haga una nueva; que de ninguna manera puede traducirse en que Colpensiones asuma la consecuencia de las omisiones de la AFP, que no solo es un sujeto de derecho diferente y autónomo, sino que es su competencia en materia de administrar pensiones sus afiliados.

Cabe resaltar que la relación jurídica originada en el acto de afiliación del demandante y cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujetos a la demandada COLFONDOS

S.A, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A., mientras que COLPENSIONES es sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídico sustancial que vincula al actor con las restantes demandadas.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del sistema pensional vigente, se agravo su situación de sostenibilidad financiera, ya que al permitirse la coexistencia y libre competencia, la mayor fuerza en la promoción de afiliaciones por parte de las AFP, dejo el sistema con un mayor problema del que tenía, al perder un número importante de cotizantes, que constituían con sus aportes el soporte para el pago de las pensiones ya causadas en favor de miles de colombianos.

La afirmación anterior tiene sustento en lo expresado por la Corte Constitucional en la C-083 de 2019, en la que se consignó:

7.5. Según se explicó en precedencia, el régimen de prima media con prestación definida tiene un carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas, en otras palabras, los cotizantes son los convocados a sufragar las pensiones de quienes ya cumplieron los requisitos de acceso.

7.6. Para ello el fondo común incorpora la totalidad de las cotizaciones y junto con los incrementos financieros que se producen dispone del pago de las pensiones, en las distintas contingencias. Esto que parece simple tiene sin embargo una gran complejidad, en la medida en que tanto la fijación de las cotizaciones, como el tiempo en el que debe realizarse y la edad del disfrute se determinan de acuerdo a un modelo financiero que permita hacer viable el régimen. El Estado allí funciona como garante de las obligaciones

pensionales, siempre que los afiliados cumplan con la densidad de semanas exigidas y la edad requerida. Con todo y la fijación de un modelo actuarial que haga sostenible el régimen de prima media, tal como se explicó en el acápite pertinente, por lo menos se subsidian en un 40% las pensiones de vejez.

7.7. Lo anterior es pertinente, pues tanto el actor, como los intervinientes que solicitan o bien la inexecutable o la executable condicionada de la norma demandada sostienen que se viola el artículo 48 constitucional, en cuanto el valor de la pensión de vejez no refleja la totalidad de las semanas que se cotizaron. Tal estimación supone que debe existir una estricta correspondencia entre el tiempo que cotizaron, con la fijación del porcentaje que determinará el monto de la pensión.

7.8. Sin embargo, como se ha anotado en esta providencia, esa simetría no es aceptable en el modelo de seguridad social, en tanto no existe la posibilidad de recuperar en idéntica proporción lo sufragado, dada la naturaleza redistributiva del sistema y en atención a las distintas variables que se tienen en cuenta para garantizar el sostenimiento. Su carácter igualitario deriva de que, ese mecanismo, permite compensar la situación de aquellos que, de ser exclusivamente por las cotizaciones no tendrían la posibilidad de protegerse ante el riesgo de vejez.

7.9. La progresión del derecho a la seguridad social en materia pensional entonces se encuentra estrechamente ligada con un esfuerzo colectivo, que traduce el principio de solidaridad y que se concreta, entre otros, tanto en los subsidios que se otorgan para garantizar las pensiones, como en los que se dan a las clases menos favorecidas para que completen el valor de sus cotizaciones. Y esa solidaridad es inter e intrageneracional justamente porque quienes hoy cotizan pueden llegar a ser subsidiados en el futuro cuando satisfagan sus requisitos pensionales.

7.10. En ese sentido, la disposición demandada tiene por objetivo concretar el principio de solidaridad en el sistema pensional, a la par que es un mecanismo que se utiliza para otorgar un equilibrio al sistema lo que revierte en su sostenibilidad, todo lo cual constituye una finalidad importante, además de

ello es adecuada, en tanto lo que se busca al fijar las 50 semanas -que corresponde en los cálculos actuariales a un año- es incentivar la permanencia en la cotización, que como se ha insistido es determinante para la ampliación de recursos en el régimen de prima media con prestación definida. Más tiempo cotizando supone más recursos para financiar las obligaciones ya causadas y esto hace que la medida sea adecuada.

7.11. Por demás ese mecanismo no afecta el reconocimiento de la pensión, por el contrario, incentiva que el valor se aumente, sin que ello comprometa su existencia. En todo caso y dada la finalidad de ampliación de cobertura del derecho fundamental a la seguridad social esa fórmula para aumentar el porcentaje del monto pensional ha sido utilizada de manera constante en el régimen de prima media, incluso antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993. Así el artículo 16 del Decreto 3041 de 1966 disponía el incremento del 1.2% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas; luego el Decreto 2879 de 1985 en su artículo 1 contemplaba que se elevaba en un 3% por cada 50 semanas adicionales a las 500 y esta misma prescripción se mantiene en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990. También se encontraba en el artículo 34 original de Ley 100 de 1993, al definir que por cada 50 semanas adicionales a las 1000 y hasta las 1200 se incrementaría la pensión en un 2% y de 1200 a 1400 semanas en un 3% hasta llegar al tope del 85%. Entonces, al prescribir el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 que el aumento porcentual es de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas puede afirmarse que se ha mantenido la fórmula, en lo que a ese aspecto atañe.

7.12. La claridad de la disposición y la finalidad que la misma incorpora, tal como se ha explicado, permiten sostener que el legislador no afectó ningún derecho fundamental y que, por el contrario, utiliza ese mecanismo, en atención a su amplio margen de configuración, para hacer viable el régimen de prima media, permitiendo su estabilidad y de ese modo efectivizar la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, su ampliación progresiva a sectores menos favorecidos, que tienen limitación en mantener cotizaciones constantes y por ende que son susceptibles de quedar desprovistos de protección durante la vejez. Es decir, a la par que asegura la sostenibilidad financiera del sistema, promueve los principios de universalidad y solidaridad,

sin vulnerar el contenido del artículo 48 constitucional. De allí que el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 deba declararse exequible.

De las normas citadas resulta evidente que los perjuicios ocasionados por las AFP por razón de sus acciones u omisiones al momento de la afiliación los debe asumir la respectiva administradora, de conformidad con las normas vigentes al momento de la afiliación y dispuestas por el estatuto de seguridad social, de las que se advierte no hay ninguna que genere la obligación de recibir al demandante cuya afiliación resulta ineficaz, por cuenta de hechos absolutamente ajenos a Colpensiones.

CONCLUSIONES IV.

Por lo expuesto resulta sustentado afirmar: Que Las normas de seguridad social son suficientes para juzgar las pretensiones de ineficacia de la afiliación, deben ser aplicadas conforme a los mandatos del debido proceso en especial en aplicación de los principios de inescindibilidad, irretroactividad de la ley, integración y remisión, contenidos en las normas y jurisprudencias citadas; que la ineficacia de la afiliación produce efectos a cargo de quien incurrió con su acción u omisión en la causación de un perjuicio, en este caso a cargo de la respectiva AFP; que no puede atribuirse efecto ni resarcimiento alguno a cargo de un sujeto que no intervino ni en la decisión del afiliado de trasladarse de régimen ni en el acto de afiliación, ni mucho menos en la deficiente información invocada; que resulta trascendente juzgar el acto de afiliación de manera oportuna, ya que el aporte de la cotización en un sistema de reparto simple, cumple su objetivo

de contribuir al pago de las pensiones ya causadas, si se hace oportunamente y dentro de los plazos previstos, ya que hacerlo por fuera desfigura el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

Las pruebas que se practicaron dan sustento factico a las conclusiones anteriores en la medida en que demuestran la fecha de afiliación del demandante y la ausencia de participación de Colpensiones en el acto de traslado, como resulta evidente de los siguientes medios:

Del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A, a partir del 14 de septiembre de 2.000 (Folio 163).

Del interrogatorio de parte, absuelto por el señor HERNÁN QUINTERO CARDONA, del que se establece que el actor para el año 2000, asistió a una asesoría recomendada por la sección de personal de recursos humanos de la empresa donde laboraba; que decidió afiliarse a COLFONDOS, luego de que una asesora le brindara asesoría personal, informándole de los beneficios de los fondos privados y de las ventajas del mismo; decidió realizar el traslado de manera libre y voluntaria, por cuanto le informaron que tendría una pensión muy buena; manifestó desconocer de los traslados realizados a distintas AFP desde el año 2000; que nunca ha solicitado una proyección de su mesada pensional en el RAIS, que lo que sabe se lo ha informado su abogado; indicó que con anterioridad al año 2016, no se preocupó por averiguar acerca de su pensión, y que lo hizo solo hasta el momento que sus compañeros salían con una pensión muy baja y finalmente

que entiende que las AFP lo trasladaron sin su autorización, pues realizaban acuerdos unas con otras, ya que manejaban el mismo estilo o modelo pensional.

De las pruebas citadas se establece tanto la fecha de la afiliación del demandante, como la ausencia de demostración de perjuicios a cargo de la AFP PORVENIR S.A. que no fue quien lo recibió en RAIS.

Por las razones expuestas, se declarara la falta de presupuestos procesales para aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; se revocarán la condenas impuestas a PORVENIR S.A., por ausencia de la demostración de perjuicios causados con ocasión de la afiliación, a la luz de lo dispuesto el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y, se revocaran las condenas impuestas a Colpensiones, por ser ajena a la decisión de traslado de régimen tomada por el afiliado y a las invocadas deficiencias en el deber de información y que en principio correspondían a Colfondos S.A.; por no participar en acto contractual alguno, que le pueda imponer restituciones de ninguna clase a la luz del artículo 1746 del Código Civil, habida cuenta que el acto de afiliación no tiene carácter contractual y la norma en cita no aplica a la regulación de actos de la seguridad social que tienen regulación propia, sin que pueda acudirse a un estatuto ajeno.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. se revocan.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección.

SEGUNDO: DECLARAR que de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, las normas reguladoras del acto de afiliación, deben aplicarse integralmente, sin posibilidad de fraccionarse, ni tomar parte de una y otra para dar paso a una tercera que se ajuste al caso.

TERCERO: DECLARAR que la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información, debe sujetarse integralmente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993,

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de las administradores de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes

jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

QUINTO: DECLARAR que en Colombia coexisten dos regímenes pensionales administrados por sujetos de derecho privado, en el caso de las AFP y público de carácter especial en el caso de Colpensiones, que compiten libremente en la captación de afiliados y son excluyentes.

SEXTO: DECLARAR que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse integralmente, atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes.

SEPTIMO: DECLARAR que el juzgamiento de validez del acto de afiliación y sus consecuencias, debe hacerse a la luz del estatuto de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, en atención al principio de integración normativa.

OCTAVO: DECLARAR que el acto de afiliación al sistema pensional nace de una obligación legal, es unilateral de adhesión y sometimiento a las condiciones impuestas por el legislador y a las modificaciones que este imponga en leyes posteriores.

NOVENO: DECLARAR que el acto de afiliación a un régimen pensional, no tiene carácter contractual y en consecuencia sus requisitos y efectos no nacen de la voluntad de los sujetos que en el intervienen sino de las disposiciones contenidas en la ley.

DECIMO: DECLARAR que Colpensiones y las AFP demandadas son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre si, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

ONCE: DECLARAR que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último.

DOCE: Declarar que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

TRECE: DECLARAR que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios, debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.

CATORCE: DECLARAR que los efectos legales de la afiliación a un régimen pensional no surgen de acuerdos entre el afiliado y la administradora escogida sino de la ley y, en consecuencia, los mismos no pueden tornarse en perjuicios a cargo de la administradora.

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación del demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el 14 de septiembre de año 2000, fecha del traslado a COLFONDOS S.A. y, no pueden aplicarse disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

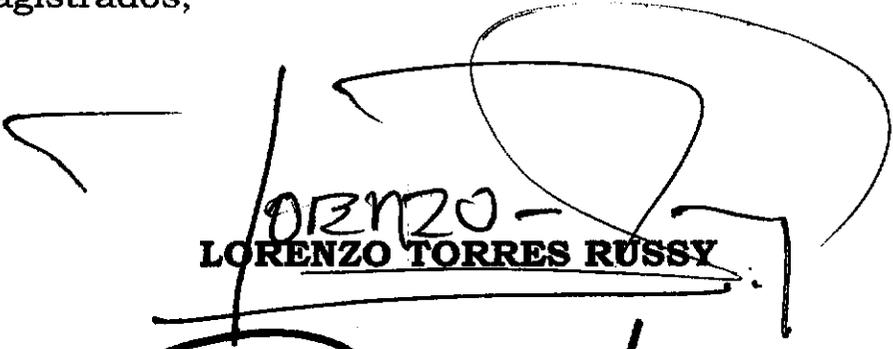
PRIMERO: SE REVOCA la condena apelada por la AFP PORVENIR S.A. y se absuelve de la misma por no haber recibido al afiliado en el RAIS y no haberse probado perjuicio alguno a su cargo de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y, sin que las obligaciones establecidas en la ley puedan tornarse en tales.

SEGUNDO: SE REVOCA la condena impuesta a Colpensiones, en razón a que la afiliación del actor al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral del demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no intervino Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. se revocan.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvo Voto

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.º 007-2017-00259-01, promovido por Hernán Quintero Cardona contra Colpensiones y otro (revoca sentencia-cumplimiento de fallo de tutela)

100