205

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LEONOR DEL TRÁNSITO CASTRO DE MALAGÓN contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 039 2016 01028 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de octubre de 2019.

Por otra parte, se advierte que la apoderada de Colpensiones presentó escrito de alegaciones en el cual solicitó revocar la decisión de primera instancia, al argumentar que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento pensional por lo cual solicitó absolver a la entidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

A su vez la apoderada de la demandante en su escrito de alegaciones solicita mantener la sentencia proferida por el Juzgado, en razón a que Colpensiones al efectuar el reconocimiento pensional, no puede sustraerse

de pagar el retroactivo causado que corresponde a las mesadas pensionales desde el fallecimiento del causante, como lo establece la ley; afirmó que inicialmente la entidad demandada dispuso dejar en suspenso el reconocimiento, pero al advertir que de manera fraudulenta se había presentado otra persona a solicitarlo, determinó que el derecho lo tenía la actora y por ello debe asumir su error al efectuar pagos a quien no contaba con el derecho. Citó las normas que consideró aplicables al caso, así como jurisprudencia al respecto.

I. ANTECEDENTES

La señora LEONOR DEL TRÁNSITO CASTRO DE MALAGÓN pretendió se condene a COLPENSIONES, al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en calidad de madre dependiente del causante Félix Malagón Castro, a partir del 23 de julio de 2014, así como el pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones manifestó que el 23 de julio de 2014 falleció su hijo Félix Malagón Castro, por lo cual el 31 de octubre de 2014 solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de madre dependiente del fallecido, el cual fue negado mediante la Resolución GNR 101501 del 10 de abril de 2015 con el argumento de que el asegurado tenía un hijo minusválido con mejor derecho; posteriormente ante el recurso interpuesto fue proferida la Resolución GNR 269543 del 2 de septiembre de 2015 dejó en suspenso el reconocimiento por existir dos reclamaciones.

Manifestó que el momento del fallecimiento del causante se encontraba a cargo de la actora y de la hermanda de aquel, quienes le prodigaron cuidados en sus últimos días en el hospital y les fueron reconocidas las prestaciones sociales por la empresa en que él laboraba.

Informó que el afiliado fallecido jamás contrajo matrimonio, ni hizo vida marital con nadie y tuvo un único hijo quien para la fecha de su deceso tenía 28 años de edad.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda, como consta en el escrito incorporado a folios 36 a 44, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la actora no acreditó los requisitos de ley para acceder a ese reconocimiento. Propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio y de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica.

El Juzgado ordenó la integración del contradictorio y citó al señor WILLIAM MAURICIO ALBA ARIZA, a quien ordenó notificar personalmente y por auto del 25 de julio de 2018 ordenó su emplazamiento (fl. 94) y le designó curadora ad litem (fl. 99), la auxiliar de la justicia se notificó en forma personal (fl. 116) y la publicación del emplazamiento se efectuó de acuerdo con lo ordenado (fl. 97).

En la audiencia realizada el 23 de septiembre de 2019 el Juzgado al fijar el litigio determinó que no había lugar a efectuar pronunciamiento respecto del reconocimiento del derecho pensional al ser reconocida la pensión de sobrevivientes en el 100% a la demandante mediante la Resolución N° SUB 253303 del 16 de septiembre de 2019, por lo cual el tema a debatir corresponde al derecho de la actora a percibir la pensión reconocida a partir del 23 de julio de 2014, así como la procedencia de los intereses moratorios pretendidos. (fl. 152-154)

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 8 de octubre de 2019, el Juzgado treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que resolvió:

"PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar a la señora LEONOR DEL TRÁNSITO CASTRO DE MALAGÓN, el retroactivo pensional, por ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente de su hijo, en cuantía de $245.016.758,78, a partir del 23 de julio de 2014 al 31 de agosto de 2019.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la señora LEONOR DEL TRÁNSITO CASTRO MALAGÓN, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, contados desde el 31 de diciembre de 2014, sobre las mesadas que se adeudan hasta el momento en que se haga efectivo el pago de la prestación.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

CUARTO: DEVOLVER a la administradora de COLPENSIONES del pago de la indexación.

QUINTO: DESVINCULAR del presente proceso, al señor WILLIAM MAURICIO ALBA ARIZA.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de $4.900.000.

SÉPTIMO: Teniendo en cuenta que la sentencia resultó adversa a COLPENSIONES ordenar el grado jurisdiccional de consulta.

En la misma fecha el Juzgado dictó providencia para corregir el error aritmético en que se había incurrido al momento de establecer el monto del retroactivo pensional, para fijarlo en la suma de $227.511.570,47, decisión que notificó en estrados a las apoderadas de las partes. (fls. 170-171)

IV. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia al considerar que la entidad obró dentro de las previsiones legales sobre el asunto, así como con las facultades con que cuenta, de acuerdo con lo expresado en las Resoluciones que profirió, así como las investigaciones administrativas que realizó; pidió tener en cuenta el trámite que se surtió frente a la solicitud de pensión de sobrevivientes efectuada tanto por la demandante como por el señor William Mauricio Alba, a quien inicialmente le fue reconocida y posteriormente al advertirse que no contaba con ese derecho, se le revocó mediante acto administrativo en el que igualmente se dispuso que efectuara

la devolución de las sumas que recibió por mesadas pensionales, por lo cual considera que no son procedentes las condenas impuestas a la entidad y solicita se absuelva a la misma de todas las pretensiones.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del C.P.T y S.S. la Sala estudiará si resulta procedente ordenar el reconocimiento y pago del retroactivo pensional reclamado por la demandante, desde el 23 de julio de 2014 hasta el 31 de agosto de 2019 en cuantía de $227.511.570,47; así como los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conceptos por los cuales se profirió la condena en primera instancia y son objeto del recurso de apelación por la entidad demandada.

Previo al pronunciamiento respecto de las inconformidades planteadas en el recurso de apelación, se debe determinar que en el presente asunto se encuentra acreditado que, frente al reconocimiento pensional reclamado por la actora la entidad demandada profirió los actos administrativos que a continuación se relacionan (fls. 50-51):

- Resolución GNR 101501 del 10 de abril de 2015, mediante la cual negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora en calidad de madre del afiliado al no acreditar la dependencia económica.
- Resolución GNR 269543 del 2 de septiembre de 2015, mediante la cual dejó en suspenso el posible derecho sobre la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor FELIX MALAGON CASTRO al haberse presentado a reclamarla la señora LEONOR DEL TRANSITO CASTRO DE MALAGON en calidad de madre del fallecido y el señor WILLIAM MAURICIO ALBA ARIZA, como cónyuge o compañero permanente.

- Resolución GNR 317189 del 15 de octubre de 2015, mediante la cual revocó la anterior para disponer el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en un 100% al señor WILLIAM MAURICIO ALBA ARIZA en calidad de cónyuge o compañero permanente del afiliado fallecido.
- Resolución VPB 68158 del 28 de octubre de 2015 por medio de la cual confirmó la anterior.
- Resolución GNR 3420026 del 17 de noviembre de 2016 que negó la solicitud de dejar en suspenso el reconocimiento pensional.
- Resolución APSUB 3184 del 22 de agosto de 2017, por medio de la cual dio apertura a la etapa probatoria para efectos de la investigación administrativa que permitiera establecer los hechos frente al reconocimiento pensional reclamado.
- Resolución SUB 253303 del 16 de septiembre de 2019, por medio de la cual por medio de la cual la entidad demandada le reconoció a la demandante la pensión de sobrevivientes, en el 100% en calidad de madre del causante, señor Félix Malagón Castro, en cuantía inicial de $3.800.669, desde el 23 de julio de 2014, pero con efectos fiscales a partir del 1° de septiembre de 2019, con fundamento que las mesadas pensionales causadas con antelación fueron pagadas al señor William Mauricio Alba Ariza hasta el 30 de agosto de 2019, y sólo hasta que se reintegren dichos valores ordenado en la Resolución SUB 249812 del 12 de septiembre de 2019, la entidad podrá reconocer a la demandante el pago del retroactivo pensional que le corresponde, en aras de garantizar la estabilidad económica y el patrimonio de la entidad. público (fls. 141 a 146).

Establecido lo anterior, se tiene que la fijación del litigio se hizo respecto de la suma correspondiente al retroactivo pensional no pagado por la entidad demandada en razón a la situación planteada en los referidos actos administrativos, mediante los cuales COLPENSIONES determinó que el pago de dicho retroactivo a la pensionada se efectuará una vez se produzca el reintegro de esas sumas, como lo dispuso en la mencionada Resolución SUB 249812 del 12 de septiembre de 2019, que constituye título ejecutivo en contra del señor WILLIAM MAURICIO ALBA ARIZA, quien debe efectuar

la devolución de esas sumas al haberse establecido mediante la investigación administrativa realizada por la entidad demandada que no le correspondía el derecho a la pensión de sobrevivientes (fl. 162).

Es evidente que el artículo 26 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, dispone que el derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en dicha normativa, y se reconoce y paga a partir de la fecha de fallecimiento del asegurado o del pensionado, en tal sentido al quedar acreditado en el juicio, con el registro civil de defunción (fl. 15) que el deceso del afiliado se produjo el 23 de julio de 2014, lo cual en principio da lugar a que sea esa la fecha a partir de la cual se debe efectuar el pago del retroactivo pensional, no obstante en este asunto se presenta una situación particular que no puede ser desconocida y que como ya se ha señalado en esta sentencia, corresponde al reconocimiento que de dicha prestación se hizo de manera inicial al señor William Mauricio Alba Ariza a quien mediante acto administrativo expedido por la entidad se le ordenó la devolución de las sumas que percibió por concepto de mesadas pensionales y que corresponden al retroactivo que se reclama en la demanda que dio lugar a este proceso.

Considera la Sala que el proceder de la entidad demandada no fue caprichoso, toda vez que no podía suspender el pago de las mesadas que le estaban siendo reconocidas al referido señor Alba Ariza, hasta tanto no se adelantara la investigación administrativa y se tuviera certeza de la situación, como lo expresó Colpensiones en la Resolución DIR 13784 del 30 de julio de 2018; en tal sentido y una vez se determinó que el derecho no le correspondía a aquel, fue que la entidad profirió la Resolución SUB 249812 del 12 de septiembre de 2019 por medio de la cual revocó el derecho y le ordenó reintegrar la totalidad de los recursos que le fueron girados a título de mesadas pensionales, por la suma de $227.667.339, que corresponde al retroactivo causado entre el 23 de julio de 2014 y el 31 de agosto de 2019, el cual es objeto de las pretensiones de la actora en este juicio.

En efecto el acto administrativo que expidió Colpensiones, mediante el cual se le reconoció la pensión de sobrevivientes a William Mauricio Alba Ariza, contaba con la presunción de legalidad de todo acto de esa naturaleza, mientras no se hubiera anulado, siendo claro que la revocatoria directa del acto propio de la administración, en principio, está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, en atención a los mandatos superiores de buena fe, lealtad y seguridad jurídica, salvo cuando el mismo fue producto de maniobras evidente y probadamente fraudulentas, violando la Constitución y la ley, cuya situación debe ser objeto de investigación para que quede debidamente demostrada y así generar la certeza suficiente que una situación de esa índole amerita, máxime cuando se pretende desconocer un derecho ya otorgado, que creó una situación particular y concreta a favor de dicho señor, de ahí que no resulte improcedente el actuar desplegado por la entidad demandada al disponer los trámites inherentes a la investigación que de manera previa debió adelantar para que de esa forma tuviera validez la decisión de revocar el reconocimiento pensional y ordenar la devolución de las sumas irregularmente percibidas.

No se puede perder de vista que en la Resolución SUB 253303 del 16 de septiembre de 2019, mediante la cual Colpensiones reconoció la pensión de sobrevivientes a la actora de manera clara se indicó:

"Que en aras de garantizar la estabilidad económica y el patrimonio público que Colpensiones como administradora del RPM debe preservar, se concederá con efectividad fiscal de la prestación a partir del 01 de septiembre de 2019, toda vez que la revocatoria y el reintegro de los valores en contra del señor ALBA ARIZA WILLIAM MAURICIO, identificado con C.C. N° 80067366, quien se presentó en calidad de compañero permanente, se surtió hasta el 30 de agosto de 2019.

Aclarando que una vez el reintegro de los valores ordenados mediante Resolución SUB 249812 del 12 de septiembre de 2019 (título ejecutivo en contra de ALBA ARIZA WILLIAM MAURICIO), se encuentren en esta entidad, se procederá a reconocer lo que en derecho corresponda." (Resaltado fuera de texto)

Quiere decir lo anterior que el derecho al retroactivo pensional que le asiste a la demandante no está siendo desconocido por la entidad demandada, sino sometido al trámite que está adelantando en contra de quien percibió de manera irregular esos dineros, actuación que obviamente debe ser culminada por Colpensiones para proceder al pago de las sumas que corresponden a favor de la actora.

Acorde con lo anterior, debe señalar la Sala que el ejercicio hermenéutico de las autoridades judiciales no puede dar lugar a una aplicación aislada de la ley que no permita la armonía del ordenamiento constitucional, y conduzca a hacer inoperantes los principios del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por ello la actividad judicial debe responder a la interpretación que de manera sistemática se haga de los principios que informan cada sub sistema del ordenamiento jurídico; la aplicación de cualquier disposición normativa en independencia de tales principios, contraviene las directrices del ordenamiento constitucional; en esa medida la existencia del principio de solidaridad que rige la seguridad social, se traduce no en una mera expectativa o axiología, implica necesariamente que las decisiones que, en el marco del sistema de seguridad social en pensiones, se adopten tengan presente la operatividad de los principios, para que no quede en el vacío ese conjunto de normas que el Legislador ha estructurado.

Se indica lo anterior, frente al principio de sostenibilidad financiera como presupuesto de la universalización del derecho a la seguridad social, que debe ser observado no solo por las entidades encargadas de efectuar los reconocimientos de esa índole, sino en todas las decisiones judiciales que frente a tales derechos se adopten, en tal sentido considera la Sala que no se le puede ordenar mediante sentencia a la entidad demandada que efectúe el pago del retroactivo pensional, sin tener en cuenta la situación especial y concreta que en el trámite del reconocimiento pensional tuvo lugar.

En consecuencia, se revocará la sentencia recurrida para en su lugar absolver a la entidad demandada del pago del retroactivo pensional pretendido y por sustracción de materia de los intereses moratorios que sobre ese valor fueron ordenados en la sentencia de primera instancia.

Sin Costas en el recurso.

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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 8 de octubre de 2019, para en su lugar ABSOLVER a la entidad demandada de las condenas impuestas en primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: **SIN COSTAS** en el recurso.

Esta decisión se notifica por medio de edicto.

Los Magistrados,

OTERO

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvamento de Voto

210

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 39-2016-01028-01

DEMANDANTE: **LEONOR DEL TRÁNSITO CASTRO MALAGÓN**
DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTROS**
ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 30 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

211

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 39-2016-01028-01

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **LEONOR DEL TRANSITO CASTRO DE MALAGÓN**
DEMANDADOS: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**
ASUNTO : **APELACIÓN** (Demandada)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39° Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de octubre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 194-195), así como Colpensiones (folio 186) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **LEONOR DEL TRANSITO CASTRO DE MALAGÓN** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 30):

1) Condenar a Colpensiones, al pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, en calidad de madre dependiente del Sr. Félix Malagón Castro (QEPD), pagadera a partir del 23 de julio de 2014.
2) Ordenar a Colpensiones a reconocer y pagar al actor, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el no reconocimiento oportuno de la pensión de sobreviviente.
3) Costas procesales.

La entidad demandada contestó la demanda, visible a fls. 36 A 44, de acuerdo al auto a folio 45. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso las excepciones de mérito.

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 08 de octubre de 2019. **CONDENÓ** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar a la señora Leonor del Tránsito Castro Malagón, el retroactivo pensional, por ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente de su hijo, en cuantía de $245.016.758,78, a partir del 23 de julio de 2014 al 31 de agosto de 2019. **CONDENÓ** a Colpensiones a pagar a la demandante, los intereses moratorios previstos en el artículo

212

momento en que se haga efectivo el pago de la prestación. **Declaró no probadas** las excepciones propuestas. **Absolvió** a Colpensiones al pago de la indexación. Desvinculó del presente proceso, al señor William Mauricio Alba Ariza. Costas a cargo de la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de $4.900.000.

Corrección de sentencia: Condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar a la señora Leonor del Tránsito Castro de Malagón, el retroactivo pensional por valor de $225.511.570,47 correspondiente a las mesadas atrasadas desde el 23 de julio de 2014 al 31 de agosto de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia a efectos que sea revocada la decisión de primera instancia:

1. **PENSION SOBREVIVIENTE:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que dentro del presente asunto no se encuentra acreditada la dependencia económica de la demandante, en calidad de madre dependiente del causante, conforme se indicó en resolución GNR 101501 del 10 de abril de 2015, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la cual dispone que la dependencia económica debe ser acreditada de manera total y absoluta, sin que éste requisito haya sido acreditado, máxime si se tiene en cuenta que en resolución No. 269543 del 2 de septiembre de 2015, la entidad demandada dejó en suspenso el reconocimiento de la pensión al evidenciar controversia entre lo pretendidos beneficiarios, esto es, la señora Leonor Castro y el señor William Mauricio Alba, si se tiene en cuenta que el mismo presentó solicitud de reconocimiento de la pensión como compañero permanente del causante. No obstante lo anterior, como quiera que durante el transcurso del presente proceso, le fue reconocida la pensión de sobrevivientes a la demandante, ha de tenerse en cuenta que no procede el retroactivo pensional ni los intereses de mora, en tanto que los mismos proceden cuando existe mora en el pago de la prestación, por otro lado, solicita se revise la liquidación efectuada por el Juzgado de instancia.

No obstante la interposición de los recursos de apelación, en atención a que la sentencia fue adversa a la entidad accionada, la Sala avocará también su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí la demandante tiene derecho al reconocimiento del retroactivo pensional. **2.** Intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

STATUS DE PENSIONADA:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que en el transcurso del proceso, la accionada le reconoció pensión de sobrevivientes a la demandante mediante resolución No SUB 253303 del 16 de septiembre de 2019, en el 100% en calidad de madre del causante, el señor Felix Malagón Castro, en cuantía inicial de $3.800.669 con fundamento en la Ley 797 de 2003, con efectos fiscales a partir del 1 de septiembre de 2019, con fundamento que le fue pagado las mesadas pensionales a favor del señor William Mauricio Alba Ariza hasta el 30 de agosto de 2019, y sólo hasta que se reintegren dichos valores ordenado en la resolución SUB 249812 del 12 de septiembre de

2019, la entidad podrá reconocer a la demandante el pago del retroactivo pensional que le corresponde, en aras de garantizar la estabilidad económica y el patrimonio público (fls. 157 a 162).

RETROACTIVO PENSIONAL:

Solicita la parte actora le sea reconocida la pensión de sobreviviente a partir del 23 de julio de 2014, fecha de fallecimiento del causante, al respecto cabe traer a colación el artículo 26 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año el cual establece:

> ***ARTÍCULO 26. CAUSACION Y PERCEPCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES.*** *El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente Reglamento* ***y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado.***

En ese orden de ideas, conforme al registro civil de defunción obrante a folio 15 del plenario se logra acreditar que el señor FELIX MALAGON CASTRO falleció el 23 de julio de 2014.

Ahora bien, ha de precisar en primer lugar que, mediante resolución No. GNR 101501 del 10 de abril de 2015, la entidad demandada negó el reconocimiento de la prestación a favor de la demandante, bajo el argumento que no había acreditado la dependencia económica (fls. 7 y 8).

Posteriormente, mediante resolución GNR 269543 del 2 de septiembre de 2015, la entidad convocada a juicio dejó en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, hasta tanto fuera resuelta por la jurisdicción ordinaria dirima el conflicto entre la demandante, en calidad de madre y el señor William Mauricio Alba Ariza, como supuesto compañero permanente del causante (fls. 9 a 12).

Que mediante resolución GNR 317189 del 15 de octubre de 2015, la entidad demandada revocó la anterior resolución y ordenó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en el 100% a favor del señor William Mauricio Alba Aria, negándole el derecho a la demandante; decisión que fue confirmada por la resolución GNR 420026 del 17 de noviembre de 2016, negando la solicitud de la aquí demandante del 19 de mayo de 2017, mediante la cual se solicitaba la revocatoria directa de la resolución que le concedió pensión de sobreviviente al señor Alba Ariza, aportando como prueba la sentencia proferida por el Juzgado 26 de Familia de Bogotá dentro del proceso radicado 2015-332, a través del cual se declaró que quien estaba recibiendo la pensión, no tuvo vínculo o unión marital de hecho con el causante, con lo cual, la entidad demandada procedió a abrir etapa de apertura de prueba mediante auto No. APSUB 3184 del 22 de agosto de 2017 (fls. 50 y 51), lo anterior sin suspender el pago de la mesada pensional, indicando a través de la resolución DIR 13784 del 30 de julio de 2018 que solo hasta que se tuviera la investigación adelantada por la entidad, lo comunicaría a las partes involucradas los correctivos que tuvieran lugar.

Finalmente, mediante resolución SUB 247796 del 10 de septiembre de 2019, Colpensiones revocó en todas y cada una de sus partes la resolución GNR 317189 del 15 de octubre de 2015, mediante la cual se reconoció pensión de sobrevivientes al señor William Mauricio Alba Ariza, en calidad de compañero permanente del causante, e cumplimiento del auto de cierre No. 1237 del 12 de agosto de 2019.

Que mediante resolución No. SUB 249812 del 12 de septiembre de 2019, la entidad convocada a juicio ordenó al señor William Mauricio Alba Ariza el reintegro de la totalidad de los recursos girados a titulo de mesadas, retroactivo y aportes en salud, por valor de $227.667.339, valor pagado por concepto de pensión de sobrevivientes correspondientes

214

al 100% de las mesadas de 23 de julio de 2014 a agosto de 2019 y aportes en salud de 2014 a agosto de 2019 a favor de Colpensiones.

Que con ocasión a un fallo de tutela proferido por el Juzgado 11 Penal del Circuito de Bogotá, bajo el radicado No. 2019-316, procedió la entidad accionada a realizar el estudio y reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de la demandante, con efectos fiscales a partir del 1 de septiembre de 2019, en un 100% en calidad de madre del causante, conforme se observa de la resolución No. SUB 253303 del 16 de septiembre de 2019 (fls. 141 a 146).

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Sala no son de recibo las manifestaciones de la entidad accionada en sus resoluciones, ni mucho menos en su recurso de apelación, como quiera que si bien es cierto, en un primer momento existió controversia respecto de los beneficiarios, como muy bien se indicó en la resolución No. GNR 269543 del 2 de septiembre de 2015, debía dejarse en suspenso el reconocimiento y pago de la prestación, hasta tanto la jurisdicción ordinaria dirimiera el conflicto entre los posibles beneficiarios del causante, no obstante lo anterior, la entidad convocada a juicio, de manera negligente, reconoció la pensión de sobreviviente al señor William Mauricio Alba Ariza, y a pesar de que la aquí demandante allegó copia del fallo del Juzgado 26 de Familia de Bogotá, en el que se indicaba que el beneficiario reconocido por Colpensiones, no había tenido ningún vínculo con el causante, la entidad no suspendió el pago de las mesadas, y por el contrario, siguió vulnerando los derechos de la demandante por mas de 2 años, y tan solo con el fallo de tutela entró a estudiar la situación de la actora.

Así pues, de acuerdo a los errores y negligencia administrativa de Colpensiones no puede supeditársele a la demandante el pago del retroactivo pensional, eso es, hasta tanto sea reintegrado por parte del señor William Mauricio Alba Ariza, pues no puede achacársele los errores acaecidos por la administradora demandada, en tanto que el error pudo haber sido evitado conforme ella mismo lo indicó inicialmente, hasta que fuera resuelto por la jurisdicción ordinaria laboral, sin embargo, la convocada a juicio hizo caso omiso a los actos puestos en su conocimiento, sin que actuara a tiempo para suspender si quiera el pago de las mesadas pensionales, quedándose relevado en esta instancia judicial el requisito de la dependencia económica que debe acreditar la demandante, pues tal situación fue superada con la misma resolución expedida por la Colpensiones SUB 253303 del 16 de septiembre de 2019, razón por la cual, se despacharán desfavorablemente las súplicas del recurrente.

Así las cosas, considera ésta Sala de decisión que no se encuentra justificado el no reconocimiento del retroactivo pensional a favor de la demandante, al quedar por acreditado que era la beneficiaria de la pensión, desde el fallecimiento del causante, y mucho menos que el derecho de la actora quede supeditado a que Colpensiones recupere los dineros pagados al señor William Mauricio Alba Ariza, razón por la cual se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia en el sentido de ordenar el pago del retroactivo pensional a partir del 23 de julio de 2014, fecha de fallecimiento del señor Felix Malagon Castro, al 31 de agosto de 2019, fecha en la cual se le suspendió el pago de las mesadas al señor William Mauricio Alba Ariza.

En ese orden de ideas, y con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta decisión, se calculó el retroactivo pensional a favor de la demandante, partiendo de una mesada pensional en la suma de $3.800.669 para el año 2019, calculada desde el 23 de julio de 2014 al 31 de agosto de 2019, arrojando una suma de $227.490.548,6, y en razón que se está conociendo en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, se MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia proferida en prima instancia.

215

INTERESES MORATORIOS:

La Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 06 de noviembre de 2013, radicación 43602 adoctrinó:

> *En relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la doctrina tradicional de la Corte desde la sentencia de 23 de septiembre de 2002, rad. N° 18512, ha sido que deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trataba simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que producía al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tenían carácter resarcitorio y no sancionatorio.*
>
> *(...)*
>
> ***La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.***

Situación que fue reiterada en la sentencias del 12 y 19 de marzo de 2014, radicación 44526 y 45312 respectivamente, en el que morigera la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional, **y recientemente en la sentencia SL 3687 con radicación 67780 del 3 de septiembre de 2019.**

Así las cosas, la entidad demandada contaba con 4 meses para reconocer la pensión de vejez de la actora, conforme lo establece el Artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a partir de la solicitud de reconocimiento de la prestación.

Teniendo en cuenta lo anterior, COLPENSIONES tenía hasta el 31 de diciembre de 2014 para reconocer la prestación, dado que la demandante presentó la solicitud de reconocimiento pensional el 31 de octubre de 2014 (fl. 7), habiendo hecho el respectivo reconocimiento hasta el 16 de septiembre de 2019, razón por la cual se **CONDENARÁ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora LEONOR DEL TRANSITO CASTRO DE MALAGON los intereses moratorios de las *mesadas insolutas*, a partir del **31 de diciembre de 2014 y hasta que se efectúe su pago**, sobre el retroactivo *insoluto* generado en ésta sentencia, CONFIRMANDO de esta manera el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

Ahora bien, con relación a la excepción de prescripción se advierte que la pensión de sobrevivientes se causó el 23 de julio de 2014, fecha de fallecimiento del causante (fl. 15), que la demandante solicitó el reconocimiento de la prestación el 31 de octubre de 2014 (fl.

7) y radicó la presente demanda el día 21 de octubre de 2016, tal y como consta en el acta de reparto visible a folio 25, sin que por tanto haya operado el fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 de CST y el 151 del CPTSS, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos propuestos.

COSTAS.
Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida en prima instancia, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones a pagar a la señora Leonor del Tránsito Castro de Malagón la suma de $227.490.548,6, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 23 de julio de 2014 al 31 de agosto de 2019.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida el 8 de octubre de 2019 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310503920160102801)

LORENZO TORRES RUSSY
(Rad. 11001310503920160102801)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
(Rad. 11001310503920160102801)

217

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda Laboral

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso

LEONOR DEL TRANSITO CASTRO MALAGON VS COLPENSIONES.

Respetuosamente salvo voto, por las razones que expongo a continuación:

La seguridad jurídica impone que los actos administrativos producidos por Colpensiones mientres estuvieron vigentes, producen los efectos que en ellos se incorporaron.

El control de legalidad de tales actos administrativos se produjo en su momento por via administrativa, a través de los recursos interpuestos y resueltos e incluso de la solicitud de revocatoria directa.

Las conductas atribuidas a Colpensiones o al beneficiario inicial de la pensión de sobrevivientes, deben ser juzgadas por las instancias judiciales competentes, pero la responsabilidad que derive de ellas no puede afectar la validez y efectos de los actos administrativos dictados, mientras un control de legalidad disponga la suspensión de los mismos.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RUTH FLOREZ RODRÍGUEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 11001 3105 036 2017 00147 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por las entidades demandadas y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de agosto de 2019.

Por otra parte, se advierte que la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, presentó escrito de alegaciones, insistiendo en la improcedencia de la nulidad de traslado, bajo el argumento que la afiliación que la demandante realizó al RAIS, fue libre y voluntaria y exenta de cualquier vicio en el consentimiento. Además que para la época de vinculación al Régimen de Ahorro Individual no existía la obligación de plasmar en un documento la asesoría impartida a los posibles afiliados.

Mientras que la demandante insiste en sus alegatos, que el deber de información debía estar presente al momento del traslado, independientemente si se encontraba o no en el régimen de transición.

Por lo anterior se procede a decidir de fondo la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES

La señora RUTH FLOREZ RODRÍGUEZ pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó inicialmente a PORVENIR S.A. y con posterioridad a PROTECCIÓN S.A., por falta de información veraz acerca de las implicaciones del cambio de régimen pensional; como consecuencia de ello, se ordene a COLPENSIONES a afiliarla en el régimen que administra y a recibir todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual. Sustento sus pretensiones en que nació el 18 de febrero de 1963, que en el año 2001 se trasladó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, sin que los asesores del Fondo Privado le señalaran las consecuencias de su traslado y a sabiendas que había efectuado cotizaciones al ISS, por espacio de 12 años; que igual situación aconteció cuando se vinculó a PROTECCIÓN S.A., entidad a la cual se encuentra vinculada actualmente.

Como fundamento normativo, citó los artículos 14, 15 y 35 del Decreto 656 de 1994 y Ley 100 de 1993. Así como las sentencias con radicado 31989 de 2008 y 33083 de 2011, dictadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 82 a 93 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de los Fondos de Pensiones, o que hubiera estado en presencia de otro vicio en el consentimiento, que por el contrario se evidencia que el traslado de régimen se efectuó de manera libre, voluntaria y sin constreñimiento.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, improcedencia de la declaratoria de nulidad del contrato de traslado y saneamiento de nulidad alegada.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda como se observa de folios 60-71, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, manifestando que no existió vicio en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación, que por el contrario están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección de régimen efectuada por la parte actora. Que además con la suscripción del formulario, se demostró que la vinculación al RAIS, se realizó de manera libre y voluntaria. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe e innominada o genérica.

Finalmente PROTECCIÓN S.A., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que le brindó a la accionante información respecto de la mesada pensional, del bono pensional, así como las consecuencias legales y económicas que conlleva el cambio de régimen, por lo que considera que la decisión de acogerse al RAIS, fue libre, voluntaria e informada. Propuso las excepciones de Falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP y genérica

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de agosto de 2019, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"1. **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora RUTH FLÓREZ RODRÍGUEZ el 1 de mayo de 2001 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al régimen de Ahorro Individual con solidaridad.*
>
> ***2. CONDENAR** a la Administradora de Fondos de pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones, bonos*

pensionales y rendimientos que se hubieren causado, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra.

***3. DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.*

***4. CONDENAR** en costas a las AFP PORVENIR Y PROTECCION S.A., liquídense con la suma de $1.000.000 como agencias en derecho.*

***5. CONSULTESE** con el Superior la presente decisión en favor COLPENSIONES.*

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumento que de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como lo expuesto por la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral del Corte suprema de Justicia desde el año 2008 y hasta el 2019, le correspondía a los Fondos de Pensiones demostrar que previo al traslado cumplió con el deber de información, pero que en el presente caso, ninguna prueba dio certeza de esta situación, por lo que había lugar a declarar la ineficacia de la vinculación efectuada por la demandante al RAIS.

IV. RECURSO DE APELACION PORVENIR

En síntesis alega que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante del RPM al RAIS, no estaba inmerso en prohibición legal alguna, sumado a que para la calenda del cambio, la afiliada no tenía derechos adquiridos, ni siquiera era beneficiaria del régimen de transición. Adujo que el consentimiento fue voluntario y libre de apremio y que ratifico su permanencia en el régimen de Ahorro Individual con la gran cantidad de semanas cotizadas. Por otra parte señalo que no se probó dentro del expediente la configuración de algún vicio en el consentimiento y que no resulta equitativo devolver los rendimientos y gastos de administración, en virtud del contrato fiduciario que se presentó.

V. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Insiste en que la afiliación realizada por la actora al RAIS, fue libre y voluntaria, además que para la fecha de vinculación no tenía derechos adquiridos. Que se dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 13 de la Ley

100 de 1993, como quiera que la afiliada dejó plasmada su voluntad de vinculación al régimen de Ahorro Individual con la suscripción del formulario. Igualmente manifestó que para la época de traslado no existía la obligación de la doble asesoría y que de acceder a las pretensiones de la demanda, afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la nulidad de la afiliación de la 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.

fr

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 tiene relación alguna con la determinación del valor de la mesada pensional, ni puede pretenderse anticipar o especular valor alguno de la misma, 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.

El Estado Colombiano en el año de 1993, con el objeto de solucionar el problema de sostenibilidad financiera del sistema pensional, creó 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 pagará con los dineros acumulados en un fondo común de naturaleza pública a partir de un modelo simple de reparto, que implica que el valor de las cotizaciones de los afiliados, cubren 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 antes 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 el nacimiento de los mismos que no existe tal posibilidad, pues uno y otro régimen ofrecen beneficios diferentes, sin que pueda predicarse que unos son mejores o superiores. Igualmente, se ha dejado sentado que el RPM y el 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 para acceder a la pensión, 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

245

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.

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:

Etapa acumulativa	**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	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

	laborales y autonomía personal	
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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 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 2001)**, 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.

276

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 de la demandante corresponden a las vigentes en el año 2001 en que realizó su afiliación al RAIS (folio 72), siendo las aplicables las contenidas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto n° 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 de la 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 1°, 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 1° 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

297

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° 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 4°, 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 lo confirma su artículo 1°, 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 perdida 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 del acto de afiliación 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 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° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1° 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 2° 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 intervinó 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 2° 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 4° 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 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, 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 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 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 recalcarse 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 2017, 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 1° 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

225

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 obedecimiento 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 contendida 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.

EFECTOS 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; se 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 2001, en que la afiliada 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 de la demandante cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujetos a la demandada PORVENIR S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídico sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del sistema pensional vigente, se agravó 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 inexequibilidad o la exequibilidad 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 formula, 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 y dispuestas por el estatuto de seguridad social, de las que se advierte no existe 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 las 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, y, hacerlo inoportunamente 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 de la demandante, la ausencia de participación de Colpensiones en el acto de traslado, y la falta de demostración de perjuicios a cargo de PORVENIR S.A., como resulta evidente de los siguientes medios:

Del documento visible a folio 72, se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A, a partir del 2 de marzo de 2001. Así mismo se acredita que el 1 de noviembre de 2002, la actora se cambió de administradora, trasladándose a PROTECCIÓN S.A. (Folio 136)

Igualmente se corrobora que la señora RUTH FLOREZ RODRIGUEZ, estuvo afiliada al ISS, donde realizo 227.29 semanas de cotización (folio 97). Mientras que entre febrero de 1994 y mayo de 2001, realizó aportes a CAJANL (folio 153), lo que indica que para la fecha de traslado de régimen pensional no estaba vinculado a COLPENSIONES (folio 153).

Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora RUTH FLOREZ RODRIGUEZ, se estableció que es trabajadora social en el Ministerio de Cultura, que no recuerda los argumentos que le impartieron los asesores del Fondo Privado: "*pues no recuerdo exactamente cual fue, pues digamos cuales fueron sus argumentos y demás para lograr pasarme*"; que lo hizo dada la presión de los funcionarios de dichas entidades: "*realmente no recuerdo muy bien, yo solo como lo manifieste por todas las oficinas del ministerio estaban personas, que nos abordaban a toda hora, que tenían allí acceso, entonces realmente era como pues incomodo todo el momento era mire que cámbiese, un poco de presión y pues yo creo pues por eso fue que yo lo hice*". Que nunca fue obligada a suscribir los formularios de afiliación y que no recuerda las razones del cambio régimen y de AFP.

Por otra parte se evidencia que en el mes de octubre 2010, la afiliada solicito ante PROTECCION S.A., un cálculo actuarial para planificar si situación pensional (folio 137)

Adicionalmente, el traslado se efectuó en el año 2001 y solo hasta el 2016, la actora se interesó por retornar al RPM (folio 29-72), lo que da cuenta que la solicitud no se realizó oportunamente y dentro de los plazos previstos, y acceder a las suplicas de traslado o retorno al RPM desfiguraría el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

De las pruebas citadas se establece tanto la fecha de la afiliación de la demandante, como la ausencia de demostración de perjuicios a cargo de la AFP PORVENIR S.A., además de determinarse que Colpensiones, no participó en al acto de afiliación al RAIS, porque ni patrocino su traslado, ni intervino en dichas diligencias, más cuando no se evidencia registro de afiliación a esta entidad.

160

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 la afiliada, ajena a las invocadas deficiencias en el deber de información, y 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 la Primera instancia a cargo de PROTECCION S.A.

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 administradoras 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 PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, 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 de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de marzo de 2001, fecha del traslado a PORVENIR S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCAN las condenas impuestas a la AFP PORVENIR S.A. y se absuelve de las mismas por no haberse probado perjuicio alguno a su cargo de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, sin que las obligaciones establecidas en la ley puedan tornarse en tales.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de la Primera instancia a cargo de PROTECCION S.A.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

OIERDO -

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA Aclaración de voto.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvamento de Voto

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.° 036-2017-00147-01, promovido por Ruth Flórez Rodríguez contra Colpensiones y otro (revoca condenas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 36-2017-00147-01

DEMANDANTE: **RUTH FLÓREZ RODRÍGUEZ**
DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTROS**
ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 30 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

267

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 36-2017-147-01

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **RUTH FLÓREZ RODRÍGUEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO : **APELACIÓN PORVENIR SA Y COLPENSIONES// CONSULTA COLPENSIONES**

PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 226-228), así como de Colpensiones (folio 230 a 231) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **RUTH FLÓREZ RODRÍGUEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP

PORVENIR SA y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 5 y 6 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

- Declarar la ineficacia y nulidad del traslado de la afiliación en pensiones de la demandante con la AFP PORVENIR SA, por cuanto la misma contenía vicio del consentimiento consistente en el error, por falta de información veraz en el cambio de régimen pensional.
- Trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos que actualmente tiene Protección SA, con destino a Colpensiones por cuanto la afiliación al RPM queda nuevamente vigente.
- Que como consecuencia, la demandante podrá solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

- Ordenarle a Protección SA efectúe los traslados del capital de la cuenta pensional de la actora, por cuanto el traslado inicial al RAIS se efectuó a Porvenir SA y fue el fondo que desplegó todas las actividades de traslado, y al quedar nulo el traslado inicial, los demás corren la misma suerte.

Condenatorias:

- A la AFP PORVENIR SA a trasladar todos los aportes y/o rezagos de la cuenta pensional de la demandante, junto con todos sus rendimientos a Colpensiones.
- A Protección SA a trasladar todos los aportes efectuados por la demandante, junto con todos sus rendimientos a Colpensiones.
- A Colpensiones a activar la afiliación de la demandante, en el RPM.
- A Colpensiones a aceptar y recibir el traslado de los aportes de la demandante.
- A Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM.
- A Colpensiones para que la demandante le pueda solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: Porvenir SA (fls. 60 a 79), Colpensiones (fls. 82 a 93), Protección SA (fls 128 a 143), de acuerdo al auto visible a folio 127 y 169. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

La parte demandante reformó la demanda, conforme se observa a folios 144 a 151, la cual fue admitida mediante auto del 9 de julio de 2018 (fl. 169).

Colpensiones contestó la reforma de la demanda (fls. 170 a 187), así como Protección SA (fls. 188), de acuerdo al auto visible a folio 189. Se dio por no contestada por parte de Porvenir SA (fl. 189).

El **JUZGADO 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 22 de agosto de 2019, Declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora Ruth Flórez Rodríguez el 1 de mayo de 2001, del RPM al RAIs. Condenó a Protección SA a trasladar a Colpensiones, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos que se hubieren causado, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra. Declaró no probada la excepción de prescripción. Costas a cargo de la AFP Porvenir Sa y Protección SA, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

Porvenir SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que no se encuentra afectado el acto voluntario y libre del traslado de régimen pensional realizado por la demandante, pues no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera en su momento, pues su traslado fue voluntario, máxime cuando se acredita que no era beneficiaria del régimen de transición. Así mismo, la voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual reafirma con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación. Por otro lado, respecto de los vicios del consentimiento, alegada por la demandante al suscribir el formulario, no obran pruebas pertinentes, a sabiendas que tenía la carga probatoria a su cargo, conforme lo dispone el artículo 267 del CGP, y no simplemente alegando una supuesta falta en el deber de información. Así mismo, las consecuencias del traslado de régimen las definió la Ley 100 de 1993, y previo a cualquier duda interpretativa de la Norma, constituye un error de derecho en los términos del artículo 509 del código civil, no tiene el alcance el del consentimiento. Por otro lado, tampoco procede la nulidad de traslado cuando la demandante tuvo la oportunidad de retractarse del traslado, conforme el Decreto 3800 de 2003, para cuya aplicación se expidió la circular 01 del 2004 de la superintendencia financiera, brindando amplia información en medios de comunicación sobre los beneficios del régimen y las posibilidades de retorno al régimen de prima media, sin que haya hecho uso de éste retracto la demandante. Respecto de los gastos de administración, si bien lo pretendido es retrotraer las cosas a su estado anterior, dejando sin efecto el acto de traslado, no resulta equitativo que se condene a las administradoras a devolver o trasladar los aportes junto con los rendimientos que sobre ellos se causaron, respecto al ejercicio fiduciario que realizaron las administradoras, por tanto así, como las administradoras no

pueden beneficiarse del acto mismo del traslado, tampoco resulta equitativo que las demandantes sí resulten beneficiadas del mismo acto.

Así mismo, **Colpensiones** apeló el fallo, indicando que la declaratoria de ineficacia del traslado ópera y está atado a la noción de derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores, caso que no se refleja en el presente asunto. Ahora bien, de conformidad con el artículo 13 literal B de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntario por parte del afiliado, quién para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, manifestación que se refleja en el formulario que suscribió al momento del traslado, precisando que para el momento en que la demandante se trasladó no existía la exigencia de la doble asesoría. Por otro lado, señala que la declaratoria de nulidad de traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, situación que no se tuvo en cuenta por parte del Juez de instancia, trayendo a colación la sentencia C-242 de 2009, C-1024 de 2004 y C-062 de 2010, que adoctrinó que la reforma de los regímenes pensionales garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional que obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema. En esta perspectiva, dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y números de semanas, pueden obtener una pensión mínima, independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, por lo que permitir que una persona como la del presente caso, que está próxima a la edad de pensionarse, se benefician y resultan subsidiadas por las cotizaciones de los demás, resultaría contrario, no sólo al concepto constitucional de equidad, sino también el principio de eficacia pensional, cuyo propósito va encaminado en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles, para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada y oportuna y suficiente de los beneficios de cada uno de los derechos de la seguridad social.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) **RUTH FLÓREZ RODRÍGUEZ** el día 2 de marzo de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 2 de marzo de 2001, efectivo a partir del 1 de mayo de 2001, posteriormente solicitó trasladarse el 12 de septiembre de 2009 a la AFP PROTECCIÓN SA, efectivo a partir del 1 de noviembre de 2009 (fls. 143).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de

anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derecho fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Porvenir SA (fls. 60 a 79), Colpensiones (fls. 82 a 93), Protección SA (fls 128 a 143). Porvenir SA: aportó formato de solicitud de afiliación a la AFP Skandia SA del 2 de marzo de 2001, historia de vinculaciones del SIAFP, historia laboral, comunicados de prensa. Colpensiones: no aportó ningún elemento probatorio. Protección SA: formato de solicitud de afiliación a la AFP Protección SA del 12 de septiembre de 2002, formato de actualización de datos, historia laboral, historia de vinculaciones del SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 2 de marzo de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de David A. Góngora (fl. 72), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regimenes, lo cual no hizo Protección SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 2 de marzo de 2001, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019 por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310503620170014701)

LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310503620170014701)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto.
(Rad. 11001310503620170014701)

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR AURA MARITZA RÍOS SANABRIA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-.**

RADICADO: 11001 3105 021 2017 00506 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de agosto de 2019.

Por otra parte, se advierte que la apoderada del demandante presentó escrito de alegaciones en el cual manifestó que es procedente declarar la ineficacia del traslado de la actora porque en el proceso los Fondos demandados no lograron demostrar que le otorgaron información clara y completa respecto de las ventajas y desventajas del traslado de régimen que efectuó. Citó jurisprudencia al respecto y solicitó confirmar la sentencia de primera instancia.

La apoderada de la UGPP, igualmente allegó escrito para presentar alegatos en el cual manifestó que tal y como lo dispuso el Juzgado en su sentencia esta entidad no debe asumir ninguna responsabilidad frente el traslado pretendido en razón a la falta de legitimación en la causa por pasiva al no existir ninguna relación sustancial dentro del litigio.

A su vez la apoderada de COLFONDOS S.A., reiteró en sus alegatos que se debe absolver a este Fondo de las condenas impuestas en la sentencia porque el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal sin que por ello exista la obligación de devolver esas sumas, solicitó declarar probadas las excepciones propuestas y absolver a ese Fondo igualmente del pago de costas.

La apoderada de COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones, en el cual manifestó que la demandante se encuentra incursa en la prohibición legal contenida en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, que limitó el traslado de régimen dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez; sin que se haya probado en el juicio vicio alguno del consentimiento en el trámite de traslado que de manera voluntaria efectuó la actora, ni que fuera beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que tampoco para la fecha en que realizó el traslado existiera norma que obligara a las AFP a realizar proyecciones pensionales, sostuvo que al ordenar el traslado de la afiliada se da lugar a la descapitalización del sistema, conforme a la jurisprudencia que citó al respecto. Solicitó absolver a esa entidad de toda carga, en caso contrario mantenerse las condenas que ordenaron devolver todos los dineros que existan en la cuenta individual de la actora incluidos rendimientos.

Por lo anterior se procede a decidir de fondo la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES

La señora AURA MARITZA RÍOS SANABRIA, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al fondo de pensiones PORVENIR S.A., por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente al

328

no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que aquel le reportaba.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 2 de julio de 1960, se trasladó a Porvenir S.A. el 31 de agosto de 2000, encontrándose con anterioridad vinculada al régimen de prima media ante Cajanal; sostuvo que para ese traslado no se le brindó la información adecuada y completa que le permitiera tomar la decisión con el conocimiento necesario, por lo cual el 4 y el 7 de julio de 2017 solicitó a las demandadas la nulidad del traslado y el regreso al régimen de prima media con prestación definida.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 48, 49, 53 y 335 de la Constitución Nacional; artículos 1603 y 1746 del Código Civil, Ley 33 de 1985, Ley 100 de 1993, Decreto 663 de 1993, Decretos 656, 692 y 720 de 1994, Ley 795 de 2003, ley 1328de 2009, ley 1748 de 2014 y decreto 2071 de 2015. Las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicación 31989 de 2008 y SL 12136-2014.

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 55 a 65 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que la demandante estuvo afiliada a Cajanal hoy UGPP y es a esa entidad a la que debe solicitar su traslado, que además la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de trasladarse de régimen pensional porque le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación mediante el escrito que obra a folios 85 a 92, en el que luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que la demandante se trasladó inicialmente a Colfondos S.A. en el año 1996 y posteriormente se vinculó a Porvenir S.A. al expresar su consentimiento

con el acto de afiliación, el cual estuvo precedido de toda la información necesaria brindada por los asesores quienes reciben capacitación constante para garantizar una adecuada orientación a los afiliados, sin que corresponda a la información en los términos que solicita la parte actora por no existir disposición legal que para ese momento la exigiera, por lo cual la afiliación al Fondo es válida y no se presenta ninguna causal de nulidad para invalidarla. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, la genérica, inexistencia de vicio del consentimiento y debida asesoría del Fondo.

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, dio contestación mediante el memorial que obra a folios 152 a 157, en el cual fundamentó su oposición en que no se evidencia motivo alguno que permita inferir que la actora fue coaccionada o no se le brindó la asesoría necesaria para hacer el traslado al Fondo de pensiones el cual realizó de manera voluntaria. Propuso las excepciones de falta de reclamación administrativa, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y prescripción.

COLFONDOS S.A., para dar contestación a la demanda allegó el escrito que obra a folios 181 a 201, en el que se opuso a la declaración de nulidad de traslado, con fundamento en que ese Fondo si le brindó a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le informó sobre las características del RAIS, su funcionamiento, las diferencias con el RDPM, las ventajas y desventajas de esa afiliación, el derecho a rentabilidad que tiene los aportes y en general todas las formalidades que se debían surtir, por lo cual no puede tener prosperidad la nulidad pretendida, la cual es eficaz por no existir en su generación vicios del consentimiento. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la genérica, ausencia de vicios

325

del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de agosto de 2019, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado por la señora AURA MARITZA RÍOS SANABRIA al régimen de ahorro individual el 19 de noviembre de 1996 y fecha de efectividad a partir del 01 de enero de 1997 por intermedio de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones.*
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES lo descontado de la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de gastos de administración y de traslado. Para ello se concede el término de un (1) mes.*
> *TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción por concepto de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora AURA MARITZA RÍOS SANABRIA a COLPENSIONES. Para ello se concede el término de un (1) mes.*
> *CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.*
> *QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS.*
> *SEXTO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la UGPP y, por ende, no imponer condena alguna.*
> *SEPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia por lo expuesto en la parte motiva.*
> *OCTAVO: CONSULTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES."*

Como fundamento de su decisión, señaló que en el campo de la seguridad social existe un deber de información para que los afiliados puedan tomar la decisión del régimen en que desean estar y de esa manera lo puedan hacer con consentimiento informado frente a las opciones que brindan las

entidades en ese mercado; se refirió a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, que consideró constituyen un procedente que debe ser tenido en cuenta para adoptar la decisión, cito la sentencia 46902 de 2014, frente al tema de la distribución de las cargas probatorias al determinar que esta le corresponde a los Fondos en todas las etapas del proceso de traslado, según la sentencia SL3496 de 2018, por lo cual se debe seguir esa jurisprudencia al no demostrar los Fondos demandados que le brindaron a la demandante la información suficiente y necesaria en los términos que relacionó en su decisión. Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la UGPP.

III. RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A.

Solicitó revocar en su totalidad la sentencia recurrida con fundamento en que se demostró en el juicio que la actora contó con una información clara y precisa respecto del régimen pensional al que se trasladó, sin que la ignorancia de la ley sirva de excusa, máxime cuando la demandante es una profesional del derecho; dijo no estar de acuerdo con el análisis probatorio efectuada por el Juzgado, ni con la aplicación de las normas y del precedente jurisprudencial porque la afiliada no se queja por la falta de información suministrada sino por la diferencia en el monto de la pensión en uno y otro régimen. Sostuvo que la actora desde hace 9 años conocía su situación pensional como lo manifestó, sin que en ese momento hubiera efectuado la solicitud de traslado, por lo cual solicitó estudiar el aspecto de la prescripción; sostuvo que la orden de devolver los dineros ordenados por el Juzgado va en detrimento de la entidad porque ya fueron asignados a los gastos que de la afiliación se derivan.

IV. RECURSO DE APELACIÓN COLFONDOS S.A.

Solicitó revocar en todas sus partes la sentencia de primera instancia, manifestó que los precedentes jurisprudenciales no se aplican en todos los casos, siendo puntuales frente a afiliados que son beneficiarios del régimen de transición y que tenían un derecho adquirido que se hizo nugatorio con el traslado, pero en este caso la situación de la demandante no se ajusta a esos precedentes y siendo ella profesional de derecho ha debido considerar

que existe un deber de autoprotección para que al momento de suscribir la afiliación que corresponde a un acto jurídico, verificara toda la información que le fue suministrada pero al actuar con negligencia no puede manifestar como fundamento de su solicitud de nulidad del traslado que no tenía conocimiento de las consecuencias de ese traslado, ni que fue víctima de un engaño que deriva en el monto de la mesada pensional, el que corresponde a un error de derecho que no genera nulidad, así mismo se probó que ratificó su decisión de traslado al efectuar otra vinculación dentro del mismo régimen. Igualmente se refirió a la improcedencia frente a la orden de devolución de todas las sumas de dinero contenidas en la cuenta individual con sus rendimientos.

V. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Igualmente solicitó revocar en su integridad la sentencia al encontrarse demostrado que la demandante de manera libre y voluntaria efectuó su vinculación al RAIS, y si bien es un deber de los Fondos brindar la información también a los afiliados les corresponde ejercer cuidado y responsabilidad al tomar esas decisiones y en este caso además de la vinculación inicial la actora convalidó su decisión al efectuar traslado horizontal a otro Fondo, y más para este caso en el que la afiliada es profesional del derecho, sin que resulte lógico que no se haya documentado frente a la decisión que adoptó. Se refirió a la sostenibilidad del sistema pensional que se pone en riesgo con la orden de traslado, sin que tampoco se encuentre la actora dentro de las previsiones legales que hacen viable el traslado de régimen.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 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 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 tiene relación alguna con la determinación del valor de la mesada pensional, ni puede pretenderse anticipar o especular valor alguno de la misma, 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.

El Estado Colombiano en el año de 1993, con el objeto de solucionar el problema de sostenibilidad financiera del sistema pensional, creó 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 pagará con los dineros acumulados en un fondo común de naturaleza pública a partir de un modelo simple de reparto, que implica que el valor de las cotizaciones de los afiliados, cubren 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 antes 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

328

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 el nacimiento de los mismos que no existe tal posibilidad, pues uno y otro régimen ofrecen beneficios diferentes, sin que pueda predicarse que unos son mejores o superiores. Igualmente, se ha dejado sentado que el RPM y el 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 para acceder a la pensión, 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

329

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 CASACIÓN LABORAL PARA SUSTENTAR LA INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACION AL REGIMEN PENSIONAL.

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:

Etapa acumulativa	**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	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

	relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 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 en los años 1996 y 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 de la demandante corresponden a las vigentes en los años 1996 y 2000 en que realizó su afiliación al RAIS (folios 94 y 206), siendo las aplicables las contenidas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto n° 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 de la 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

331

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 1°, 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 1° 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° 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

332

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.*

333

De las disposiciones anteriores salta a la vista, que la relacionada con el caso es el artículo 4°, 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 lo confirma su artículo 1°, 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 perdida 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 del acto de afiliación 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 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° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1° 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 2° 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 sancionador correspondiente.*

334

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 2° 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

335

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

336

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 4° 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

337

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 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, 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 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 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*

338

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 recalcarse 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

339

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 1° 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

370

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.

341

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 obedecimiento 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 contendida 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.

EFECTOS 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; se 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 suministró, ni era la obligada a suministrarla en el año 1998, en que la afiliada tomó 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 cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujetos a las demandadas PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídica sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del sistema pensional vigente, se agravó 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

343

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 inexequibilidad o la exequibilidad 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 formula, 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 y dispuestas por el estatuto de seguridad social, de las que se advierte no existe ninguna, que genere la obligación de recibir a la 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 las 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 de la afiliada 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, y, hacerlo inoportunamente 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 de la demandante y la ausencia de participación de Colpensiones en el acto de traslado, como resulta evidente de los siguientes medios:

Del formulario de afiliación obrante a folio 206, se corrobora que la demandante se vinculó al RAIS administrado inicialmente por COLFONDOS S.A. el 19 de noviembre de 1996, posteriormente se trasladó a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., desde el 31 de agosto de 2000. (fl. 94)

Del interrogatorio de parte, absuelto por la demandante, se pudo establecer que es abogada y se desempeña como Juez Sexto Penal de Conocimiento de Bogotá, manifestó que en 1996 se encontraba laborando en el Juzgado de Barbosa, a donde llegó un asesor de Colfondos quien le informó que se podía efectuar el cambio de Cajanal a un Fondo privado en el que los rendimientos y la pensión sería mucho mayor, le explicó que ese

traslado era muy beneficioso para los empleados públicos sobre todo para los jueces; pero no le informó nada sobre las diferencias existentes en los dos regímenes, sostuvo que posteriormente otro asesor, esta vez de Horizonte hoy Porvenir le dijo que Colfondos no estaba bien en cuanto a rendimientos y que por eso debía cambiarse a este Fondo, afirmó que ese asesor le dijo que se pensionaría más joven y con una pensión mucho más alta, por lo cual hizo el traslado; posteriormente cuando tuvo conocimiento de que su mesada pensional resultaría muy inferior en el Fondo en comparación con la que otorga Colpensiones quiso tramitar su vinculación a esa entidad, pero le fue negada porque le faltaban menos de 10 años para pensionarse.

Por otra parte, el traslado se efectuó en el año 1996 a Colfondos S.A. (fl. 206) y en el año 2000 a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A. (fl. 94), y solo hasta el 2017 (folios 19 a 22), la demandante se interesó por su situación pensional, lo que da cuenta que la solicitud no se realizó oportunamente y dentro de los plazos previstos, y acceder a las suplicas de traslado al RPM en la actualidad, desfiguraría el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

De las pruebas citadas se establece tanto la fecha de la afiliación de la demandante, como la ausencia de demostración de perjuicios a cargo de Porvenir S.A., Colfondos S.A. y de Colpensiones S.A., esta última porque ni patrocinó su traslado, ni intervino en al acto de afiliación al 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 las condenas impuestas a COLFONDOS S.A. y 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 revocarán las condenas impuestas a COLPENSIONES, por ser ajena a la decisión de traslado de régimen tomada por la afiliada y a las invocadas deficiencias en el deber de información y que en principio correspondían a las AFP demandadas, 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.

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 administradoras 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

346

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 Porvenir S.A. y Colfondos S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, 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 de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de noviembre del año 1996, fecha del traslado a COLFONDOS S.A. y en el mes de agosto de 2000, cuando hizo el traslado a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., sin que puedan aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCAN las condenas impuestas a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. respecto de la ineficacia de la afiliación que realizó la actora al RAIS en el año 1996 y el posterior traslado de Fondo en el año 2000 y lo relacionado con la devolución de los gastos de administración, y se absuelve de las mismas por no haberse probado perjuicio alguno a su cargo de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, sin que las obligaciones establecidas en la ley puedan tornarse en tales.

SEGUNDO: SE REVOCAN las condenas impuesta a COLPENSIONES, en razón a que la afiliación de la actora al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral de la 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.

377

TERCERO: Sin costas en esta instancia, las de primera se revocan y se imponen a la parte actora.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

OTERO

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA Aclaración de voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvamento de Voto

Última hoja del proceso Proceso Rad. N° 021-2017-00506-01, promovido por Aura Maritza Ríos Sanabria contra Colpensiones y otros (revoca condenas)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 21-2017-00506-01

DEMANDANTE: **AURA MARITZA RÍOS SANABRIA**
DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTROS**
ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 30 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 21-2017-00506-01

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **AURA MARITZA RÍOS SANABRIA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO : **APELACIÓN PORVENIR, COLFONDOS Y COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES**

PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la demandada (Colpensiones, Porvenir SA y Colfondos SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se advierte que los apoderados de la demandante (folios 288), UGPP (folio 290), Colfondos SA (folios 292) y Colpensiones (fl. 301) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **AURA MARITZA RÍOS SANABRIA** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN SA, AFP PORVENIR y AFP COLFONDOS SA condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fls. 1 y 2):

Declarativas:

- Declarar la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones de la demandante con Porvenir SA, por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas que aquel le impartiría.
- Declarar que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de afiliación de la demandante con Porvenir SA, se deben trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones.
- Que Porvenir SA debe enviar a Colpensiones, teniendo en cuenta que la administradora del RPM, todos los detalles del traslado de aportes. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación.
- A Colpensiones que debe activar la afiliación de la demandante, en el régimen de prima media con prestación definida.

- A Colpensiones a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de la demandante.

Condenatorias:

- A Porvenir SA a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones, por cuanto la afiliación del régimen de prima media queda nuevamente vigente.
- A Porvenir SA a enviar a Colpensiones el detalle del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación de la demandante.
- A Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del y traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual, a activar la afiliación de la demandante, en el régimen de prima media con prestación definida.
- Condenar a Colpensiones, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación al RAIS a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes de la demandante.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 55 a 65), PORVENIR SA (fls. 85 a 123) de acuerdo al auto visible a folio 124. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto del 19 de septiembre de 2018, se ordenó la vinculación al presente proceso a la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES – UGPP (fl. 124).

La UGPP dio por contestada la demanda (fls. 152 a 157), de acuerdo al auto visible a folio 160 del expediente. Se opuso a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

COLFONDOS dio por contestada la demanda (fls. 181 a 209), de acuerdo al auto visible a folio 216 del expediente. Se opuso a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 15 de agosto de 2019. Declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 19 de noviembre de 1996, fecha de efectividad a partir del 1 de enero de 1997, por intermedio de Colfondos SA, y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPM administrada por Colpensiones. Condenó a Colfondos SA a trasladar a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de gastos de administración y de traslado, para ello, concedió 1 mes. Condenó a Porvenir SA a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción por concepto de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, para ello le concedió 1 mes. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas Colpensiones, Porvenir SA y Colfondos. Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la UGPP y por ende, no impartir condena alguna. Sin costas en esta instancia.

Porvenir SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que la demandante contó con una información clara, precisa y pertinente al momento del traslado de régimen, trayendo a colación el artículo 9° del CC, que establece que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, máxime cuando se trata de un profesional del derecho, pues de conformidad con las pruebas obrantes dentro del plenario, tales como el formulario de afiliación, se tiene que el traslado se cumplió con el lleno de los requisitos legales, Decreto 692 de 1994, pues lo que realmente se queja la demandante, no es de la supuesta falta de información, sino de la diferencia en las mesadas pensionales en ambos regímenes, a pesar de conocer la existencia de cada uno de ellos. Ahora, si bien los fondos privados ponen herramientas financieras como aportes voluntarios, o realizar mayores aportes para incrementar su capital, y obtener una mejor mesada pensional, no por ello,

puede tildarse esa información de falsa. Por otro lado, solicita se constante la excepción de prescripción, toda vez que la demandante desde hace 9 o 10 años conocía de las condiciones propias de cómo quedaría su mesada pensional y dejó de acudir a la jurisdicción ordinaria desde el 2009 hasta el 2018. Finalmente, en relación con la devolución de los gastos de administración, son una carga excesiva, y vendrán en detrimentos de las AFP demandadas, como quiera que dicho gastos de administración tienen su sustento jurídico en la misma Ley 100 de 1993, así mismo están autorizados en el Decreto 656 de 1994 y resolución 2549 de 1994, constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora.

Por su parte, **Colfondos** apeló la sentencia, señalando que la H. Corte Suprema de Justicia en sus sentencias refiere que la carga de la prueba está a cargo de las AFP cuando se trata de personas que están en el régimen de transición, dado el riesgo de perderlo al momento de trasladarse, situación que no es la que hoy nos ocupa, por lo que ocupaba a la demandante demostrar el supuesto vicio del consentimiento que alega, trayendo a colación la sentencia STL15356 de 2017 del 5 de diciembre de 2017 y SP9488 del 13 de julio de 2016, en donde se describen que los afiliados deben tener el mismo cuidado al realizar sus actos jurídicos, por lo que no estamos frente a un error de hecho, sino en presencia de un error de derecho, pues la demandante tenía conocimiento del traslado como la profesional en derecho que es. Finalmente, como lo han indicado entre otros, el Magistrado Jorge Quiroz, en el evento en que se efectúe un traslado de régimen, al no poderse entregar la totalidad de la información, pero si con posterioridad, hay una ratificación, y en consecuencia no opera la ineficacia del traslado.

Finalmente, **Colpensiones** apeló el fallo, señalando que la demandante de manera libre y voluntaria suscribió el formulario de vinculación a la AFP Colfondos en el año 1996, por lo que de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, acepta las condiciones propias del régimen que esta escogiendo, resaltando el deber que tiene todo afiliado al momento de escoger un régimen pensional, tales como la información respecto del contrato que va a suscribir, mismo deber que va ligado con el deber de cuidado y diligencia de un padre de familia. Por otro lado, se debe tener en cuenta que la demandante no ejerció el derecho de retracto dentro de los 5 días siguientes a la suscripción del formulario de vinculación, y por el contrario, permaneció por más de 17 años afiliada en el RAIS, haciendo traslados horizontales entre AFP, convalidando su derecho de permanecer en el RAIS, sin indagar sobre las consecuencias de su traslado, evidenciándose la negligencia de la demandante, y al generar este traslado, solo afecta la sostenibilidad económica del sistema financiero. Finalmente, señala que la demandante no contaba con una expectativa legítima de una pensión, motivo por el cual no se encuentra dentro de las condiciones que señala la SU-062 de 2010, para poder retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el (la) señor (a) **AURA MARITZA RÍOS SANABRIA** el día 19 de noviembre de 1996 con efectividad a partir del 1º de enero de 1997; **2-.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 19 de noviembre de 1996, efectivo a partir del 1 de enero de 1997, posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP Horizonte SA el 31 de agosto de 2000, efectivo a partir del 1 de 01 de octubre de 2000, finalmente, dada la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP Porvenir SA el 01 de enero de 2014 (fls. 95).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994 Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derecho fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y

el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 55 a 65), PORVENIR SA (fls. 85 a 123), UGPP (fls. 152 a 157) y COLFONDOS SA (fls. 181 a 209). Colpensiones: no aportó ningún elemento probatorio. Porvenir SA: certificado de afiliación de la demandante, formato de solicitud de afiliación, historia de vinculaciones del SIAFP, sabana de bonos pensionales expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, historia laboral, respuesta de derecho de petición, comunicados de prensa. UGPP: No aportó ningún elemento probatorio. Colfondos SA: historia de vinculaciones del SIAFP, historia laboral, certificación, formato de solicitud de afiliación a Colfondos SA, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de noviembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de John Alexander Giraldo (fl. 206), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó a la demandante que, al tener en el momento de trasladarse 342,57 semanas cotizadas (fl. 97) y 34 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1960), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 55 años de edad (El traslado se efectuó con posterioridad a la Ley 100 de 1993) en el año 2015 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 98), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoria que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regimenes, lo cual no hicieron las AFP demandadas, sin que sea posible, como lo pretenden las recurrentes, en dar aplicación a la confesión de los hechos susceptibles de confesión por parte del demandante, por no haber asistido el actor a ninguna audiencia, y en especial, en la que se practicaría el interrogatorio de parte, pues como quedó dicho, debían ser ellas las encargas de acreditar la información otorgada al actor al momento del traslado del régimen.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP Colfondos SA el 19 de noviembre de 1996, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** los numerales primero, segundo y tercero del fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo.*

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de agosto de 2019 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

355

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502120170050601)

LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310502120170050601)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto.
(Rad. 11001310502120170050601)

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DR. LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO INGRY CAROLINA FERNÁNDEZ ROA contra **LUZ OLINDE MURILLO DE ESPITIA.**

EXPEDIENTE N.° 11001 3105 018 2017 00612 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de febrero de 2020.

Por otra parte se advierte que la apoderada de la parte demandante presento escrito de alegaciones, solicitando se acceda a las pretensiones enunciadas en el libelo inicial, bajo el argumento que el material probatorio allegado al plenario da cuenta de la existencia de un contrato de trabajo realidad, el cual se perfecciono con las funciones, la asignación salarial y la subordinación.

Por lo anterior se procede a decidir de fondo la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES

Se solicitó en la demanda, declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre la señora INGRY CAROLINA FERNÁNDEZ ROA y la señora LUZ OLINDE MURILLO DE ESPITIA, el cual tuvo inicio el 15 de julio de 2016, y cuya finalización fue sin justa causa, el de enero de 2017.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la demandada al pago de salarios dejados de percibir, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria, aportes a seguridad social en salud y pensión, e indexación (folios 20-27).

La demandada, dio contestación como se observa a folios 41-49, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al argumentar que nunca fue empleadora de la señora INGRY CAROLINA FERNÁNDEZ ROA, y que por lo tanto no le es dado reclamar pago alguno. Propuso como excepciones las que denominó: "ineptitud sustantiva de la demanda", "cobro de lo no debido" e "impugnación de la causa por pasiva".

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 4 de febrero de 2020, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

> *"**PRIMERO**: ABSOLVER a la demandada LUZ OLINDE MURILLO DE ESPITIA, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la señora INGRY CAROLINA FERNÁNDEZ ROA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
> ***SEGUNDO**: CONDENAR en costas a la parte demandante, señálese como agencias en derecho la suma de CIENTO CINCUENTA MIL PESOS ($150.000), a favor de la parte demandada.*
> ***TERCERO**: Contra la presente providencia solo procede el recurso de apelación, en caso de no ser apelada la presente providencia, remítase al superior para que surta el grado jurisdiccional de consulta"* (folio 191).

III. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. Y S.S., en grado jurisdiccional de Consulta, la Sala estudiará si entre la Señora INGRY CAROLINA FERNÁNDEZ ROA y la señora LUZ OLINDE MURILLO DE ESPITIA, existió contrato de trabajo desde el 15 de julio de 2016 hasta el 20 de enero de 2017. En caso afirmativo, estudiar si resulta procedente acceder a las condenas pretendidas con la demanda.

Para resolver lo pertinente, se debe considerar que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*".

A su vez el artículo 23 de la referida norma, subrogado por el artículo 1.° de la Ley 50 de 1990, agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio.

El artículo 24, subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 2°, establece una presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado al respecto, que si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el otro elemento que contempla el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación, se debe presumir salvo prueba en contrario. Por ello, si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal del citado artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica

previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

En este caso, la parte demandante con miras a probar la existencia del contrato de trabajo solicitó el interrogatorio de parte a la demandada LUZ OLINDE MURILLO ESPITIA, el cual fue realizado mediante Despacho Comisorio, Cancillería – Consulado de Colombia en Newark Estados Unidos de Norte América (folios 184-188), la cual manifestó que no celebró ningún tipo de contrato laboral de forma verbal, y que fue la señora Mileysi Osorio, quien era la administradora del negocio para la época, la que buscó a la demandante para que le hiciera reemplazos ocasionalmente. Respecto del señor JOSE VICENTE ESPITIA, indicó que en ningún momento se reunió con él y con la demandante en una cafetería, y mucho menos a hablar de un contrato; señaló además que el señor JOSE VICENTE ESPITIA, interpuso denuncia por falsificación de su firma en documento presentado como soporte en esta demanda. Afirmó que ella no podía contratar a nadie porque le había arrendado el establecimiento al Señor JAIME BOTERO, lo cual está debidamente registrado en una Notaría de Bogotá. En cuanto al salario de la demandante, dijo que nunca pactó salario con ella por cuanto no existió una relación laboral; dijo también que le reconoció la suma de $1´200.000, por los días que había estado en el negocio, previos al arriendo del establecimiento de comercio al Señor JAIME BOTERO, y dijo que lo hizo porque consideró que era lo justo a pesar de estar por encima del salario mínimo. Insistió que el Señor JAIME BOTERO, al tomar el arriendo tomó sus propias decisiones y que a partir de septiembre de 2016, desconoce qué paso con la señora INGRY CAROLINA, además porque no vivía en Colombia, y lo único que le interesaba era que el Señor JAIME BOTERO, le pagara el arriendo del establecimiento. También aclaró, que en un principio el establecimiento de comercio lo había arrendado su hermano, el cual murió 24 de octubre de 2015, por lo que el negocio pasó a manos de Mileysi Osorio, y que no tuvo manejo sobre esto por encontrarse viviendo fuera de Colombia; además, que la señora Mileysi le habría entregado a INGRY CAROLINA, sin su consentimiento aprovechándose de que no conocía a nadie, salvo el Señor JAIME BOTERO, que era amigo de su hermano, y que por esa razón le

arrendó el establecimiento de comercio. Finalizó diciendo que la señora INGRY CAROLINA, no había tenido ningún entendimiento con ella, ni le había mandado informes por teléfono o por correo electrónico.

Asimismo, la demandante rindió interrogatorio de parte, donde indicó que suscribió un contrato de trabajo con AMEG COMUNICACIONES, y que lo acordó en la cafetería cerca al local, con la Señora LUZ OLINDE MURILLO DE ESPITIA y su cuñado JOSE VICENTE ESPITIA. Que el mismo, inició el 15 de julio de 2016 y finalizó el 20 de enero de 2017. Que cumplía las funciones de atención al público, llamadas, internet, fotocopias, impresiones y redacción de cartas, para lo cual pactó inicialmente un salario de $355.000 semanales, y posteriormente, por orden de la demandada, le fue disminuido a $255.000 semanales. Dijo que el señor JAIME BOTERO, la despidió y contrató otra persona en su reemplazo. Finalmente, manifestó que no fue afiliada a seguridad social y que nunca recibió pagos por prestaciones sociales ni vacaciones.

Igualmente, se recibió el testimonio del señor JAIME BOTERO, quien afirmó que nunca contrató a la demandante y desconoce si la señora LUZ OLINDE lo había hecho en algún momento; que lo que sucedió fue que la señora INGRY CAROLINA le había ofrecido su ayuda para atender el negocio por turnos, ya que a veces él debía ausentarse en razón de su trabajo. Insistió en que se trataba de una colaboración, ya que ella vivía en el mismo edificio donde funcionaba el internet, y así como a veces la llamaba 1, 2 o 3 veces, hubo semanas en que no la necesitaba. Dijo que el turno se lo pagaba en valor de $35.000, pero que a mediados de noviembre le pidió que no regresara porque estaba teniendo problemas y quejas en la calle por la atención que ella brindaba. Para finalizar, dijo que la señora LUZ OLINDE, nunca le pidió que contratara a demandante, pues no recibe órdenes de ella, ya que el contrato que tienen es de arrendamiento de establecimiento de comercio.

Finalmente, se recibió el testimonio del señor JOSE VICENTE ESPITIA, el cual manifestó que la demandante le colaboraba a Mileysi Osorio, y luego a

la señora LUZ OLINDE, mientras se arrendaba el establecimiento de comercio. Dijo que no sirvió como testigo en el inventario que realizaron Mileysi y la señora INGRY CAROLINA, y que falsificaron su firma, por lo que inició acciones penales. También manifestó que tiene conocimiento que la demandante recibió la suma de $1'200.000, por 15 o 20 días que atendió el negocio, ya que Mileysi le había entregado todo, y el Señor JAIME BOTERO, aún no había arrendado.

Descendiendo a las pruebas allegadas, esta Sala encuentra, que no existe suficiente material probatorio para declarar la existencia de un contrato de trabajo, pues si bien se escucharon los interrogatorios de parte y los testimonios antes mencionados, lo cierto es que estos no representan plena prueba para demostrar la existencia de la relación laboral, toda vez que aunque la demandante afirma haber prestado sus servicios de julio de 2016 a enero de 2017, lo cierto es que tanto los testigos como la parte demandada, niegan su dicho, e inclusive se observa que si existió algún tipo de vínculo, no podría ser con la señora LUZ OLINDE MURILLO DE ESPITIA, como quiera que ésta vive en el exterior, y no tiene control sobre el establecimiento de comercio TELECOMUNICACIONES AMEG, del cual es arrendatario el Señor JAIME BOTERO.

Ahora bien, no solo no se encuentra demostrada la prestación personal del servicio durante el tiempo que alega la actora, sino que no se logra demostrar ningún tipo de subordinación ni remuneración, pues si bien del testimonio del señor JAIME BOTERO, se deduce que a veces la llamaba 2 o 3 veces por semana, y le cancelaba $35.000 por el turno, lo cierto es que no se demuestra que este valor haya sido cancelado por la señora LUZ OLINDE MURILLO, y mucho menos como contraprestación de un servicio en su favor.

Así las cosas, no le basta a la demandante afirmar la existencia del vínculo laboral, sino que debía acudir a su demostración, de conformidad con lo ya indicado, lo cual permite reafirmar a la Sala la conclusión a la cual ha arribado en este proceso, en cuanto a que en el mismo no alcanzaron

demostración los hechos de la demanda, por lo tanto, no pueden deducirse las consecuencias que persigue la parte actora con su demanda; lo cual impide a esta Sala, estudiar la viabilidad de las súplicas deprecadas en razón a la falta de elementos probatorios, pues de conformidad con los principios generales del Derecho Probatorio, los cuales informan que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al informativo, y que es a las partes a quienes les compete la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; es por ello que en el Juicio Laboral, a la parte demandante le corresponde la carga de probar no solo la existencia de la relación contractual y los demás aspectos en que se dice existió la misma, al resultar necesarios para determinar el derecho que aduce le asiste, sino en general todos los aspectos en que se fundan las pretensiones.

Es claro, que en aplicación de los principios generales que regulan la actividad probatoria, es menester que quien afirma un hecho le corresponde la carga de probarlo a través de los mecanismos consagrados como idóneos por la ley para tal efecto, so pena de infringir el principio ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI e impedir como consecuencia de dicha infracción que las resultas del fallo pudieren resultarle favorables. Así entonces, la ausencia de material probatorio le indica a la Sala que la demandante no probó suficientemente el hecho en que basa su acusación, por lo que sus pretensiones al respecto no pueden ser acogidas.

Al respecto ha expresado la H. Corte Suprema de Justicia en Casación del 31 de Mayo de 1947 ("G. del T.", T. II, Pág. 156), como jurisprudencia admitida y reiterada lo siguiente:

> *"Sabido es que en materia probatoria es principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas, ha sido tenida como conforme con la razón y con los demás elementos dictados de la justicia. Siendo que la prueba es el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que*

la autoridad pueda calificarla."

Y en Sentencia del 17 de Marzo de 1.951 ("G. del T.", t. IV, Pág. 144, se expresa:

> *"El principio que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas tiene validez general en el Derecho Laboral Colombiano, que ha creado un conjunto de reglas para facilitar ciertamente la demostración en juicio de los hechos debatidos, inspirándose al efecto en los principios propios de esta nueva disciplina jurídica, pero sin que los juzgadores puedan producir decisiones en conciencia. Por esto ha sido reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que el nuevo derecho no implica relevo de pruebas, es tanto más valedera cuanto que existe un Código Procesal del Trabajo que regula la manera de hacer valer en juicio los medios legales de pruebas y del sistema probatorio que rige esta clase de litigios, lo cual justifica la producción de los fallos conforme a las reglas de derecho establecidas y no en conciencia".*
>
> *"Hay prestaciones que pueden librarse judicialmente en condiciones sumamente ventajosas para el trabajador, desde el punto de vista de la carga probatoria, porque sólo requieren la demostración de la existencia del contrato de trabajo con sus modalidades de tiempo servido y salario devengado y la de su terminación para que proceda el reconocimiento de los derechos que surgen de aquellos solos hechos, tales como los de cesantía y vacaciones disfrutadas".*

Así entonces, al confrontar esta Sala la decisión adoptada por el Juez de primer grado, con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron en el curso del debate, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto la demandante, estuvo ligada con la señora LUZ OLINDE MURILLO DE ESPITIA en virtud de un contrato de trabajo, situación que conduce a la decisión absolutoria que determinó el Juzgado en la sentencia consultada, por lo cual será confirmada.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de febrero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

Esta decisión se notifica en estrados.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

ÚLTIMA HOJA DEL PROCESO ORDINARIO N.°018-2017-00612-01, PROMOVIDO POR INGRY CAROLINA FERNANDEZ ROA CONTRA LUZ OLINDE MURILLO DE ESPITIA (CONFIRMA SENTENCIA)

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA VICTORIA ARIZA OLARTE contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 017 2017 00628 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de junio de 2019.

Igualmente se advierte que la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, presento escrito de alegaciones aduciendo que no comparte las motivaciones expuestas por el Juzgador de Primera instancia, como quiera que si bien el fondo de pensiones está en la obligación de brindar asesoría y buen consejo a sus posibles afiliados, lo cierto es, que también dicho deber está en cabeza de los consumidores financieros, quienes deben adquirir información acerca de las condiciones, modalidades y sistemas que integran los régimen pensionales.

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 el nacimiento de los mismos que no existe tal posibilidad, pues uno y otro régimen ofrecen beneficios diferentes, sin que pueda predicarse que unos son mejores o superiores. Igualmente, se ha dejado sentado que el RPM y el 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

179

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 para acceder a la pensión, 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 CASACIÓN LABORAL PARA SUSTENTAR LA INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACION AL REGIMEN PENSIONAL.

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:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**ar que es un mecanismo que 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	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

	personal	
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 perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 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 1999)**, 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.

176

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 de la demandante corresponden a las vigentes en el año 1999 en que realizó su afiliación al RAIS (folio 105), siendo las aplicables las contenidas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto n° 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 de la 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 1°, 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 1° 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° 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 4°, 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 lo confirma su artículo 1°, 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 perdida 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 del acto de afiliación 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.

179

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 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° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1° 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 2° 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 2° 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

180

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

181

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 4° de la Ley 100 de 1993, que reza:

182

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 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, 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 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

183

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 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

387

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 recalcarse 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 1° 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.

105

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

186

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 obedecimiento 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 contendida 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.

EFECTOS 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

187

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; se 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 suministró, ni era la obligada a suministrarla en el año 1999, en que la afiliada tomó 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 cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujeto a la demandada PROTECCIÓN S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídica sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del sistema pensional vigente, se agravó 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:

188

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 inexequibilidad o la exequibilidad 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

189

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 formula, 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 y dispuestas por el estatuto de seguridad social, de las que se advierte no existe ninguna, que genere la obligación de recibir a la 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 las 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, y, hacerlo inoportunamente 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 de la demandante y la ausencia de participación de Colpensiones en el acto de traslado, como resulta evidente de los siguientes medios:

Del documento visible a folio 105, se evidencia que el 15 de junio de 1999, la demandante se trasladó del RPM al RAIS.

Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora MARÍA VICTORIA ARIZA OLARTE, se establece que es docente. Aseguró que en el año 1999 asistió a una reunión convocada por un asesor de Colmena, la cual tuvo una duración de aproximadamente 30 o 40 minutos acerca del cambio de régimen pensional: "*en el 99 a mediados de año junio más o menos, por autorización de las directivas del colegio fuimos todas la profesoras invitadas al aula máxima a recibir la invitación de colmena, en ese entonces se llamaba colmena, para que nos trasladáramos a esta entidad ,argumentando que el Seguro Social, la tendencia del Seguro Social iba desaparecer, entonces que ellos eran una entidad sólida, que iba permitir que nos pensionara a la edad*

que quisiéramos, íbamos a tener más ganancias, una mejor pensión, y además que se queríamos pasar la cesantías con ellos, tener el paquete iba a ser más favorable para nosotros." Igualmente manifestó que ese día le entregaron un formulario el cual diligencia y devolvió al asesor días después: *"Luego de eso nos dieron un formulario que cada una lleno, y se la dio con el tiempo, no sé, nos dieron algunos días, llenado al formulario lo entregamos a la persona que había concertado la cita con los señores y ella se encargó de continuar con el proceso"*. Afirmo que nunca se preocupó por su situación pensional: "*soy muy descuidada debo confesar, no me meto mucho en esto asunto, cuando fueron a proponernos el paso a privada, pues nada, veía muy lejos mi pensión, no me afanaba el factor dinero."* Y que alguna vez se enteró que podía retornar al RPM, pero cuando ello ocurrió ya no podía efectuar dicha solicitud: ""Sé que hubo dos oportunidades, en que hubo ese llamado, yo nunca me entere, posteriormente me entere cuando ya había pasado la oportunidad, por personas conocidas, comentando del tema algunas vez ellos había logrado devolverse al Seguro Social"

Por otra parte, el traslado se efectuó en el año 1999, y solo hasta el 2017 (folio 30-38, 105), la demandante se interesó por su situación pensional, lo que da cuenta que la solicitud no se realizó oportunamente y dentro de los plazos previstos, y acceder a las suplicas de traslado al RPM en la actualidad, desfiguraría el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

De las pruebas citadas se establece tanto la fecha de la afiliación de la demandante, como la ausencia de demostración de perjuicios a cargo de Colpensiones, porque ni patrocino su traslado, ni intervino en al acto de afiliación al RAIS.

Por las razones expuestas, se declarara la falta de presupuestos procesales para aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; y se revocaran las condenas impuestas a Colpensiones, por ser ajena a la decisión de traslado de régimen tomada por el afiliado, ajena a las invocadas deficiencias en el deber de información, y 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.

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 administradoras 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

191

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 la AFP PROTECCIÓN S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, 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 de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de junio de 1999, fecha del traslado a COLMENA AIG actualmente PROTECCIÓN S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCAN las condenas impuestas 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 de la demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no participó Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

192

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA Aclaración de voto.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(Salvamento de voto)

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.° 017-2017-00628-01, promovido por María Victoria Ariza Olarte contra Colpensiones y otro (revoca condenas a COLPENSIONES)

193

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 17-2017-00628-01

DEMANDANTE: **MARÍA VICTORIA ARIZA OLARTE**
DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTROS**
ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 30 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 17-2017-00628-01

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARÍA VICTORIA ARIZA OLARTE**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO : **APELACIÓN COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES**

PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de junio de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (folios 160 a 162), así como Colpensiones (folio 158 a 159) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **MARÍA VICTORIA ARIZA OLARTE** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 y 5 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- La existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación por falta de cumplir con el deber de información con la demandante a cargo de Protección SA.
- La nulidad de traslado o invalidez del acta o formulario de afiliación suscrito por la demandante, mediante el cual se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad Protección SA.
- Que para efectos pensionales, la demandante continúa afiliada al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
- Que para efectos pensionales, Protección SA, fondo al que se encuentra actualmente vinculada, realice la devolución de los aportes al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.

Condenatorias:

195

- A la AFP Protección SA, a efectuar nula o inválida el acta o formulario de afiliación que suscribió la demandante, mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.
- Que para efectos pensionales, la demandante continúa afiliada en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, al que pertenecía antes.
- A Protección SA, fondo en el que se encuentra actualmente vinculada la demandante, realice la devolución de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls. 62 a 88) y Protección SA (fls. 97 a 116), de acuerdo al auto visible a folio 117 y 118 Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de junio de 2019. Declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas. Declaró que la vinculación de la señora Maria Victoria Ariza Olarte al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, a cargo de Protección SA, fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. Declaró que la señora María Victoria Ariza Olarte, se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad. Ordenó a Protección SA, como fondo actual de la demandante, trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido y que conformen la cuenta de ahorro individual de la demandante, para efecto de poder proteger el derecho y principio de sostenibilidad financiera a favor de Colpensiones. Ordenar a Colpensiones recibir ese traslado de fondos a favor de la demandante y convalidarlos en la historia laboral para efecto de la suma de semanas que allí se exigen. Costas a cargo de las demandadas, incluyendo como agencias en derecho la suma de $800.000 a cargo de cada una.

Colpensiones apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que la demandante no acreditó los requisitos para acceder al traslado ante Colpensiones, tan es así que la Superintendencia Financiera estableció que la validación de los requisitos de cumplimiento de traslado de régimen debían ser efectuados por la AFP a la que se encuentra afiliado el ciudadano, tanto la objeción como el rechazo debía determinarlo la AFP, no Colpensiones, de tal forma que partiendo de éste punto, Colpensiones no tenía que soportar el peso de determinar si la demandante tenía el derecho de cambiar de régimen, pues no cumple los requisitos establecidos por la Ley 797 de 2003 y la SU-062 de 2010, máxime si se tiene en cuenta que la actora tuvo el tiempo suficiente para solicitar el traslado de régimen o presentar notas de protesta, sin que haya acudido a ningún mecanismo que la Ley le otorga a los afiliados para manifestar su descontento.
Por otro lado, señala que en el régimen de ahorro individual no existen desventajas, simplemente son particularidades propias del régimen, de tal forma que no por estar afiliado al RAIs, los afiliados no están en situación de desventaja, por lo que solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar, se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA SA efectuado por el (la) señor (a) **MARÍA VICTORIA ARIZA OLARTE** el dia 15 de junio de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP Colmena SA, el 15 de junio de 1999, efectiva a partir del 1 de agosto de 1999, posteriormente dada la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP ING el 1 de abril de 2000 y finalmente, dada una nueva fusión, quedó apiadada a la AFP PROTECCIÓN SA el 31 de diciembre de 2012 (fls. 106 Vto.)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994 Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debia tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derecho fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones (fls. 62 a 88) y Protección SA (fls. 97 a 116). Colpensiones: no aportó ningún elemento probatorio. Protección SA: aportó formato de solicitud de afiliación a la AFP Colmena SA, historia de vinculaciones del SIAFP, historia laboral, respuesta derecho de petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de junio de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Sandra Yaneth Pinzón (fl. 105), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Así mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó a la demandante que, al tener en el momento de trasladarse 505 semanas cotizadas (fl. 108) y 35 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1959), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad (El traslado se efectuó con posterioridad a la Ley 100 de 1993) en el año 2014 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 108), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

198

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo Protección SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP Colmena SA el 15 de junio de 1999, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo.*

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

184

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Cuarta de Decisión Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALEXANDRA OROZCO MORENO contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 037 2017 00760 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de febrero de 2020.

Por otra parte se advierte que el apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegaciones, solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que según diversos pronunciamientos jurisprudenciales la indexación es la simple actualización de la moneda, para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo.

Entre tanto PORVENIR S.A. en sus alegatos reitera los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte de su compañero permanente LAZARO VICENTE JORGE FERNANDEZ, quien falleció el 03 de diciembre de 2016, junto con los intereses moratorios, indexación y las costas del proceso.

PORVENIR S.A., no se opuso a la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión, bajo el argumento que se vio en la obligación de dejar en reserva el 50% de la prestación invocada, por existir conflicto entre beneficiarios; en tanto se opuso a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de los intereses moratorios e indexación. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir, buena fe de PORVENIR S.A., compensación, prescripción e innominada.

El Juzgado de Conocimiento, mediante auto del 16 de septiembre de 2019, tuvo por no contestada la demanda (folio 146).

Entre tanto el señor **CRISTIAN ALBERTO JORGE GAMA**, quien dio contestación a través de curador ad-litem, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y propuso la excepción denominada genérica e innominada (folio 122-126).

Finalmente el menor **JUAN SEBASTIAN JORGE OROZCO**, actuando a través de su representante, no se opuso a la prosperidad de las pretensiones e indicando que le corresponde a la autoridad judicial, valorar las pruebas y decidir sobre el derecho pensional (folio 148-150).

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 28 de febrero de 2020, el Juzgado profirió sentencia en el siguiente sentido:

185

*"**PRIMERO: DECLARAR** que la señora ALEXANDRA OROZCO MORENO, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el lamentable fallecimiento del señor Lázaro Vicente Jorge Fernández, que en paz descanse en su condición de compañera permanente supérstite, por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en un porcentaje equivalente al 50% de la mesada inicialmente concedida a partir del 3 de diciembre de 2016, derecho que conservará hasta tanto los menores de edad Juan Sebastián Orozco y la joven Alison Daniela Jorge Gama, conserve en los términos legales el derecho a obtener el reconocimiento de la prestación, pues a partir de que se produzca tal evento la mesada pensional se incrementará en un porcentaje equivalente al 100% de la mesada pensional aspecto que deberán realizar la respectiva demandada PORVENIR S.A.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a pagar a favor de la demandante Señora Alexandra Orozco Moreno la suma de $36.530.143 por concepto del retroactivo de las mesadas pensionales causadas desde el 4 de diciembre 2016 hasta el mes de febrero de la presente anualidad, en un 50% sobre el valor de la mesada pensional sin perjuicio de las que se causan con posterioridad, valor que fue calculado sobre 13 mesadas pensionales y cuyo pago deberá realizarse de manera indexada sobre cada una de las mesadas pensionales hasta que se realice su pago efectivo.*

***TERCERO: AUTORIZAR** que del retroactivo pensional anteriormente indicado, se realicen los descuentos que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud.*

***CUARTO:** Sin costas en el presente proceso.*

***QUINTO: ABSOLVER** a la demandada Porvenir SA de las demás pretensiones invocadas en su contra por la parte demandante."*

III. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDADA PORVENIR S.A.

Indicó que no se debió emitir condena por indexación, como quiera que la suspensión o reserva del 50% de la pensión, obedeció a que existió conflicto entre beneficiarios, correspondiéndole a la autoridad judicial competente definir el asunto.[1]

IV. CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en el artículo 66 del CPT y de la SS-principio de consonancia, la Sala examinará si hay lugar a emitir condena por indexación sobre las mesadas pensionales reconocidas a favor de la demandante ALEXANDRA OROZCO MORENO.

---

[1] *Recurso de apelación: "Cómo mi representada lo manifestó la contestación de la demanda solicitamos comedidamente al despacho no imponer la obligación a mi representada sobre la indexación sobre las sumas que llegase a tener que reconocer por parte de la pensión de sobreviviente por parte de mi apoderada por eso de manera respetuosa me interponer el recurso de apelación ante los honorables magistrados del distrito judicial de Bogotá sala laboral y en cumplimiento de las normas que rigen dicho recurso me permito sustentarlo simplemente ratificando los señores magistrados nuestra posición desde un inicio relacionado en que efectivamente mi representada se vio obligada efectivamente a dejar en reserva ese 50% a que se refiere el Juez de primera instancia de la pensión de sobreviviente causada por el fallecimiento del señor Lázaro Vicente Jorge Fernández que en paz descanse en la medida en que además de la demandante señora Alexandra Orozco Moreno quién se presentó a reclamar en calidad de compañera permanente también se presentó a reclamar en igual calidad de compañera permanente la señora Martha Rocío gama Maldonado surgiendo un conflicto beneficiario que de conformidad con el artículo 2° del código procesal del trabajo y la seguridad social debe ser efectivamente como se resolvió ante la justicia ordinaria en consecuencia pues mi representada desde el primer momento siempre hizo manifestación expresa sobre la obligatoriedad efectivamente de acoger todas y cada una de las obligaciones impuestas por el juez de primera instancia las cuales por supuesto señores magistrados estamos dispuestos a responder sólo que reitero dados las explicaciones anteriormente dichas y conocido el concepto financiero que implica una indexación sometido a un pago de una sumas que por derecho tiene hoy la señora demandante una vez verificado todo el acervo probatorio expuesto a través del proceso solicitamos de manera respetuosa señores magistrados mi representada sea exonerada del reconocimiento de dicha indexación por lo demás acogemos en su integridad el fallo proferido en la instancia inicial en este proceso Muchas gracias.*

186

Sea lo primero señalar que no fue objeto de controversia en esta instancia, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante ALEXANDRA OROZCO DE MORENO, en un porcentaje del 50% de la pensión concedida a los beneficiarios del señor LAZARO VICENTE JORGE FERNÁNDEZ, con ocasión a su fallecimiento, como tampoco la fecha de causación, la cuantía, ni el valor del retroactivo pensional, pues ninguna de las partes recurrió estos aspecto de la sentencia dictada por el A-quo.

Ahora bien, tal como se precisó el punto objeto de apelación se centra en determinar si procede la condena por indexación frente a las condenas impuestas por mesadas pensionales.

Así las cosas, tenemos que la indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlas, es decir, es un mecanismo por medio del cual se ajustan, actualizan o corrigen unos valores que por el paso del tiempo se encuentran depreciados.

Por otra parte, la indexación no tiene el carácter de sanción, por lo que su procedencia no está supeditada a la buena o mala fe de la entidad, por lo que en nada influye que la entidad haya dejado en suspenso la prestación con ocasión al conflicto entre beneficiarios.

Al respecto resulta pertinente traer a colación la sentencia SL2893 de 2020, en la que se precisó lo siguiente:

> "*Se recuerda que la indexación es la mera actualización de la moneda, reconocida con el fin de contrarrestar su devaluación por el transcurso del tiempo y la inflación en la economía nacional (CSJ SL1381-2019).*
>
> *(...)*
>
> *En efecto, la observancia de la buena fe o del actuar «[...] bajo un atinado entendimiento de las normas rectoras de la situación pensional de la señora Muñoz» es inane con respecto a la*

indexación de las mesadas pensionales causadas, en la medida en que ésta simplemente busca corregir el valor de estas, que se ha depreciado por la inflación y el paso del tiempo.

Adicionalmente, no resulta admisible que la entidad convocada a juicio, alegue que no hay lugar a indexar las condenas, cuando las cotizaciones que administra de sus afiliados, generan unos rendimientos financieros y gastos de administración, por lo que ningún detrimento económico le genera a PORVENIR S.A. el pago de esta acreencias a favor de los beneficiarios de la prestación.

En conclusión, se confirmara la decisión de primera instancia, en el entendido que el retroactivo pensional generado por mesadas pensionales causadas desde el 04 de diciembre de 2016 hasta la fecha de su pago, deberán ser indexado, ello como quiera que las mesadas de años precedentes, han perdido su valor adquisitivo desde la fecha de causación y actualmente no representan la misma cifra.

Costas. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de febrero de 2020, según se expuso.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A.

Esta decisión se notifica en estrados.

Los Magistrados,

187

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Inclúyase Como agencias en derecho la suma de $**700.000** a cargo de la parte demandada **PORVENIR S.A.**

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

Ultima hoja del proceso ordinario 037-2017-00760-01 promovido por ALEXANDRA OROZCO MORENO contra PORVENIR S.A. (CONFIRMA SENTENCIA)

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA TERESA GUERRERO CONTRERAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

RADICADO: 11001 31 05 026 2019 00513 01

Bogotá D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020s).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, en atención a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de diciembre de 2019.

Por otra parte, se advierte que la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES, presento escrito de alegaciones solicitando denegar las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que el formulario firmado por la actora al momento de escoger libre y voluntariamente la AFP se encuentra vigente y conserva toda la presunción de legalidad frente al ordenamiento jurídico, ya que no se probó ningún vicio en el consentimiento o vulneración de derecho alguno.

Entre tanto PROTECCIÓN S.A., alegó en síntesis que cumplió con su deber de brindar a la demandante información de carácter cierta, clara suficiente y

oportuna para la fecha de traslado, indicándole las ventajas y desventajas, al igual que las consecuencias del cambio de régimen pensional.

Por lo anterior se procede a decidir de fondo la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES

La Señora MARIA TERESA GUERRERO CONTRERAS, pretende que se declare la nulidad del traslado efectuado a PROTECCION S.A., toda vez que no le fue brindada una información completa y oportuna acerca de las consecuencias del cambio de régimen pensional. Colorario de lo anterior, solicita su retorno al Régimen de Prima Media Administrado por COLPENSIONES, y a trasladar a esta entidad todo el capital consignado en su cuenta de ahorro individual. Sustento sus pretensiones en que nació el 10 de septiembre de 1958. Aseguró que, entre 16 de agosto de 1977 y el 31 de enero de 2000, estuvo afiliado al ISS donde realizó un total de 386.29 semanas. Indicó que con posterioridad a la última calenda mencionada, se trasladó al RAIS, sin que el asesor del fondo de pensiones le brindara información clara, completa y cierta, acerca de las consecuencias y efectos futuros del traslado. Finalmente señaló, que radicó petición ante las entidades convocadas a juicio, con el propósito de obtener la nulidad de la afiliación realizada en el Régimen de Ahorro Individual, pero que la misma fue atendida de manera desfavorable.

Como fundamento normativo citó el artículo 48 de la Constitución Nacional, artículo 4 del Decreto 656 de 1994, artículo 3 de la Ley 1328 de 2009, artículos 2, 3, 6 y 10 del Decreto 2555 de 2010. Así como las sentencias con radicado 31989 y 31314 de 2008 y SL 12136 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 100 a 104 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual, ya que no probó error, fuerza o dolo, en la afiliación que realizó al RAIS, como tampoco la configuración de algunas

de las causales de nulidad, las que se encuentran taxativamente señaladas en la ley. Propuso las excepciones denominadas: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, la demandada AFP PROTECCION S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestando que cumplió con la obligación de informar a la actora sobre las circunstancias propias del RAIS, y la forma de causar el derecho pensional en dicho régimen. Además preciso que de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1160 de 1994, la accionante perdió las prerrogativas del régimen de transición al cambiarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de diciembre de 2019, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.*
>
> ***TERCERO:** En caso de que la sentencia no sea apelada, se remitirá en el grado jurisdiccional de consulta*

Fundamentó su decisión, al considerar que de conformidad con los establecido en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993; así como la sentencia con radicación n° 46292 de 2014, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, ante la falta de información por parte de los asesores del fondo privado, pero que a pesar de esta situación corroboro del interrogatorio de parte practicado a la demandante, que ella conocía los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima, prestación a la cual tendría derecho de permanecer en el Régimen de Ahorro, el cual a su juicio le resultaba más benéfico que el otro régimen pensional, al exigir un numero mayor de semanas para acceder al beneficio.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la 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 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 tiene relación alguna con la determinación del valor de la mesada pensional, ni puede pretenderse anticipar o especular valor alguno de la misma, 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.

El Estado Colombiano en el año de 1993, con el objeto de solucionar el problema de sostenibilidad financiera del sistema pensional, creó 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 pagará con los dineros acumulados en un fondo común de naturaleza pública a partir de un modelo simple de reparto, que implica que el valor de las cotizaciones de los afiliados, cubren 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 antes 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 el nacimiento de los mismos que no existe tal posibilidad, pues uno y otro régimen ofrecen beneficios diferentes, sin que pueda predicarse que unos son mejores o superiores. Igualmente, se ha dejado sentado que el RPM y el 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 para acceder a la pensión, 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.

223

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.

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:

Etapa acumulativa	**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

229

		más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 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 (en el caso de la demandante, 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 de la demandante corresponden a las vigentes en el año 2000 en que realizó su afiliación al RAIS (folio 55), siendo las aplicables las contenidas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto n° 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 de la 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 1°, 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 1° 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° 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 4°, 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 lo confirma su artículo 1°, 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 perdida 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 del acto de afiliación 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 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° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1° 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 2° 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 2° 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 4° de la Ley 100 de 1993, que reza:

230

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 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, 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 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 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 recalcarse 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 2017, 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 1° 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».

237

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 obedecimiento 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

234

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 contendida 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.

EFECTOS 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; se 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 la afiliada 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 cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujeto a la demandada PROTECCION S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídico sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del sistema pensional vigente, se agravó 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 inexequibilidad o la exequibilidad 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 formula, 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 y dispuestas por el estatuto de seguridad social, de las que se advierte no existe 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

237

la afiliación, deben ser aplicadas conforme a los mandatos del debido proceso en especial las 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, y, hacerlo inoportunamente desfigura el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

Las pruebas que se practicaron, dan sustento fáctico a las conclusiones anteriores en la medida en que demuestran la fecha de afiliación de la demandante, la ausencia de perjuicios a cargo de PROTECCIÓN S.A. sumado a que acreditan que Colpensiones no participó en el acto de traslado, como resulta evidente de los siguientes medios:

- Del formulario de afiliación visto a folio 55, se acredita que la demandante se afilió a SANTANDER actualmente PROTECCIÓN S.A., a partir del 10 de noviembre de 2000.

- Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora MARIA TERESA GUERRERO CONTRERAS, se desprende que para el año 2000, anualidad en la que efectuó el traslado, era operaria de flores, que para dicho momento firmo "hartos papeles", sin recibir información por parte de los asesores de la AFP; sin embargo frente a la pregunta cómo funcionan las pensiones en el RAIS, manifestó lo siguiente: "*He escuchado, es que allá es hasta los 57 años y teniendo un monto de X plata y teniendo 1150 semanas se podía pensionar en el fondo en el fondo privado, pero con menos plata de lo que uno aportado (...).*"

Por otra parte, el traslado se efectuó en el año 2000, y solo hasta el 2016 (folio 37-54 y 55), la demandante se interesó por su situación pensional, lo que da cuenta que la solicitud no se realizó oportunamente y dentro de los plazos

previstos, y acceder a las suplicas de traslado al RPM en la actualidad, desfiguraría el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

De las pruebas citadas se establece tanto la fecha de la afiliación del demandante, como la ausencia de demostración de perjuicios a cargo de Protección S.A. y Colpensiones, entidad esta última que ni patrocino el traslado, ni intervino en al acto de afiliación al RAIS.

Por las razones expuestas, se CONFIRMARA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, ante la falta de presupuestos procesales para aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; 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, respecto de Colpensiones, por ser ajena a la decisión de traslado de régimen tomada por la afiliada, y a las invocadas deficiencias en el deber de información, y 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 este grado jurisdiccional de consulta.

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.

238

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 la AFP Protección S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, 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 de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de noviembre de 2000, fecha del traslado a Santander hoy Protección S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por no haberse probado perjuicio alguno a cargo de PROTECCION S.A., de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, sin que las obligaciones establecidas en la ley puedan tornarse en tales; y en razón a que la afiliación de la actora 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 la intervención de COLPENSIONES; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no participó esta entidad, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvamento de Voto

Ultima hoja del proceso Proceso Rad. n.° 026-2019-00513-01, promovido por María Teresa Guerrero contra Colpensiones y otro (confirma sentencia)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 26-2013-00513-01

DEMANDANTE: **CAROLINA CAMARGO COLMENARES**
DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTROS**
ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 25 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 26-2019-00513-01

Bogotá D.C., Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: **MARÍA TERESA GUERRERO CONTRERAS**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO : **CONSULTA PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la demandada (Colpensiones y Colfondos SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26° Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de diciembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se advierte que los apoderados de las demandadas Protección SA (folios 209 a 211) y Colpensiones (fls. 199 a 201) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 10 de junio de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) **MARÍA TERESA GUERRERO CONTRERAS** instauró demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA**, debidamente sustentada como aparece a folios 63 a 74 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

- Que la demandante nació el 10 de septiembre de 1958.
- Que la actora se afilio al sistema para los riesgos de invalidez, vejez y muerte el 16 de agosto de 1977 que administraba el ISS.
- Que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba activa la afiliación de la demandante al ISS.
- Que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenías más de 35 años.
- Que la actora es beneficiaria del régimen de transición.
- Que la demandante cotizó al RPM desde el 16 de agosto de 1977 al 31 de enero de 2000.
- Que se vinculó al RAIS administrado por la AFP Santander en octubre de 2000.
- Que el fondo privado no le suministró a la demandante la información completa que permitiera establecer la diferencia entre el valor la mesada pensional que obtendría en el RPM y el RAIS.
- Que el fondo privado no le informó a la demandante que el valor de la pensión dependía directamente de la modalidad de retiro programado.
- Que el fondo privado asaltó la buena fe de la demandante al incidir en el cambio de régimen pensional.

CONDENATORIAS:

- Declarar la nulidad de traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida que manejaba el ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por Protección SA.
- Ordenar el retorno inmediato de la demandante al RPM administrado por Colpensiones.
- Condenar a Protección SA a la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados, como lo dispone el artículo 1746 del CC.
- Ordenar a Colpensiones activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.

Contestaron la demanda: **COLPENSIONES** (fls. 100 a 104) y **PROTECCIÓN SA** (fls. 128 a 167) de acuerdo al auto visible a folio 168. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 26° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 10 de diciembre de 2019, Absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Sin costas en esta instancia.

Procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Santander SA efectuado por el (la) señor (a) **MARÍA TERESA GUERRERO CONTRERAS** el día 10 de noviembre de 2000, efectivo a partir del 1 de enero de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP Santander SA, el 10 de noviembre de 2000 efectiva a partir del 1 de enero de 2001, posteriormente dada la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP Protección SA el 31 de diciembre de 2012 (fls. 159).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que

tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994 Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación una de las más de 19 sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derecho fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** (fls. 100 a 104) y **PROTECCIÓN SA** (fls. 128 a 167). Colpensiones: no aportó ninguna prueba. Protección SA: formato de solicitud de afiliación a la AFP Santander, documento identidad demandante, historia laboral, certificado SIAFP, respuesta derecho de petición, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de noviembre de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Sonia López Bernal (fl. 150), no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP SANTANDER SA hoy AFP PROTECCIÓN SA el 10 de noviembre de 2000.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

COSTAS: Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP SANTANDER SA hoy AFP PROTECCIÓN SA el 10 de noviembre de 2000

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502620190051301)

LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310502620190051301)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310502620190051301)