



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MAVIR MARIÑO DÍAZ contra
BANCOLOMBIA S.A.

EXP. 11001 3105 003 2015 00034 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 resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Bogotá D.C., en fecha 16 de julio de 2019.

Por otra parte se advierte que el apoderado de la demandante presenta escrito de alegaciones, enunciado que ante la pérdida de la capacidad laboral equivalente 50.61%, era imperativo que se optara por el reintegro, en atención a la ineficacia del despido; para dar sustento a sus argumentos cito diversos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral.

Entre tanto BANCOLOMBIA S.A. manifestó *“en los términos del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, a título de alegatos de conclusión REITERO todos y cada uno de los argumentos facticos y jurídicos expuestos en la sustentación del recurso de apelación y en virtud de ello solicitó se REVOQUE la sentencia de primera instancia en todo aquello que fue desfavorable a mi representada y se absuelva a BANCOLOMBIA S.A. de todas y cada una de las suplicas de la demanda.”*

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

I. ANTECEDENTES

Se solicitó en la demanda, condenar a BANCOLOMBIA S.A., a reintegrar a la demandante MAVIR MARIÑO DÍAZ, al cargo de “Auxiliar de Departamento 1-

Sección Servicios Regional Bogotá”, o a otro cargo de nivel igual o superior, por haber sido despedida injustamente. Asimismo, se condene a la demandada a pagar los salarios con los respectivos incrementos legales, convencionales, prestaciones sociales, y todos aquellos dejados de percibir desde la fecha de despido hasta que se produzca el reintegro, así como los aportes a seguridad social integral en salud, pensión y riesgos laborales, e indemnización de que trata el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Como pretensión subsidiaria, se solicitó reconocer reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías, teniendo en cuenta la totalidad del tiempo servido y el último salario promedio mensual; igualmente, se solicitó se condene a la demandada al pago de indemnización indexada por despido sin justa causa, contemplada en el artículo 38 literal b, de la Convención Colectiva del Trabajo de 1999, suscrita entre BANCOLOMBIA S.A. y Sindicato SINTRABANCOL y la UNEB, los perjuicios morales causados a la demandante en razón del despido y sanción moratoria del Artículo 65 del C.S.T. (folios 3-39).

Al contestar la demanda BANCOLOMBIA S.A., se opuso a todas las pretensiones de la actora, al manifestar que no es beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada, y que la terminación del contrato laboral obedeció a una justa causa, y no a las deficiencias de salud que presentaba la señora MARIÑO DÍAZ. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, prescripción, inexistencia de la estabilidad laboral reforzada, inexistencia de nexo de causalidad entre la terminación del contrato y el presunto estado de salud de la demandante e inexistencia de despido injusto (folios 1-24, cuaderno de contestación).

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., profirió sentencia el 16 de julio de 2019, de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLARAR que la terminación del contrato de trabajo que ato a la demandante señora MAVIR MARIÑO DÍAZ con la demandada BANCOLOMBIA S.A. fue unilateral y sin justa causa de conformidad con la parte motiva de esta providencia

596

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada BANCOLOMBIA S.A., a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$30.410.668, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá ser indexada desde el día siguiente del despido hasta la fecha en que se efectúe el pago de acuerdo con el IPC que certifique el DANE todo conforme la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante, la suma equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales subjetivados.

CUARTO: ABSOLVER al demandado de las restantes pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.

QUINTO: CONDENAR en costas junto con la agencias en derecho a la parte demandada las cuales se tasan en la suma de \$6.000.000." (Folio 510-511).

III. APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, donde manifestó que teniendo en cuenta el estado de orfandad en que se encuentra la Señora Mariño Díaz, solicita sea revocado el numeral cuarto, y en su lugar sea concedido el reintegro, ya que la suma a la cual fue condenada la demandada, no le permitiría subsistir dignamente hasta el momento en que se pensione. Agregó que la entidad demandada, no contaba con permiso para despedir a la actora, pues el Ministerio del Trabajo, archivó las diligencias sin conceder el aval, ante lo cual BANCOLOMBIA S.A., no presentó ningún recurso. ¹

¹ PARTE DEMANDANTE: Gracias señor juez, ante todo debo manifestar que su sentencia ha sido realmente satisfactoria con la parte que represento, se ha edificado sobre sólidos perfiles probatorios y jurídicos, y en gran medida se ha hecho justicia con el despido de la trabajadora Mavir Mariño, a quién represento; no obstante consultando con ella y teniendo en cuenta el estado de orfandad en que se encuentra ella, me solicita que dado que no tiene otros ingresos y que las sumas por las cuales fue condenada a la demandada no le permitirían subsistir dignamente durante el tiempo que le hace falta pero tendrá su pensión de vejez, está interesada en que se estudie la posibilidad del reintegro, no por desacatar directamente la juiciosa decisión que el señor juez hizo, que es muy razonable, muy bien fundamentada, excelente en todos los aspectos, sino por lo que decía inicialmente, la trabajadora encuentra con que no sería posible su subsistencia digna sino se intentará la petición de reintegro que le permita discutir eventualmente un retiro con la empresa en el evento de que eso ocurra.

Entonces para ajustar los términos del recurso, le manifiesto, después de este pequeño foco, que interpongo el recurso de apelación para ante la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá, a fin de que se revoque el numeral cuarto de su proveído, en tanto que absolvió a la demanda de las pretensiones de la demanda. Pretende mi representada la posibilidad de reintegro al cargo, en la forma cómo se indicó en la demanda, y a pagar los salarios que dejó de percibir posterior al despido, hasta el día en que el reintegro se produzca con las demás consecuencias ahí señaladas.

La base probatoria se encuentra perfectamente acreditada en el expediente y su señoría dio cuenta de ella en forma sabia y justa, de forma que no me referiré a ese tema, me referiré únicamente a la base jurídica puede precedente vertical en que la parte que representó fundamenta su petición de reintegro ante el tribunal, de la siguiente manera:

La honorable Corte Constitucional de manera recurrente, en pluralidad de pronunciamientos, entre ellos nuevamente los menciono las sentencias C531 del 5 de mayo de 2000, T26 del 24 de junio de 1992, T1040 de 2001, T576 de 1998, T519 de 2003 y SU049 de 2017, ha manifestado que cuando el despido se produce en estado de discapacidad, si procede el reintegro, si procede el reintegro, máxime cómo en este caso, la empresa no

Por su parte, la demandada BANCOLOMBIA S.A., también presentó recurso de apelación, donde en síntesis solicitó se revoque parcialmente la sentencia en lo atinente a las condenas por indemnización por despido injusto convencional indexado, y a los perjuicios morales, para que en su lugar se le absuelva por estos conceptos. Manifestó en primer lugar, que el despido de la actora se dio por justa causa, ya que se encontró demostrado que había remitido mensajes comprometedores a su jefe inmediato Señor Héctor Pastor Bautista, a través del sistema de mensajería del Banco, y que además, se la pasaba enviando mensajes de índole peyorativo, así como sexuales e íntimos, a otros compañeros de trabajo. Señaló que la demandante en su interrogatorio, habría aceptado conocer el Reglamento Interno del Trabajo, tener un usuario en el sistema de mensajería del Banco y haber utilizado el mismo para conversaciones personales, situación que a su juicio debe tenerse en cuenta. Asimismo, dijo que se opone al análisis del juez, en cuanto a que las conversaciones al no haber sido allegadas no se encuentran probadas, como quiera que se hizo referencia a estas en la carta de despido del 19 de agosto de 2014; e igualmente, dijo que deben observarse las fotografías arrimadas al plenario, que dan cuenta de que la demandante fue la única que usó el computador del cual le remitieron los mensajes a su jefe.

Finalmente, frente a los perjuicios morales, señaló que la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que solo se admite condena por los mismos, siempre y cuando se encuentren plenamente probados y determinados, ya que estos no derivan exclusivamente del rompimiento del vínculo

obtuvo permiso o autorización del Ministerio de Trabajo, pues como quedó demostrado el Ministerio se pronunció oportunamente diciendo:

-Artículo primero : archivar la diligencia con el trámite de la solicitud de autorización de despido de la trabajadora amparada con fuero de salud Mavir Mariño Díaz, identificada con la cédula 51727830, por las razones expuestas en la parte motiva; esto significa dos cosas primero que no hubo autorización para el despido y segundo que la trabajadora si estaba amparada por el fuero de salud, con la advertencia que hizo señor juez, y si la entidad estaba inconforme con esta decisión por qué no ejerció los recursos que le señala o que le permite utilizar la legislación contenciosa administrativa de reposición y apelación, significa que aceptó que no califico y aun así persistió en despedirla. Esta rebeldía es la que hace que se apliquen los precedentes verticales, que como su señoría indica, son de esa talante y que imponen a la posibilidad del honorable Tribunal de que se modifique la sentencia, en tanto que, como en este caso no existió ese permiso se puede restituir al trabajador al cargo que venía desempeñando con todas las consecuencias que allí se producen, a efectos de que pueda revelar un poco la situación de desequilibrio económico en que se encuentra y rehabilitarse la dignidad de su existencia. No tendría más que agregar porque las providencias son muy claras, ahí está el contenido de ellas, y en consecuencia me reservo el derecho que me concede el CGP para sustentar este recurso y ampliarlos, muchas gracias señor juez.

547

contractual, sino que derivan de otras situaciones como su afectación espiritual y moral.²

² PARTE DEMANDADA: Señor juez, respetuosamente manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la sentencia que se me acaba de notificar y ante el Tribunal solicito la revocatoria parcial de la misma, en cuanto condenó a mi prohijada al pago de la indemnización por despido injusto convencional indexado y a los perjuicios morales, para que en su lugar, se absuelva a mi prohijada del pago de tales conceptos y se confirme en la parte en que le fue favorable.

Mi recurso de apelación lo sustentó en los siguientes argumentos: para el señor juez analizados los medios de prueba los mismos no son suficientes para acreditar la justa causa, sin embargo, una valoración armónica de los mismos permite concluir que la trabajadora sí incurrió en las justas causas enrostradas por Bancolombia S.A. cómo se pasa a demostrar. En el proceso está más que acreditado que la señora Mavir incurrió en las justas causas, vuelvo y reitero que se invocaron en la carta de terminación invocada el 19 de agosto de 2014, pues en el expediente se demostró que el 20 de septiembre 2013 la demandante sí envió a su jefe inmediato Héctor Pastor Bautista, a través del sistema de mensajería del banco, un mensaje en el que se le tildaba de maricon; asimismo se demostró con la investigación que realizó el departamento de tecnología quién revisó los registros de chat del sistema de mensajería interna y las cámaras de vídeo, y con base en ello el 22 de octubre de 2013 emitió un informe el que constató que a la fecha y hora en que se envió ese reprochable mensaje, la señora Mavir sí se encontraba en su puesto de trabajo, para el efecto encontramos el álbum fotográfico al que hizo referencia el señor juez, que fue enviado a través de un correo electrónico en el cual se hace referencia precisamente a esa investigación, que de forma particular hizo el departamento de tecnología para determinar la responsabilidad de la actora en el envío de ese mensaje. Nuevamente reitero, a pesar de que con memoria selectiva y de forma muy conveniente la demandante no se acuerda haber enviado el anterior mensaje pero sí se acuerda de otras circunstancias que terminaron con la terminación de su contrato, los Testigos María del Pilar Garzón y Héctor Pastor Bautista, quien fue pues la principal víctima de las expresiones de la señora demandante, ellos fueron coincidentes en manifestar que la demandante junto con la señora María Ruth le pidieron disculpas por lo sucedido a su jefe inmediato, o sea Héctor Pastor, lo cual es más que prueba suficiente o diáfana de que la demandante sí envió ese mensaje. El señor juez no hizo referencia a este parte final del testimonio en la que particularmente el deponente Héctor Pastor indica que más o menos en junio 2014 las dos funcionarias lo llamaron a una sala de reuniones y le pidieron disculpas, y él les dijo que si hubieran aceptado todo desde el principio y no hubieran prácticamente inventado que se había metido en su computador, lo cual se desvirtuó con el álbum de fotos, en que consta que la señora fue la única que hizo uso de su computador, pues todo esto no estaría pasando.

Además de eso es repudiable el mensaje que envió a su jefe inmediato, en el expediente se encuentra demostrado que la demandante sí se la pasaba enviando mensajes a otros compañeros de contenido peyorativo y también sexual e íntimo con su compañero Carlos Augusto Barón Gutiérrez; sobre esos mensajes el testigo Francisco Javier López, que fue convocado por la demandante y que era directivo sindical, indicó que María Ruth en reunión sostenida con él aceptó el envío de esos mensajes, y que lo hacían porque casi nadie le hablaba a Mavir Mariño, además, los testigos María del Pilar Héctor pastor Bautista en sus testimonios hicieron referencia a dos reuniones que sostuvieron con la demandante en las que está aceptó la autoridad esos mensajes, reconoció que era bocona, que es un ser humano y que se equivocó, y que empleó esos términos porque sus compañeros la trataban mal, lo cual coincide con las confesiones a las que el señor juez pues dio por probado.

En su interrogatorio de parte de la demandante reconoció aspectos importantes, uno pues que conocía el reglamento interno de trabajo, que tenía un usuario asignado en el sistema de mensajería Link del banco, que este sistema fue creado para conversaciones de tipo laboral pero que lo usaba para tener conversaciones de índole personal, porque según ella todos somos humanos y aceptó que tuvo varias conversaciones con María Ruth Vázquez y con César Augusto Barón; sobre el punto de que este sistema fue creado para conversaciones de tipo laboral así también lo reconocieron los testigos convocados por la parte demandante Nubia Amparo Santa María y Francisco Javier López Pérez, quienes refirieron que cada trabajador tiene un usuario específico para acceder al sistema de mensajería, que el chat era para asuntos laborales y que estaban protegidos por el habeas data. Igualmente, María del Pilar Garzón Nieto y Pastor indicaron que cada trabajador tenía un usuario y una clave de personal e intransferible, y que el sistema de mensajería era una herramienta de comunicación netamente laboral que el banco suministra. Adicionalmente en mi criterio de manera contradictoria, el señor juez afirma que las conversaciones que sostuvo la señora Mavir Mariño y sus compañeros no se encuentran acreditadas en el expediente, pero igual para decir que el trato fue discriminatorio entre las consecuencias disciplinarias, que tal comportamiento produjo a sus compañeros y la terminación del contrato con justa causa que se dio para la señora Mavir sí hace referencia a las mismas que están contenidas en la carta de terminación y con esto concluir que se dio un trato discriminatorio. Para la suscrita apoderada y para la entidad que representó si se hace referencia a esta prueba para probar un hecho y no se tiene en cuenta para probar el hecho fundamental que fue el despido con justa causa y el envío pues de esos repudiables mensajes pues es contradictorio, no puede ser que una prueba si tenga efectos para un punto fáctico y jurídico y para otro no razón por la cual solicitó al Honorable Tribunal que

IV. CONSIDERACIONES

Problema jurídico principal:

El problema jurídico central, se contrae en determinar, si en el presente caso la demandante MAVIR MARIÑO DÍAZ, fue despedida sin justa causa, y en violación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En caso afirmativo, establecer si son procedentes las condenas solicitadas.

Solución al problema jurídico planteado:

Esta Sala, en virtud de lo establecido por el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, se pronunciará exclusivamente respecto de los hechos materia del recurso, luego de constatar que se encuentran reunidos los presupuestos procesales necesarios, dado que la demanda fue presentada en legal forma, la Sala es competente para conocer del proceso, las partes tienen capacidad para comparecer y se encuentran debidamente representadas en el mismo.

Se encuentra demostrado, que la terminación del vínculo laboral obedeció a la decisión unilateral de la sociedad demandada, con fundamento en las razones expresadas en la comunicación fechada el 19 de agosto de 2014 (Folio 68-72, cuaderno de contestación).

revise es este punto. Reitero se dice que del álbum fotográfico no se sabe a qué persona se hace referencia, pero si se revisa la documental que contiene las fotos, en que la señora Mavir Mariño fue la única que utilizó el computador en el momento en que hizo uso de una herramienta con fines netamente laborales, para enviar un mensaje aberrante en contra de su jefe inmediato, pues hace referencia es a esta investigación, por tanto no se puede concluir que no se sabe a qué persona se hace referencia; igualmente al referente de la supuesta violación del principio de igualdad, cabe resaltar que la consecuencia de la sanción de los otros trabajadores no desdibuja per se la conducta reprochable de la trabajadora, y no puede ser que porque a los otros trabajadores se les impuso una sanción disciplinaria se desconozca la gravedad de la conducta de la ex trabajadora aquí demandada. Finalmente sobre los perjuicios morales condenados, la Corte ha admitido la condena a los mismos, siempre que estén debidamente probados y determinados conforme al derecho común, por cuanto ellos no se derivan necesariamente del rompimiento del vínculo contractual y sobre particular la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en enseñar que el rompimiento del vínculo contractual apareja necesariamente una afectación espiritual y moral, pues al trabajador, pero eso no necesariamente implica una condena de perjuicios. En el presente caso, esos perjuicios no se derivaron necesariamente del rompimiento del vínculo contractual, pues como lo hizo referencia el señor juez, desde el año 2004 la trabajadora había sido diagnosticada con su cuadro depresivo y ansioso, y además los hechos articulares hacen referencia que la señora demandante tiene una pérdida de capacidad laboral, que necesariamente implica una afectación de su salud, y no por ello derivan los perjuicios morales, que no tienen ningún fundamento en este proceso, razón por la cual solicito su revocatoria, en el alcance de la impugnación que señale al inicio del presente recurso, solicité que se revoque parcialmente la sentencia que se me notificó en la presente audiencia, en cuanto condeno a mi prohijada de manera injusta e ilegal a el pago de la indemnización por despido sin justa causa convencional indexado, al pago de perjuicios morales inexistentes, por cuanto no se acreditaron en el proceso, y que se confirme en cuanto absolvió mi prohijada del reintegro deprecado. En esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación.

500

Asimismo, se encuentra comprobado dentro del plenario, que la demandante desde el mes de abril de 2004, venía presentando inconvenientes en su salud, con episodios de depresión e insomnio graves, y posteriormente otros diagnósticos como epicondilitis media y lateral, hipertensión esencial, hipotiroidismo, síndrome del túnel carpiano bilateral, trastornos del sueño no especificados y trastornos mixtos de ansiedad y depresión. Igualmente, del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de invalidez, se pudo establecer que la pérdida de capacidad de la actora, fue definida en un porcentaje de 50.61%, de riesgo común y con fecha de estructuración 19 de agosto de 2014 (folios 45-258, 500-504 del cuaderno principal, folios 4-165, cuaderno historia clínica)

Verificado lo anterior, se tiene que la Ley 361 de 1997, *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”*, específicamente en su artículo 26, dispuso que ninguna persona puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo so pena del pago una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar.

Ahora, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, con radicación n.º SL635 del 23 de febrero de 2020, reiteró su criterio para la aplicación de la estabilidad laboral consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al señalar:

“Pues bien, resulta evidente que la protección que brinda la aludida norma se dirige a evitar que la discapacidad que sufre una persona constituya un impedimento para que sea vinculada a un trabajo o se torne en el motivo para dar por terminada la relación laboral, excepto que esa situación sea incompatible e insuperable en el cargo a desempeñar o desempeñado respectivamente, propendiendo dicho precepto normativo entonces por la garantía de sus derechos fundamentales, proveyendo la asistencia y protección necesarias de las personas con limitaciones en los grados de «severas y profundas», en desarrollo de lo previsto por su artículo 1º.

Fue por lo anterior, que el legislador en el citado precepto, estableció como mecanismo de protección especial, la obligación del empleador de solicitar la autorización del Ministerio del Trabajo, en aquellos eventos en los cuales la finalización del contrato de trabajo carece de una justa causa y que la Corte Constitucional, consideró que para que dicha norma estuviera ajustada a la Carta Política, debía entenderse que el despido bajo tal circunstancia sin la aquiescencia de la referida autoridad administrativa, se sancionaba con su ineficacia.”

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000, declaró exequible el inciso referido al pago de la indemnización “*bajo el supuesto de que (...) carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.*”, es decir, abrió la posibilidad de declaración de la ineficacia del despido o la terminación del contrato de un trabajador limitado.

Al punto, se hace hincapié que la razón del despido debe tener como nexo causal la discapacidad del trabajador, situación frente a la que es imperativo advertir que la misma Corte Suprema de Justicia, en providencia del 11 de abril de 2018, Rad. 53394, abandonó su criterio sentando en la sentencia del 16 de marzo de 2010, Rad. 36115, (SL36115 de 2010), en cuanto a que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso, y en su lugar, postuló que el despido del trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada.

Ahora bien, en cuanto al despido, es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T.

De acuerdo a la normatividad que prescribe lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador, y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales pertinentes, se prevé que esta circunstancia, es procedente siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta es de tal entidad que ameritó la desvinculación; por consiguiente, que el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una causa legal. Siendo obligación del empleador expresarle al trabajador en forma clara y concisa la causa o motivo que lo llevó a tomar esa determinación, calificando la falta adecuadamente como trascendental y capaz de romper el vínculo contractual que los une.

Ahora bien, en punto a la finalización del vínculo laboral de la demandante, a folios 68-72 del expediente, se incorporó la carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa, en la que se le informa que la decisión de dar por terminado el vínculo laboral, se adoptó con fundamento en el artículo 62 del C.S.T., subrogado por el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, literal a, numerales 2, 5 y 6, en concordancia con los artículos 55 y 58 numerales 1 y 4 del C.S.T., con los artículos 55 literales a, b, c y d, artículo 60 numerales 1, 4 y 11, artículo 62 numerales 8 y 10, Reglamento Interno del Trabajo y Código de Ética de la Entidad. Dicho comunicado, señaló que la demandante en fecha 20 de septiembre de 2013, remitió a su jefe inmediato un mensaje por el chat institucional, en el que se expresaba hacia él de forma desobligante, ante lo cual se inició investigación por parte del Departamento de Tecnología de BANCOLOMBIA S.A., y donde quedó al descubierto una serie de conversaciones de carácter íntimo y sexual con su compañero Cesar Augusto Muñoz Gutiérrez, y conversaciones con la compañera María Ruth Vásquez Perdomo, de carácter personal, pero igualmente con contenido de insultos e improperios hacia sus otros compañeros. De la misma manera, se le manifiesta en el comunicado que gran parte de su jornada laboral, era invertida por la actora, en sostener conversaciones personales, a través del chat institucional "Lync", por lo que está demostrado que le dio un uso inadecuado a las herramientas de trabajo, y que cometió faltas graves

conforme al Reglamento Interno del Trabajo y al Código de Ética de la entidad.

Acorde con lo anterior, la demandada, en aras de imprimirle transparencia y objetividad a la decisión de despido y teniendo en cuenta la situación de salud de la actora, decidió pedir permiso al Ministerio del Trabajo, como autoridad administrativa y competente, para proceder con el despido por justa causa. El Ministerio del Trabajo, en fecha 6 de Junio de 2014, profirió decisión en el sentido de archivar las diligencias, como quiera que no cuenta con competencia para decidir por la motivación del despido, es decir, por la justa causa, ni tampoco de declarar la existencia sobre derechos ciertos e indiscutibles. La anterior decisión quedó debidamente ejecutoriada el 1º de julio de 2014 (folios 73-75 cuaderno de contestación).

Ahora bien, en el trámite del proceso, se recepcionaron los testimonios de los señores ANA JUDITH MATÍZ CÁRDENAS, YOLANDA CRUZ VELASQUEZ, NUBIA AMAPRO SANTAMARIA BELLO, FRANCISCO JAVIER LÓPEZ PÉREZ, los cuales fueron solicitados por la parte actora, y quienes coincidieron en manifestar que la demandante durante la relación laboral tuvo graves problemas de insomnio y depresión, que en ocasiones lloraba sin razón aparente, que tenía un estrés laboral constante a causa de los malos tratos de sus jefes inmediatos, que en múltiples ocasiones estuvo internada en las clínicas La Inmaculada, Monserrat y La Paz, que sus jefes la comparaban con otros compañeros, que no tenía muchos amigos, que era cuestionada por su trabajo y que fue despedida sin realizarle un proceso disciplinario. En cuanto a la razón del despido, señalaron que la actora no tuvo oportunidad de defenderse pues la obligaron a firmar actas sin presencia del Sindicato, mientras que María Ruth, no fue despedida sino que únicamente la sancionaron y el compañero Cesar Muñoz, solo tuvo un llamado de atención.

Por su parte, BANCOLOMBIA S.A., solicitó se recepcionaran los testimonios de los señores MARIA DEL PILAR GARZÓN RODRÍGUEZ Y HECTOR PASTOR BAUTISTA, quien fue su jefe inmediato desde el año 2010. La testigo MARIA DEL PILAR GARZÓN BAUTISTA, manifestó que conocía las patologías de la actora, y que por esta razón la empresa tramitó permiso para despedir ante Ministerio del Trabajo. Afirmó que el despido se dio por unas conversaciones

intimas de Marvi con un compañero, donde se solicitaban fotos de algunas partes del cuerpo, y conversaciones con una compañera de carácter personal, donde mencionaban masajes y compras entre otros temas, y que además estas conversaciones se extendían a gran parte de la jornada laboral, a través del chat de la entidad. Afirmó que la demandante fue escuchada y que tuvo la oportunidad de defenderse, pero que siempre se negaba a firmar las actas; sin embargo, dijo que posteriormente conoció que María Ruth y Mavir, habían pedido disculpas al área, y que lamentaban mucho lo sucedido por las conversaciones.

El testigo HÉCTOR PASTOR BAUTISTA, dijo que no conocía de las patologías que aquejan a la actora, pero que sí tuvo conocimiento de algunas incapacidades presentadas por ella, y de las recomendaciones laborales de la ARL, ante lo cual indicó que el Banco siempre cumplió con lo solicitado, al punto de cambiar de puesto a la actora en varias oportunidades (por problemas de tensión alta, porque le daba mucho calor, porque no soportaba a tal persona, porque no se podía estresar o por reclamos), también cambiar su horario de trabajo y disminuir de carga laboral, además del acompañamiento permanente de la dependencia de Calidad de Vida. En cuanto a las conversaciones en el chat de la empresa, manifestó que se sorprendió mucho, ya que nunca lo esperó de Mavir, pues ésta siempre le manifestaba cuan agradecida estaba por su apoyo. Dijo que se inició investigación por los términos usados en su contra en el chat institucional, y que se demostró que el único usuario conectado con su clave era el de ella, y que en las cámaras de seguridad, se pudo observar que estaba sentada en su puesto para la hora de envío de los mensajes. Agregó que se le citó en varias oportunidades a fin de ejecutar su defensa, y que en algunas de estas, el Sindicato asistió y otras no, pero que la explicación de esas conversaciones por parte de Mavir y el Sindicato, era su estado de salud y algunos temas de equipo que la involucraban a ella y sus compañeros. Finalmente, señaló que en una oportunidad, Mavir le había pedido disculpas, y le dijo que era un poco "bocona" y que no tenía por qué haber escrito esos mensajes, ante lo cual el la disculpó y le dijo que si lo hubiese hecho antes el problema no habría llegado a esos extremos.

Revisado el elenco probatorio, sin hesitación alguna puede afirmarse que en la terminación del contrato de trabajo de la actora medió justa causa, como quiera que se acreditó en el juicio que ésta se dirigía a su jefe inmediato con improperios, groserías, insultos y en general ofensas a su persona y dignidad; igualmente se evidenció que ejerció un uso totalmente inadecuado sobre las herramientas de trabajo que ofrecía el Banco como es el chat "Lync", al sostener conversaciones de índole sexual y subido de tono con compañeros, lo cual atenta contra la moral y las buenas costumbres, y encaja en lo consignado en el Artículo 62, numerales 2 y 3, del C.S.T.

Es un hecho entonces, de acuerdo con las pruebas antes reseñadas que en el juicio se demostró que la demandante incurrió en un proceder irregular en el desempeño de sus funciones, lo cual se constituye en faltas graves que no pueden calificarse de otra forma a como lo hizo la empresa demandada al desvincularla de su relación laboral, pues en efecto incurrió dentro de las causales legales que facultan al empleador para dar por terminado con justa causa el respectivo contrato de trabajo, ya que incumplió con sus deberes y obligaciones.

Se debe tener en cuenta, que no existe obligatoriedad de agotar un procedimiento disciplinario previo a la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, y su ausencia en manera alguna vicia o afecta de validez el despido, pues por sabido se tiene, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha indicado que el despido no es una sanción disciplinaria por lo que no es necesario el adelantamiento previo a éste de un proceso disciplinario, máxime cuando como ocurre en el sub lite no se acreditó la existencia de norma convencional o de reglamento interno del trabajo, que así lo dispusiera.

Así entonces, las situaciones que rodearon la desvinculación de la demandante, se comprobaron con fuerza de plena prueba y por consiguiente generan en esta Sala la convicción inequívoca acerca de que el despido de que fue objeto la actora, se soportó en causales legalmente establecidas como justas. No sobra insistir, en que el despido como una decisión autónoma del empleador no se equipara a una sanción disciplinaria y en esa medida no se pueden exigir trámites previos, salvo

demostrar la conducta irregular de la trabajadora, que en este caso quedó acreditada.

Sobre el tema en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 260 – 2019, del 30 de enero de 2019, precisó:

“Además, debe reiterarse que en el sub lite, el vínculo laboral cesó por el incumplimiento de las obligaciones del trabajador, razón por la cual, bajo ninguna circunstancia, se requería de la autorización del Ministerio del Trabajo para proceder al despido.

*En efecto, en reciente pronunciamiento sobre la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL1360-2018), la Corte Suprema de Justicia señaló que: (i) la prohibición establecida en dicho precepto se refiere a despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que **es legítima la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa;** (ii) si en un proceso laboral, el trabajador acredita su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario, y (ii) la autorización del inspector del trabajo se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades sea incompatible e insuperable con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, de modo que la omisión de dicha obligación implica la ineficacia del despido y el pago de los salarios, prestaciones y sanciones establecidas en la ley.”*

Aunado a lo anterior, para que el trabajador se haga acreedor a la protección legal, debe demostrar que cumplió con todas las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, entre las que se encuentran el ejercer en debida forma las actividades para las que fue contratado, bajo los parámetros y en las condiciones estipuladas por su empleador, y demostrar que el despido fue derivado de su condición de salud, discapacidad o debilidad manifiesta, situación esta última, que no fue probada en el trámite del proceso.

Por las anteriores razones procede la absolución de las condenas pretendidas por despido sin justa causa y con ocasión a la violación del

Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como ya se ha expresado, lo cual exonera a la Sala de cualquier otro estudio, como quiera que las pretensiones condenatorias estaban condicionadas a la declaratoria de despido injusto. Por lo anterior, esta Corporación habrá de revocar la sentencia recurrida y en su lugar se absolverá a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la actora.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, las de primera instancia se revocan.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

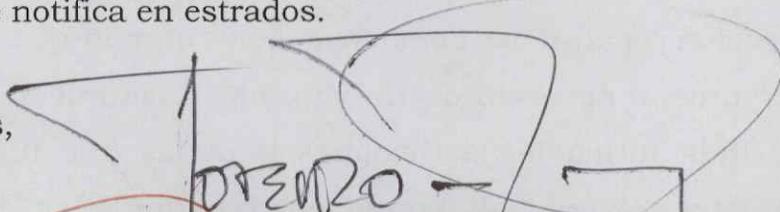
RESUELVE:

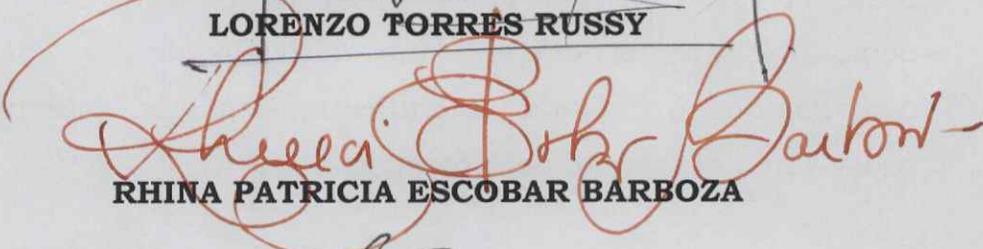
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de julio de 2019, conforme se expuso en las motivaciones, y en su lugar Sse ABSUELVE a la demanda BANCOLOMBIA S.A., de todas las pretensiones de la actora MAVIR MARIÑO DÍAZ.

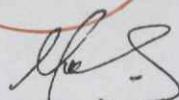
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia en contra de la recurrente MAVIR MARIÑO DÍAZ. Las de primera instancia se revocan.

Esta decisión se notifica en estrados.

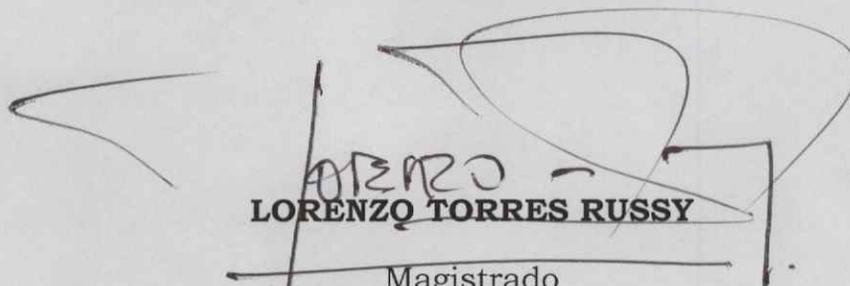
Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

INCLÚYANSE en la liquidación de costas, como agencias el derecho a cargo de la parte demandante la suma de \$350.000.


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

Ultima hoja del proceso ordinario 003-2015-00034 promovido por MAVIR MARIÑO DIAZ vs BANCOLOMBIA S.A.

11





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CESAR AUGUSTO HENAO BELTRAN contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 009 2018 00071 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 concedido a favor de PROTECCIÓN Y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de julio de 2019.

Igualmente se advierte que la apoderada de la parte demandante presento escrito de alegaciones, aduciendo que el Fondo Privado de pensiones, falto al deber de información, el que debe estar presente al momento del traslado.

Por su parte COLPENSIONES insiste en sus alegatos que no existen elementos de convicción que den cuenta de la configuración de algún vicio en el consentimiento, para calenda en que la actora realizo su afiliación al RAIS.

Finalmente, PROTECCION S.A. alegó que la actividad que realiza es lícita y autorizada por la Ley, y que dentro de tales parámetros su objeto se lleva a cabo en beneficio de sus afiliados, como quiera que se obtienen unos rendimientos que fortalecen su capital.

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

I. ANTECEDENTES

El señor CESAR AUGUSTO HENAO BELTRAN, pretende que se declare la ineficacia de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PROTECCION S.A. ante la omisión en el deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro, junto con los rendimientos, frutos e intereses y se condene a esta última entidad a activar la afiliación en el régimen que administra y reconocer la pensión de vejez de conformidad con lo previsto en el artículo 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. Sustento sus pretensiones, en que nació el 04 de diciembre de 1962, aseguró que realizó cotizaciones al Seguro Social por más de 12 años, reuniendo un total de 554,70 semanas de cotización. Que en el año 1997 se trasladó al RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A., sin que esta entidad la comunicara o informara sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional. Finalmente aseguró que el 05 de diciembre de 2017, presentó petición ante las entidades convocada a juicios, a fin de retornar al RPM.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 66-70 del plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que el traslado que efectuó la demandante al RAIS, fue libre y voluntario, sumado a que el asesor del fondo privado le suministro información detallada, clara, precisa y oportuna, respecto de los efectos jurídicos del cambio de régimen pensional. Propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y

ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, buena fe, prescripción, compensación, innominada o genérica.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 83-91, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que efectuó la demandante al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y espontánea y con el debido cumplimiento de las formalidades prescritas en la Ley 100 de 1993, sumado a que dicha actuación estuvo acompañada de la información necesaria. Propuso entre otras las excepciones de eficacia del traslado del régimen de Prima Media al RAIS, no pertenecer la demandante el grupo de personas que pueden regresar el RPM, inexistencia de nulidades, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen realizado por el demandante CESAR AUGUSTO HENAO BELTRAN entre el RPM representado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS representado por ING hoy PROTECCIÓN, el 25 de julio de 1997.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a trasladar a la ADINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de Ahorro Individual del señor CESAR AUGUSTO HENAO BELTRAN, sin descuento alguno por gatos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia y se ordenara a COLPENSIONES a reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SE DECLARAN no probadas las excepciones de prescripción, eficacia del traslado del régimen de Prima Media al

RAIS, imposibilidad de declaratoria de nulidad, imposibilidad jurídica de efectuar la afiliación en el RPM, propuestas por las demandada en sus contestaciones.

QUINTO: *Lo serán a cargo de la demandada PROTECCION S.A Y COLPENSIONES, tásense conforme al Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en la suma de un SMLVMM a cada una.*

El A-quo argumento que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y teniendo en cuenta las sentencias SL12136 de 2014, SL17595 de 2017, SL2372 de 2018 y SL 1688 de 2019, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó el actor al Régimen de Ahorro Individual, al no haber demostrado el fondo de pensiones, que para la fecha en que se efectuó la vinculación, hubiese impartido información sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional.

IV. RECURSO DE APELACION PROTECCIÓN S.A.

En síntesis alegó que la decisión adoptada por el actor, referente al traslado de régimen pensional, fue libre, voluntaria, espontánea, con capacidad y consentimiento. Adujo que siempre ha actuado de conformidad con los parámetros legales, además de tener un objeto y causa lícita, por lo que durante su gestión como administradora de los dineros del demandante, desplegó una gestión tendiente a generar unos rendimientos, razón por la cual considera que ordenar la devolución de los gastos de administración y rendimientos sería un tipo de sanción. Finalmente señaló que no se debió emitir condena en costas, ya que no ha violado la ley, sino por el contrario el criterio adoptado por el juez de declarar la ineficacia, se basó en precedentes jurisprudenciales.

V. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Indicó: *“frente a la decisión proferida por su despacho de declarar la ineficacia del traslado efectuado por el señor Cesar Augusto Henao del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, y a su vez por la condena en costas a cargo de mi representada, esto teniendo en cuenta en*

primer lugar no pudo probarse la omisión o falta de información que aduce el demandante por parte de ING hoy PROTECCIÓN en el momento en que efectuó el traslado y por el contrario en el plenario se encuentra el formulario de afiliación que fue suscrito por el demandante donde se corrobora la voluntad libre y espontánea de efectuar dicho traslado y su conformidad con las condiciones que allí se establecieron. Ahora bien, es importante mencionar que a mi representada no le consta las circunstancias de modo y tiempo en las cuales se brindó la asesoría en el Régimen de Ahorro Individual, es cierto también que ante mi representada dicho traslado se encuentra ajustado a derecho y como prueba de ello y para la fecha en que se efectuó el traslado, pues solo correspondía demostrar que el formulario de afiliación se diligenciara correctamente y con esto se aduce que la información se brindó conforme con lo que la ley exigía para ese momento, teniendo en cuenta lo anterior señora juez y no siendo atribuible a mí, la responsabilidad de mi representada de la información brindada por el asesor de ING hoy PROTECCIÓN en el momento en que el demandante efectuó el traslado, y teniendo en cuenta que ante mi representada según los documentos obrante en el expediente el traslado se realizó de acuerdo a los parámetros que la ley exigía para el momento solicito respetuosamente se revoque la condena impuesta a cargo de mi representada

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

Para el efecto se expone lo siguiente:

**NATURALEZA DEL ACTO JURIDICO DE AFILIACION,
OBJETIVOS Y EFECTOS.**

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

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

Debe resaltarse, que la escogencia del régimen pensional no 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 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:

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

142

consejo y doble asesoría.	2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	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 en el presente caso año 1997 -folio 13 y 81)**, se convierten en variables determinadas tanto por los cambios introducidos en la ley 797 de 2003, como por la verificación ya en concreto de las variables económicas que incidieron sobre los rendimientos financieros de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, que determinan el monto de la pensión en forma concreta.

Sobre la aplicación de la Ley en el tiempo, ha reiterado la jurisprudencia Sala de Casación Laboral, que las normas bajo las cuales se juzgan los actos jurídicos son las vigentes al momento de su ocurrencia, que en el caso del demandante corresponden a las vigentes en el año 1997 en que realizó su afiliación al RAIS (folio 13 y 81), 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 del demandante, vale la pena hacer su transcripción:

LEY 100 DE 1993.

ARTICULO 13 b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

Por su parte el Decreto 663 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero - de 1993, en el artículo 97 numeral 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 periodo 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

144

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 pérdida de régimen de transición, porque no existían ni las administradoras ni la Ley 100 de 1993.

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

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia 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 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 relatoria.)

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 recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

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

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada 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 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 rescindir, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa».

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

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

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

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

expresamente el artículo 1748: «La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

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

A diferencia de lo que ocurre con el artículo 897 del Código de Comercio, que deja vacío el efecto de la ineficacia, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, incorpora: El derecho protegido; la autoridad competente para determinar las conductas atentatorias del mismo; las multas y efectos respecto a la afiliación y, dispone que en tal caso podrá hacerse una nueva.

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

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

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

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

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral,

157

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 287. ACTIVIDADES PROPIAS DE LOS INTERMEDIARIOS EN LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL. *Las Entidades de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud y las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía y/o de Pensiones*

podrán realizar las actividades de promoción y ventas, la administración de la relación con sus afiliados, el recaudo, pago y transferencia de los recursos por intermedio de instituciones financieras, intermediarios de seguros u otras entidades, con el fin de ejecutar, las actividades propias de los servicios que ofrezcan.

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

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

En esta norma, a diferencia de las que cita la jurisprudencia en el marco del deber de información de las AFP, en lo que se denominó primera etapa; 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 1997, en que el afiliado 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, dejó 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

155

hoy cotizan pueden llegar a ser subsidiados en el futuro cuando satisfagan sus requisitos pensionales.

7.10. En ese sentido, la disposición demandada tiene por objetivo concretar el principio de solidaridad en el sistema pensional, a la par que es un mecanismo que se utiliza para otorgar un equilibrio al sistema lo que revierte en su sostenibilidad, todo lo cual constituye una finalidad importante, además de ello es adecuada, en tanto lo que se busca al fijar las 50 semanas -que corresponde en los cálculos actuariales a un año- **es incentivar la permanencia en la cotización, que como se ha insistido es determinante para la ampliación de recursos en el régimen de prima media con prestación definida. Más tiempo cotizando supone más recursos para financiar las obligaciones ya causadas y esto hace que la medida sea adecuada.**

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

7.12. La claridad de la disposición y la finalidad que la misma incorpora, tal como se ha explicado, permiten sostener que el legislador no afectó ningún derecho fundamental y que, por el contrario, utiliza ese mecanismo, en atención a su amplio margen de configuración, para hacer viable el régimen de prima media, permitiendo su estabilidad y de ese modo efectivizar la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, su ampliación progresiva a sectores menos favorecidos, que tienen limitación en mantener cotizaciones constantes y por ende que son susceptibles de quedar desprovistos de protección durante la vejez. Es decir, a la par que asegura la sostenibilidad financiera del sistema, promueve los principios de universalidad y solidaridad, sin vulnerar el contenido del artículo 48 constitucional. De allí que el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 deba declararse exequible.

De las normas citadas, resulta evidente que los perjuicios ocasionados por las AFP por razón de sus acciones u omisiones al momento de la afiliación, los debe asumir la respectiva administradora, de conformidad con las normas vigentes al momento 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 del demandante y la ausencia de participación de Colpensiones en el acto de traslado, y la falta de demostración de perjuicios a cargo de PROTECCION S.A., como resulta evidente de los siguientes medios:

Del documento visible a folio 13 y 81, se corrobora que el demandante se vinculó al RAIS administrado en su momento por ING actualmente PROTECCION S.A., el 25 de julio de 1997.

Por otra parte, según da cuenta el memorial visible a folio 82, el día 30 de noviembre de 2014, el Fondo de Pensiones pretendió suministrar una "reasesoría pensional" al actor, sin que ello hubiere sido posible por falta de disponibilidad del afiliado.

Adicionalmente, el traslado se efectuó en el año 1997, y solo hasta el 2017 (folio 11, 13-81), el 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 súplicas 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 PROTECCION S.A. y de Colpensiones S.A., esta última porque ni patrocinó su traslado, ni intervino en el 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 revocaran las condenas impuestas a PROTECCIÓN S.A., por ausencia de la demostración de perjuicios causados con ocasión de la afiliación, a la luz de lo dispuesto el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y, se revocaran las condenas impuestas a Colpensiones, por ser ajena a la decisión de traslado de régimen tomada por el afiliado y a las invocadas deficiencias en el deber de información, 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 se revocan y se imponen al demandante.

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 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 del demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de julio de 1997, fecha del traslado a ING actualmente PROTECCIÓN S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCA la condena apelada e impuesta a PROTECCIÓN 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, 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 del actor al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de

150

la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral del demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no 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 se revocan y se imponen al demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

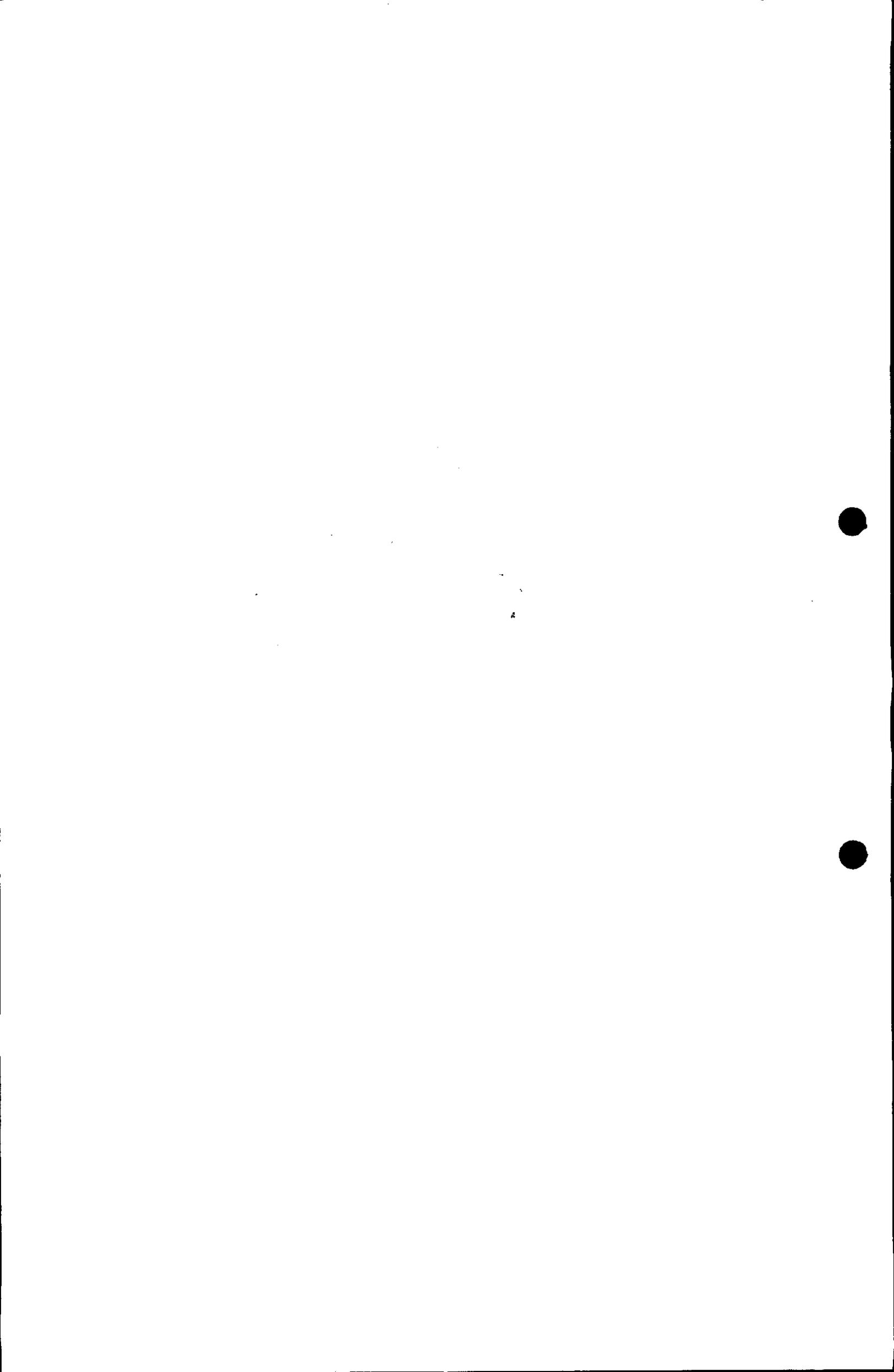
OTENZO
LORENZO TORRES RUSSY

Patricia Escobar Barboza
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Marceliano Chávez Ávila
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de voto)

Salvador Almonacid

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.° 009-2018-00071-01, promovido por Cesar Augusto Henao Beltrán contra Colpensiones y otro (revoca condenas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.)



159



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

Radicación 09-2018-00071-01

**DEMANDANTE: CESAR AUGUSTO HENAO BELTRÁN
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**



160



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 09-2018-00071-01

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

DEMANDANTE: CESAR AUGUSTO HENAO BELTRÁN
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO : APELACIÓN COLPENSIONES Y PROTECCIÓN SA // 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 y Protección SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de julio 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 108 a 109), así como Colpensiones (folio 110 a 112) y Protección SA (folios 126 a 127) 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) **CESAR AUGUSTO HENAO BELTRÁN** instauró demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **AFP PROTECCIÓN SA**, debidamente sustentada como aparece a folios 22 y 23 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

- La ineficacia del traslado de la afiliación en el régimen de ahorro individual en pensiones del señor **CESAR AUGUSTO HENAO BELTRÁN**, administrado por la **AFP PROTECCIÓN SA**, por cuanto la misma careció de información en el cambio de régimen pensional, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa, comprensible la manera de cómo estaba diseñado el RAIS, incumpliendo el deber de información detallada que generara el **CONSENTIMIENTO INFORMADO**, en la asesoría de cambio de régimen y durante la permanencia de este.
- Trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos que actualmente tiene en la **AFP Protección SA**, con destino a **Colpensiones** por cuanto la afiliación al régimen de prima media queda nuevamente vigente.
- El reconocimiento de la pensión de vejez ante **Colpensiones**, de conformidad con el artículo 33 y 34 de la Ley 100 de 1993.



161

Condenatorias:

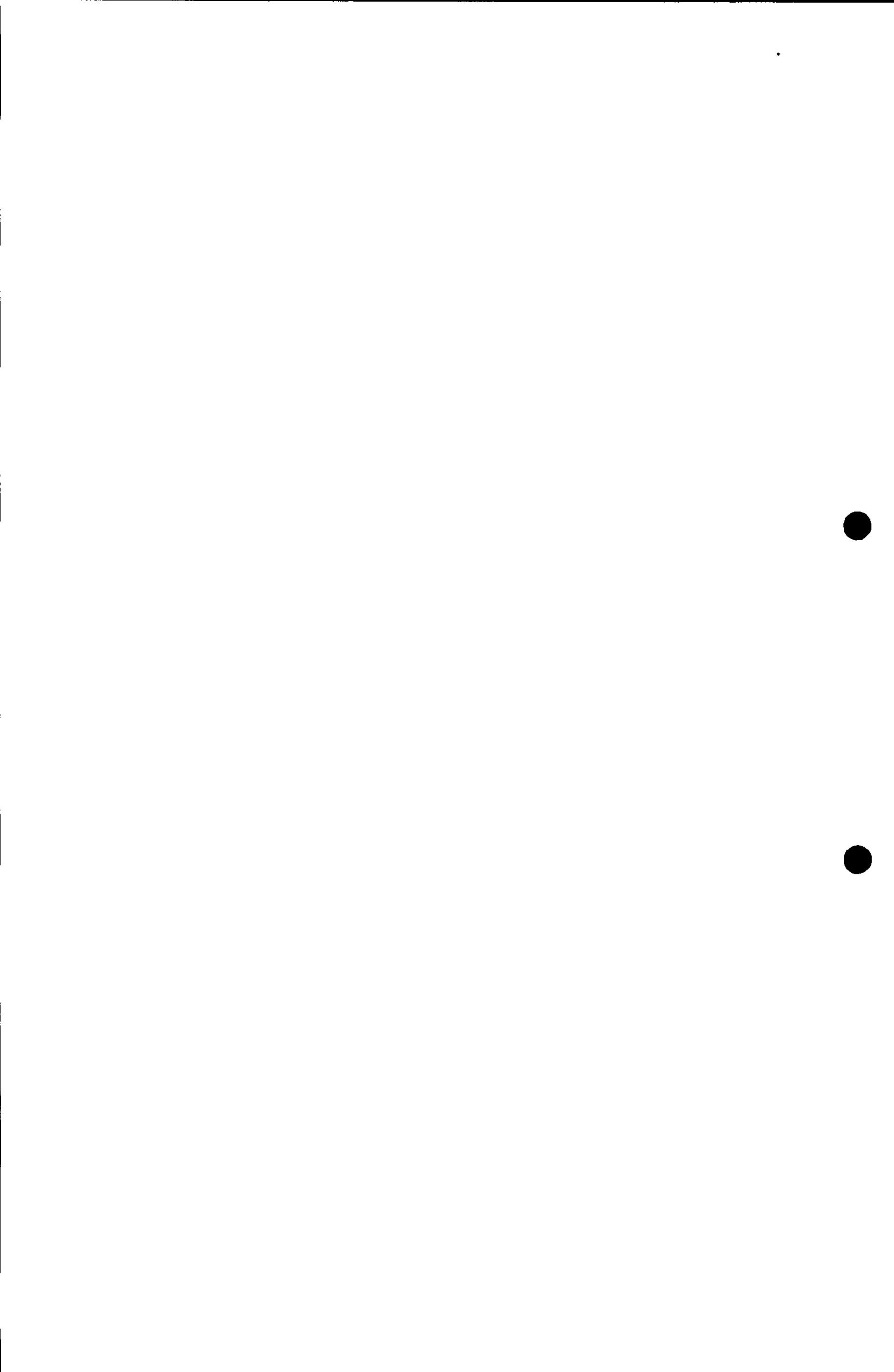
- A la AFP Protección SA a trasladar todos los aportes, rendimientos, frutos e intereses efectuados por el señor CESAR AUGUSTO HENAO BELTRÁN junto con todos sus rendimientos a Colpensiones.
- A Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.
- A Colpensiones a aceptar y recibir el traslado de los aportes del actor.
- A Colpensiones a reconocer la pensión de vejez establecida en los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls. 66 a 70) y Protección SA (fls 71 a 91), de acuerdo al auto visible a folio 92. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El JUZGADO 9° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 26 de julio de 2019, Declaró la ineficacia de traslado del régimen realizado por el demandante CESAR AUGUSTO HENAO BELTRÁN entre el RPM representado en ese entonces por el ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS representado por ING hoy PROTECCIÓN SA el 25 de julio de 1997. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN SA a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del señor CESAR AUGUSTO HENAO BELTRÁN, sin descuento alguno por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia y ordenó a Colpensiones a reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en la demanda. Declaró no probadas las excepciones de prescripción, eficacia del traslado del régimen de prima media al RAIS, imposibilidad de declaratoria de nulidad, imposibilidad jurídica de efectuar la afiliación en el RPM, propuestas por las demandadas en sus contestaciones. Costas a cargo de la AFP Protección SA y Colpensiones, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una.

Protección SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que en primer lugar respecto de la decisión de trasladarse por parte del actor obedeció a una decisión libre y voluntaria que éste tomó, pues al momento de trasladarse, era una persona investida de capacidad y uso pleno de facultades para emitir su consentimiento. En segundo lugar, en lo que respecta a los gastos de administración, toda vez que la AFP demandada actuó con base en la Ley que rige la materia que desarrolla un objeto lícito y causa lícita, y que a lo largo de este proceso no se ha afirmado que la demandada violó la Ley, sino que en desarrollo de su objeto desplegó la actividad que tenía a su cargo, con el fin de cuidar los dineros del demandante, y procurar sanamente que éstos produjeran unos rendimiento en pro del demandante, de manera que si en este momento se priva a la AFP demandada de esos gastos de administración, se le estaría incluso sancionando por desarrollar su actividad que es lícita que ejecuta. Finalmente, en lo que tiene que ver a la condena en costas, Protección no ha violentado ninguna norma, por lo que se le está condenando con base en el desarrollo jurisprudencial, distinto a cuando una persona viola la Ley, o cuando su conducta no está acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales, y en este evento no habría condena en costas.

Así mismo, **Colpensiones** apeló el fallo, indicando que no se pudo establecer la falta de información que aduce el actor, por parte de Protección al momento en que se efectuó el traslado, por el contrario, dentro del plenario se encuentra el formulario de afiliación que fue suscrito por el mismo demandante, donde se corrobora la voluntad libre y espontánea de querer trasladarse de régimen pensional. Ahora, si bien a Colpensiones no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales le brindaron la asesoría al actor, lo cierto es que tal traslado se encuentra ajustado a derecho, y como prueba de ello, reposa el formulario de traslado, el cual fue diligenciado correctamente conforme lo exigía la Ley del momento. Por otro lado, manifiesta su inconformidad respecto de la condena impuesta a su cargo.



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 ING SA efectuado por el (la) señor (a) **CESAR AUGUSTO HENAO BELTRÁN** el día 25 de julio de 1997; 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 consecencialmente 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 ING SA, el 25 de julio de 1997, efectivo a partir del 1 de septiembre de 1997, posteriormente dada la cesión por fusión quedó afiliado a la AFP Protección SA a partir del 31 de diciembre de 2012 (fs. 81).

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 juridico 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 derechos 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. 66 a 70) y Protección SA (fls 71 a 91). COLPENSIONES SA: no aportó ningún elemento probatorio. Protección SA: historia laboral, historia de información laboral, historia de vinculaciones del SIAFP, asesoría pensional que data del 30 de noviembre de 2014.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de julio de 1997, 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) 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, 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 547,57 semanas cotizadas (fl. 76) y 32 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1962), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 60 años de edad (El traslado se efectuó con anterioridad a la Ley 797 de 2003) en el año 2020 (tendrá más de 1.000 semanas – fl. 76) 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 62 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 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 ING SA el 25 de julio de 1997, 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 PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente el apoderado de la parte demandada (COLPENSIONES) presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia.



La sala debe precisar que no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:
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

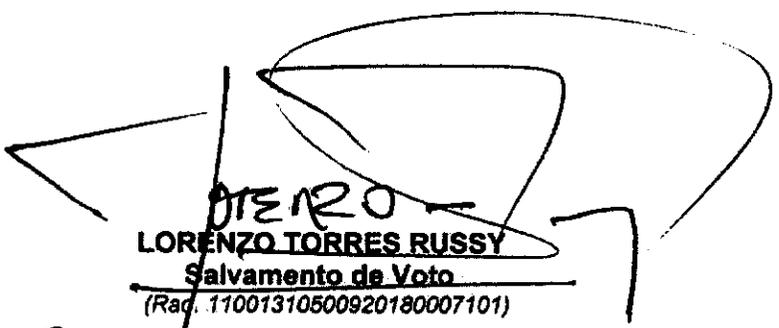
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2019 por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá.

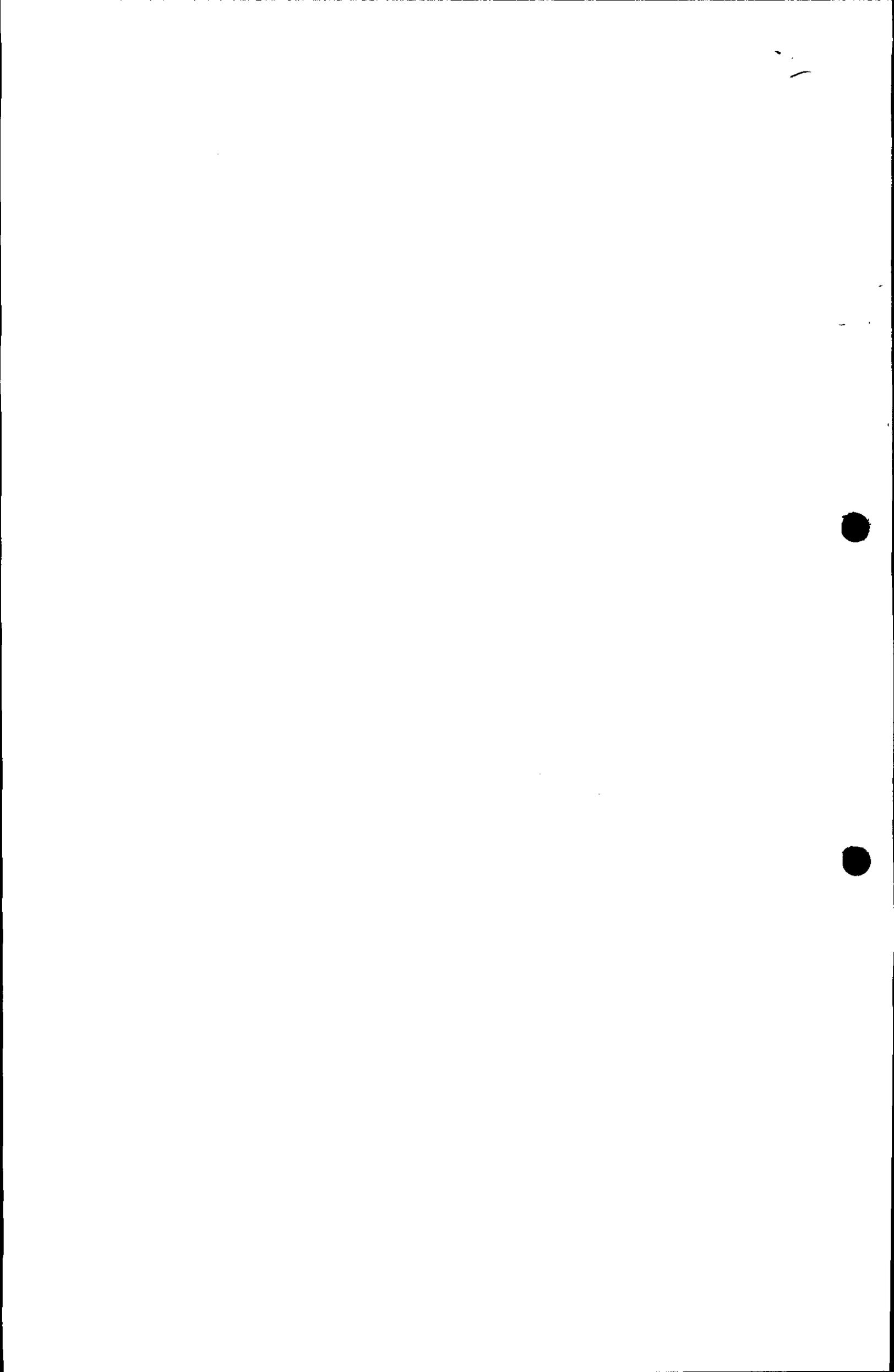
SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500920180007101)


LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310500920180007101)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto.
(Rad. 11001310500920180007101)





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MAURICIO IREGUI VILLALOBOS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

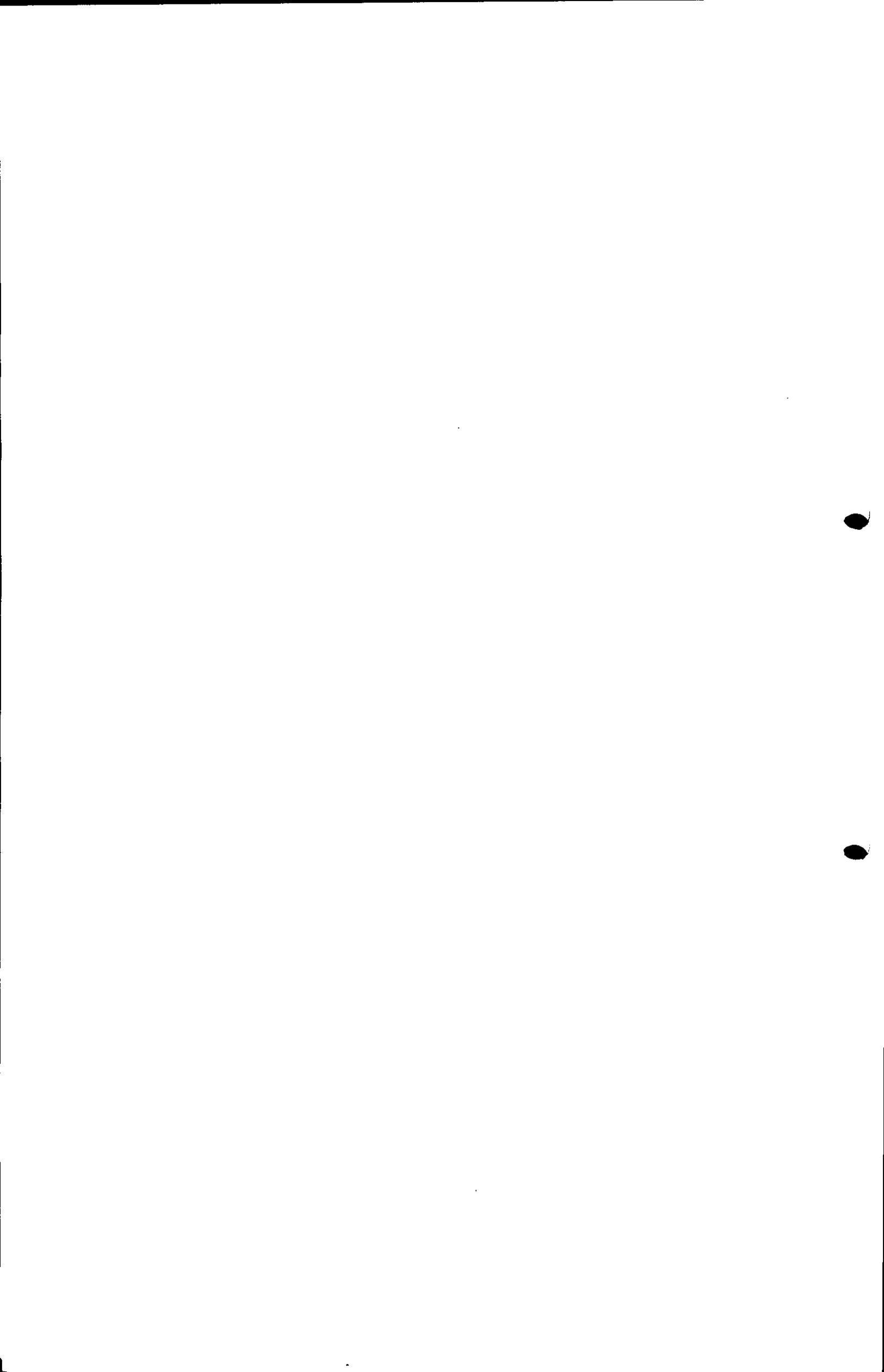
RADICADO: 11001 3105 017 2017 00264 01

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 14 de agosto 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.



presentado alguna nota de protesta, negación o falta de aceptación, que por el contrario las pruebas dan cuenta que fue el mismo accionante quien de manera voluntaria decidió efectuar el cambio de régimen pensional. Así mismo aseguró que el actor no cumplió con los requisitos previstos en la sentencia SU-062 de 2010, para retornar al RPM, en cualquier momento. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 98-103 mediante la cual se opone a las pretensiones, manifestando que sus asesores fueron diligentes y estuvieron siempre dispuestos a suministrar información y explicación al demandante respecto de las consecuencias legales y económicas, las ventajas y desventajas que conllevaba el cambio del régimen pensional. Propuso las excepciones de inexistencia de la causal de nulidad de la afiliación, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de agosto de 2019 el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

1. **DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y de prescripción propuestas por las demandadas en la forma expuesta en la parte motiva de esta sentencia. .
2. **DECLARAR** que la afiliación del Sr. Mauricio Iregui Villalobos, identificado con la C.C. 19.247.763 al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad RAIS, administrado por PROTECCION S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.
3. **DECLARAR** que el señor Iregui Villalobos, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a cargo de COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.



4. **ORDENAR** a la administradora de Fondos de Pensiones **PROTECCION S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, de conformidad con o expuesto en la parte motiva.
5. **ORDENAR a COLPENSIONES**, recibir ese traslado de fondos a favor del demandante señor Iregui Villalobos que efectuó en Protección S.A. y convalidarlos en su historia laboral para efecto de la suma de semanas a que hubiese lugar en ese régimen pensional..
6. **CONDENAR EN COSTAS** a las demandada. En firme esta providencia por Secretaria practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$800.000 m/cte
7. **SE DISPONE LA CONSULTA** de esta sentencia con la Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a favor de Colpensiones.

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumento que le correspondía al Fondo de Pensiones demostrar que impartió al demandante información necesario, suficiente y oportuna sobre las consecuencias ante el cambio de régimen, pero que ningún medio probatorio dio cuenta del cumplimiento de este presupuesto o actuación, razón por la que considero que había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación.

III. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Indicó: "Toda vez que atenderse el traslado del demandante al Régimen de Prima Media se está afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema que redundando en los principios de equidad e igualdad de los que realmente efectuaron aportes, materializado en la provisión legal de traslado, la que ya se encuentra el demandante, provisión ésta que no fue impuesta de manera caprichosa por el legislador y se encuentra declara exequible, si bien en cierto la Corte Suprema de Justicia ha impuesto el deber del buen consejo por parte de la administradoras, lo cierto es, que los afiliados tienen obligaciones no solo como afiliados sino también como ciudadanos, la información que extraña haber recibido el demandante se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, norma de conocimiento público por lo tanto no puede el



demandante, no puede utilizar la ignorancia de la ley como excusa, además el material probatorio recaudado en esta instancia, debe atenderse a su naturaleza escogiendo a lo desfavorece al demandante, quien en el interrogatorio de parte confeso haber recibido una asesoría por parte del fondo de manera eficiente, eficaz y oportuna, fundamentado el motivo de su descontento en el monto final de su mesada pensional que obedece a características propias del RAIS, máxime cuando ni siquiera ha solicitado pensión ante su administradora actual, es decir, no se evidencia ninguna vulneración o afectación a sus derechos a la seguridad social, el demandante ratifico además su deseo de permanecer en el sistema no solo por el transcurso del tiempo, no solo también porque ha realizado aportes voluntario de los cuales ha obtenido beneficios tributarios, razones por las cuales no estamos de acuerdo de que ahora se falle bajo la premisa de falta de información, cuando el demandante suscribió este acto jurídico siendo una persona capaz, con objeto y causa lícita, aunado al hecho que la prueba documental da cuenta de que recibió dicha información y esta documentación no fue tachada de falsa y goza de presunción de legalidad."

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social-*principio de consonancia y grado jurisdiccional de consulta-*, la Sala estudiará si COLPENSIONES, debe aceptar en el régimen que administra al demandante, por haberse declarado la ineficacia de la afiliación en el RAIS.

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.

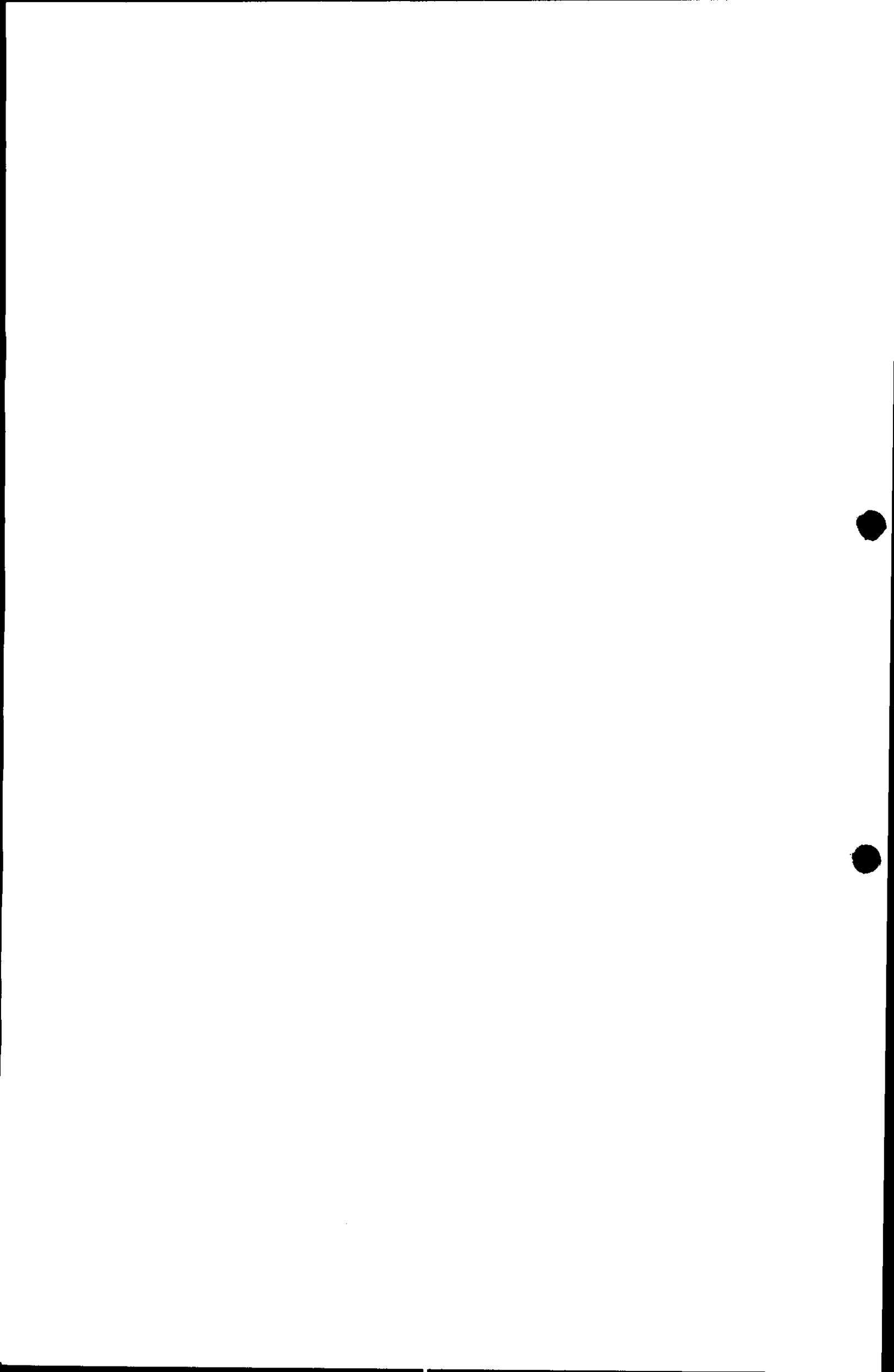
La permanencia y traslado de régimen no solo es un acto que impacta al afiliado en la forma como financiara su pensión, pues tal decisión afecta también en su conjunto las finanzas de uno y otro régimen. Al RPM porque en un sistema de reparto simple, el traslado de un afiliado implica una cotización 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 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.

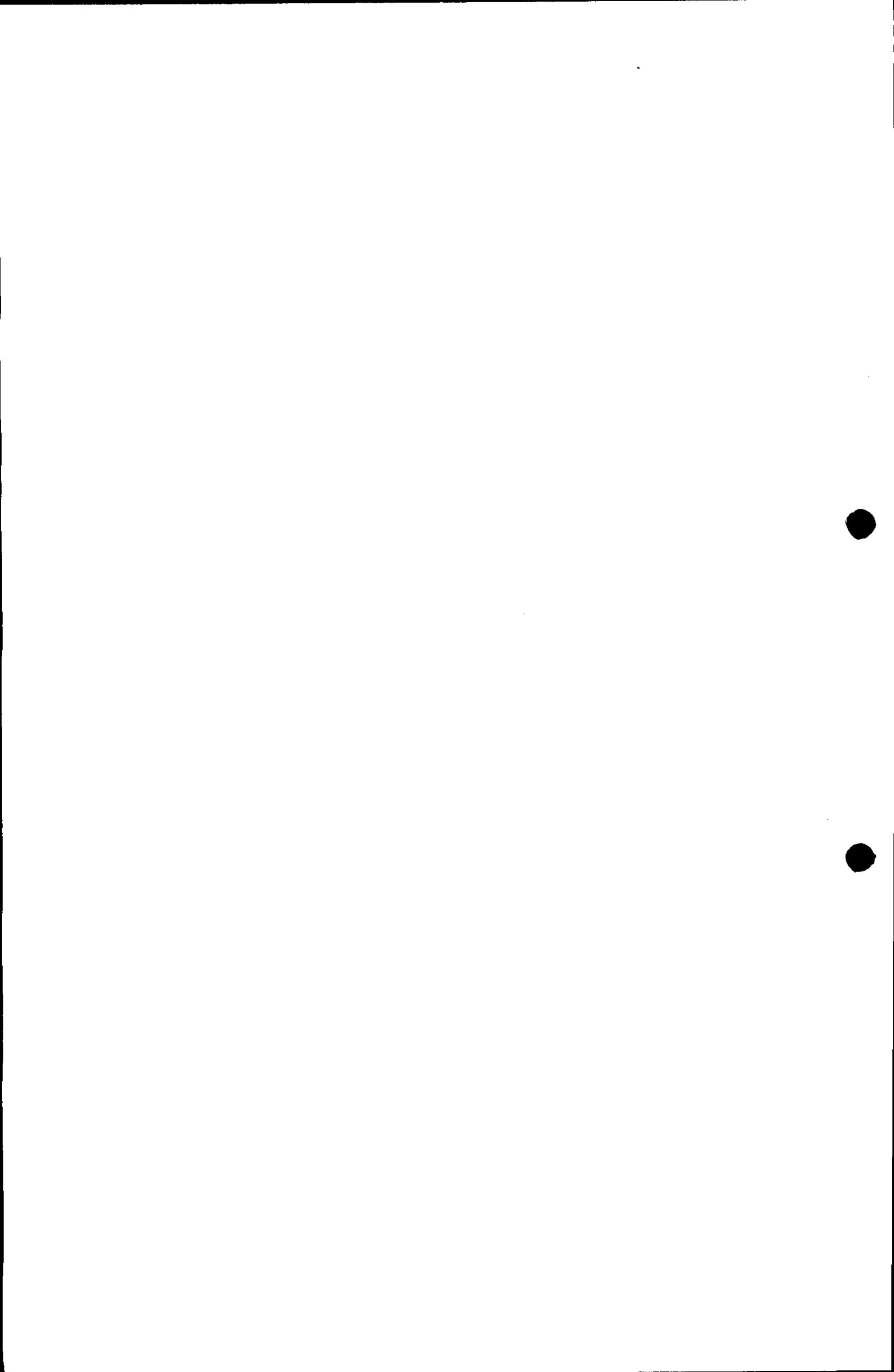
MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL FIJADO POR LA SALA DE CASACIÓN LABORAL PARA SUSTENTAR LA INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACION AL REGIMEN PENSIONAL.

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:



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



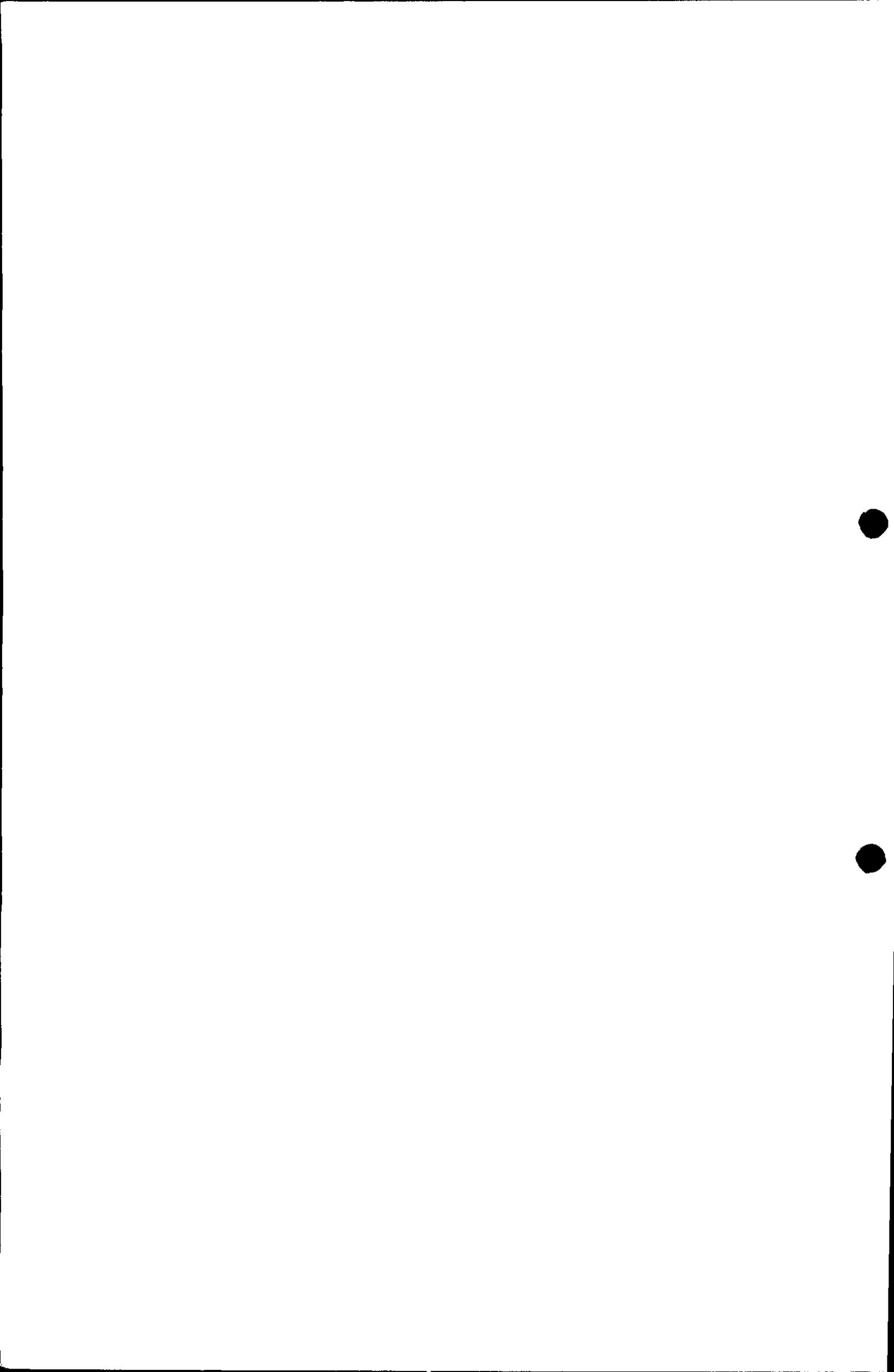
información sobre expectativas pensionales durante los primeros diez años de desarrollos legales y económicos que acompañaron la aplicación de la Ley 100 de 1993 y, otra muy diferente, suministrar información después de veinte años, cuando entre otras cosas el afiliado ya tiene cumplido el tiempo y las 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.

Sobre la aplicación de la Ley en el tiempo, ha reiterado la jurisprudencia Sala de Casación Laboral, que las normas bajo las cuales se juzgan los actos jurídicos son las vigentes al momento de su ocurrencia, que en el caso del demandante corresponden a las vigentes en el año 2001 en que realizó su afiliación al RAIS (folio 12), 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;



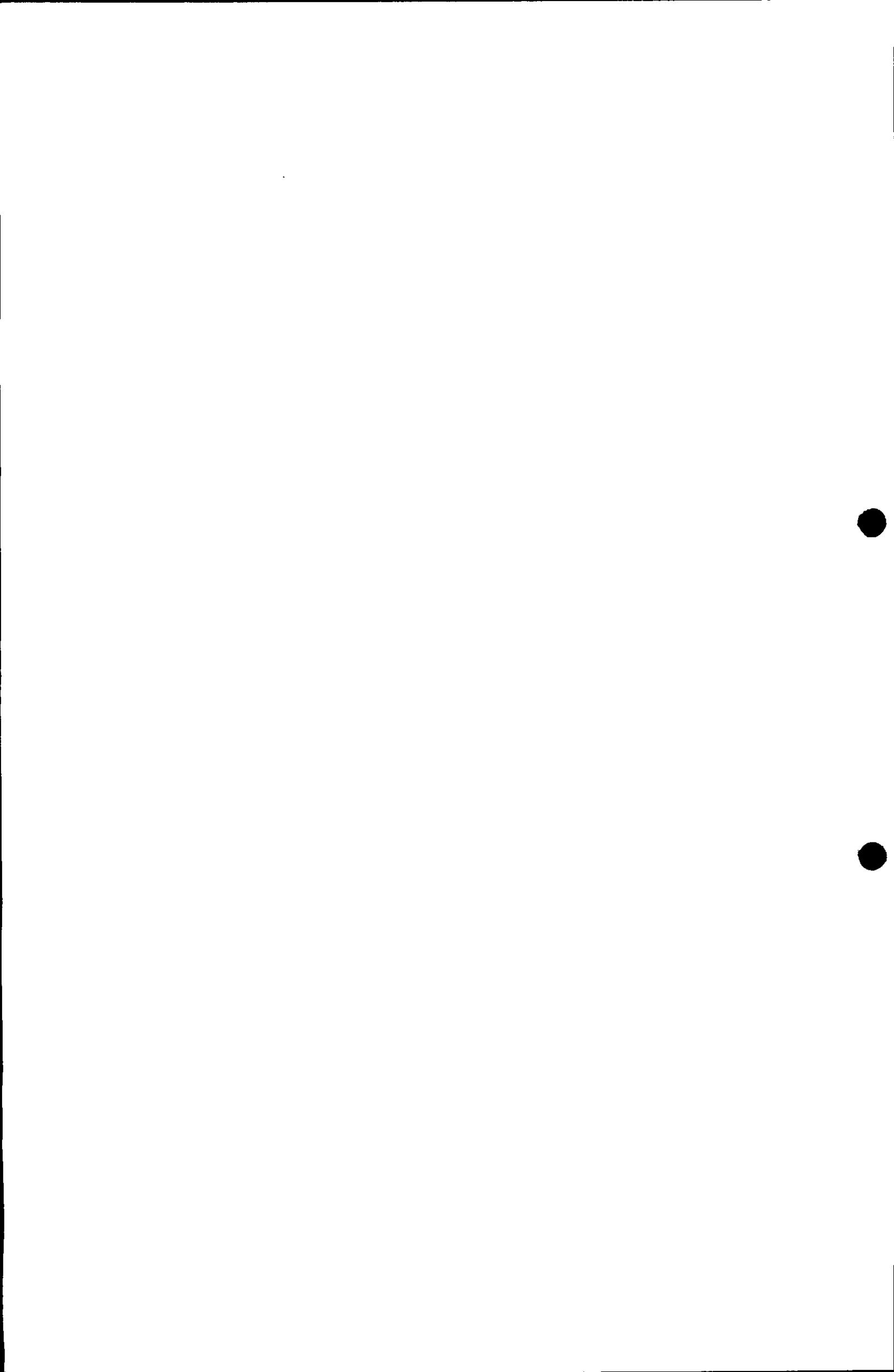
- i) Atender oportunamente las solicitudes de retiro de excedentes de libre disponibilidad, incluidas las correspondientes a retiros de aportes voluntarios, que deberán ser presentadas con no menos de seis (6) meses de antelación. El preaviso de que trata el presente artículo no es renunciable por parte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



120

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 levisima, 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 pérdida de régimen de transición, porque no existían ni las administradoras ni la Ley 100 de 1993.

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

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia 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.

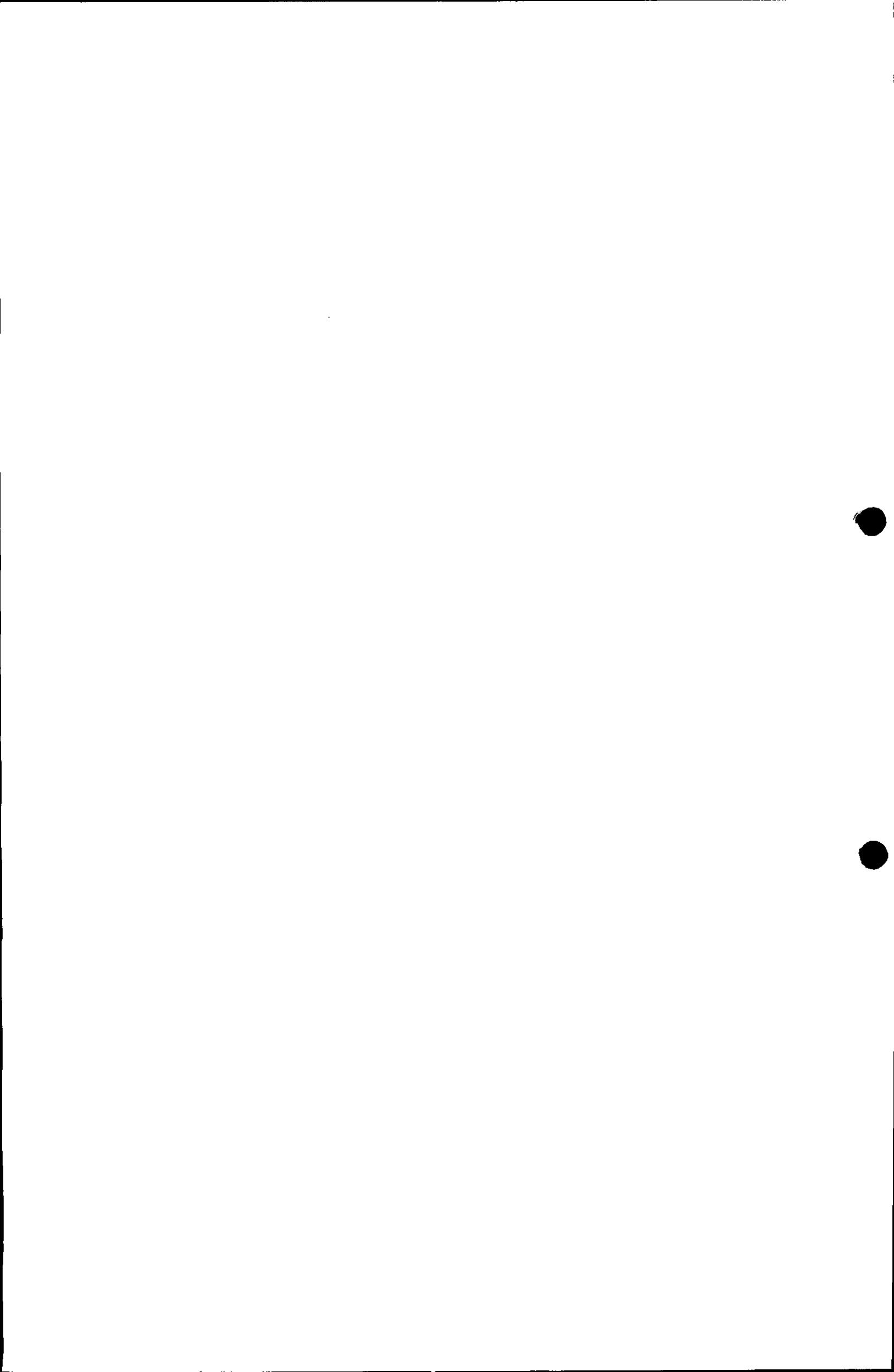
Tales efectos jurídicos sancionatorios requieren para su imposición, la declaración de una autoridad administrativa de las allí señaladas, que son las competentes para que se declare la violación, se imponga la multa y surja la consecuencia accesoria de dejar sin efecto la afiliación para dar paso a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

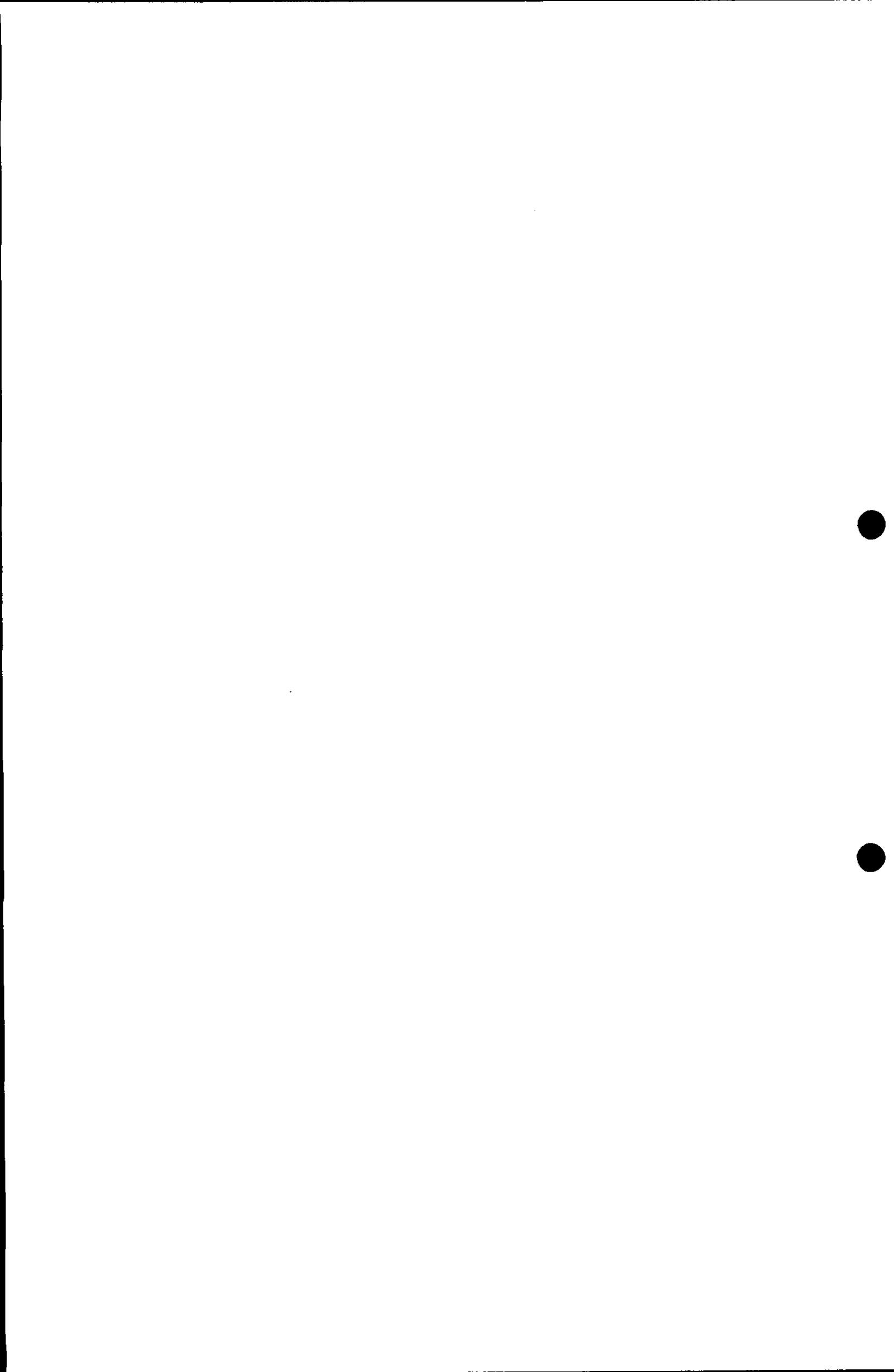
CAPITULO IV. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACION DE LOS PROMOTORES.

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 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.



193

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.



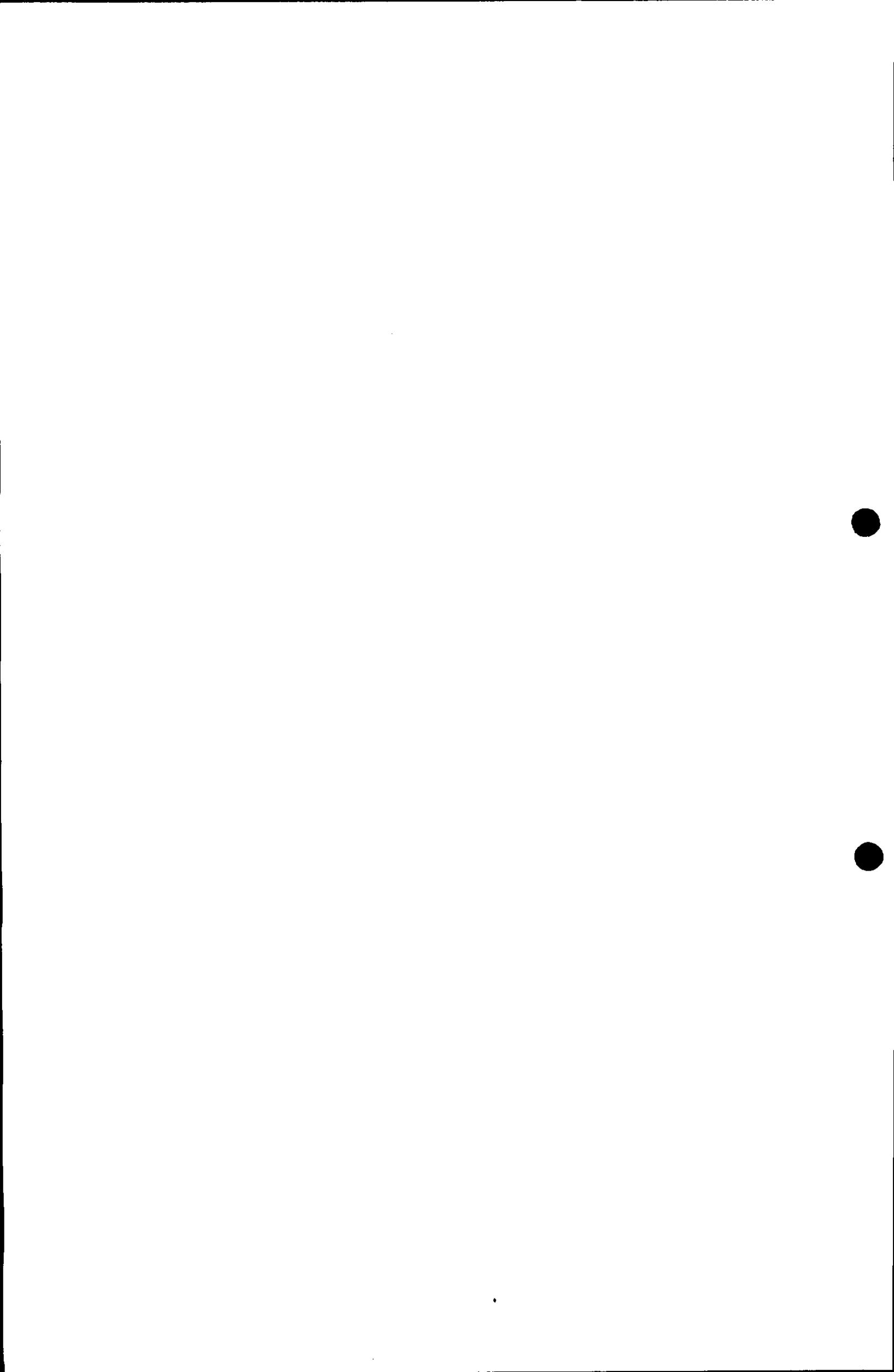
DEBIDO PROCESO-Concepto y alcance/DEBIDO PROCESO-Elementos integradores

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

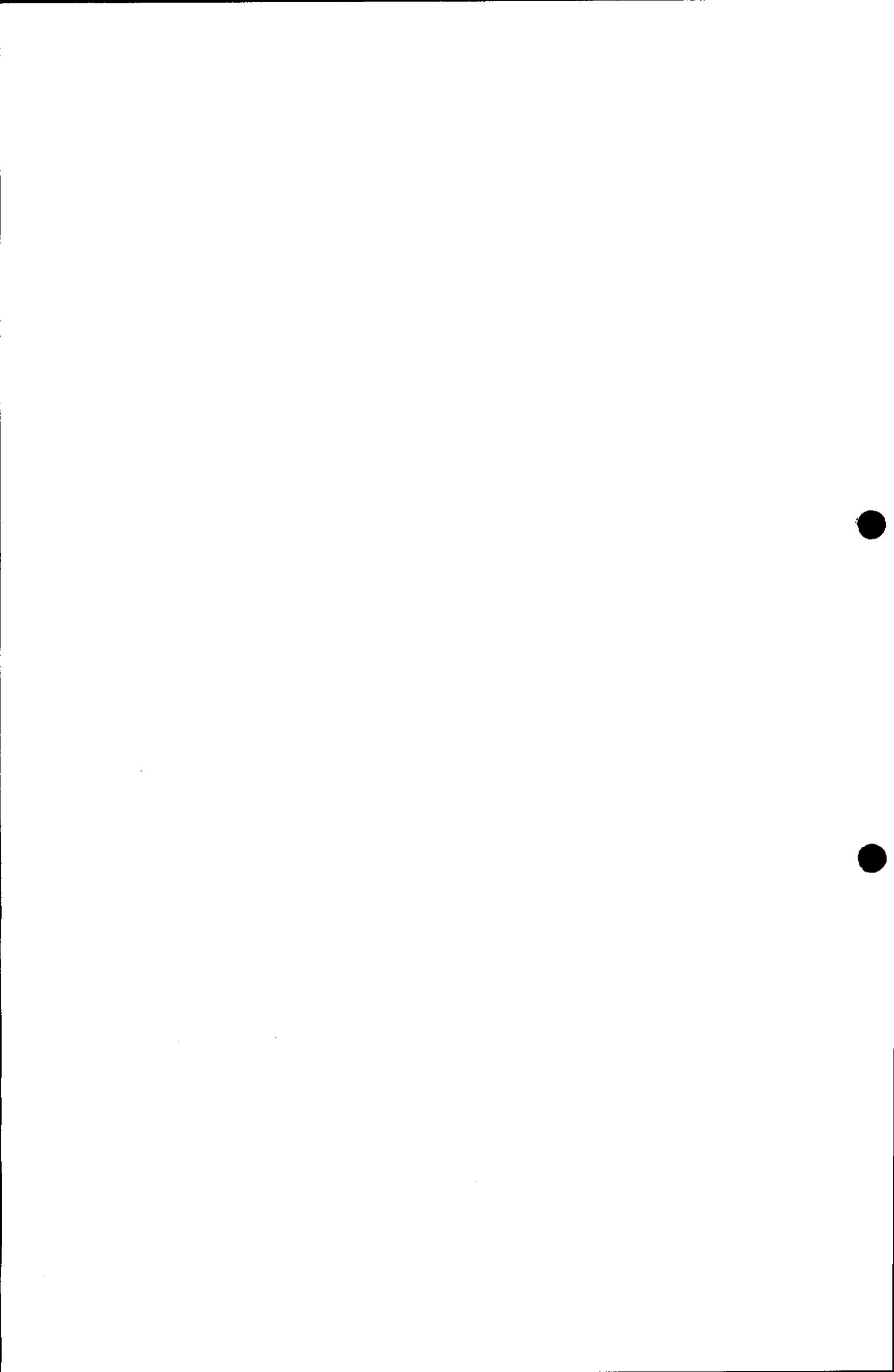
La reserva de ley es una manifestación del principio de democracia y de división de los poderes, el cual exige que ciertas materias deban ser directamente reguladas por el legislador mediante la expedición de leyes y no a través de regulaciones de menor jerarquía como lo son los decretos de carácter 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.



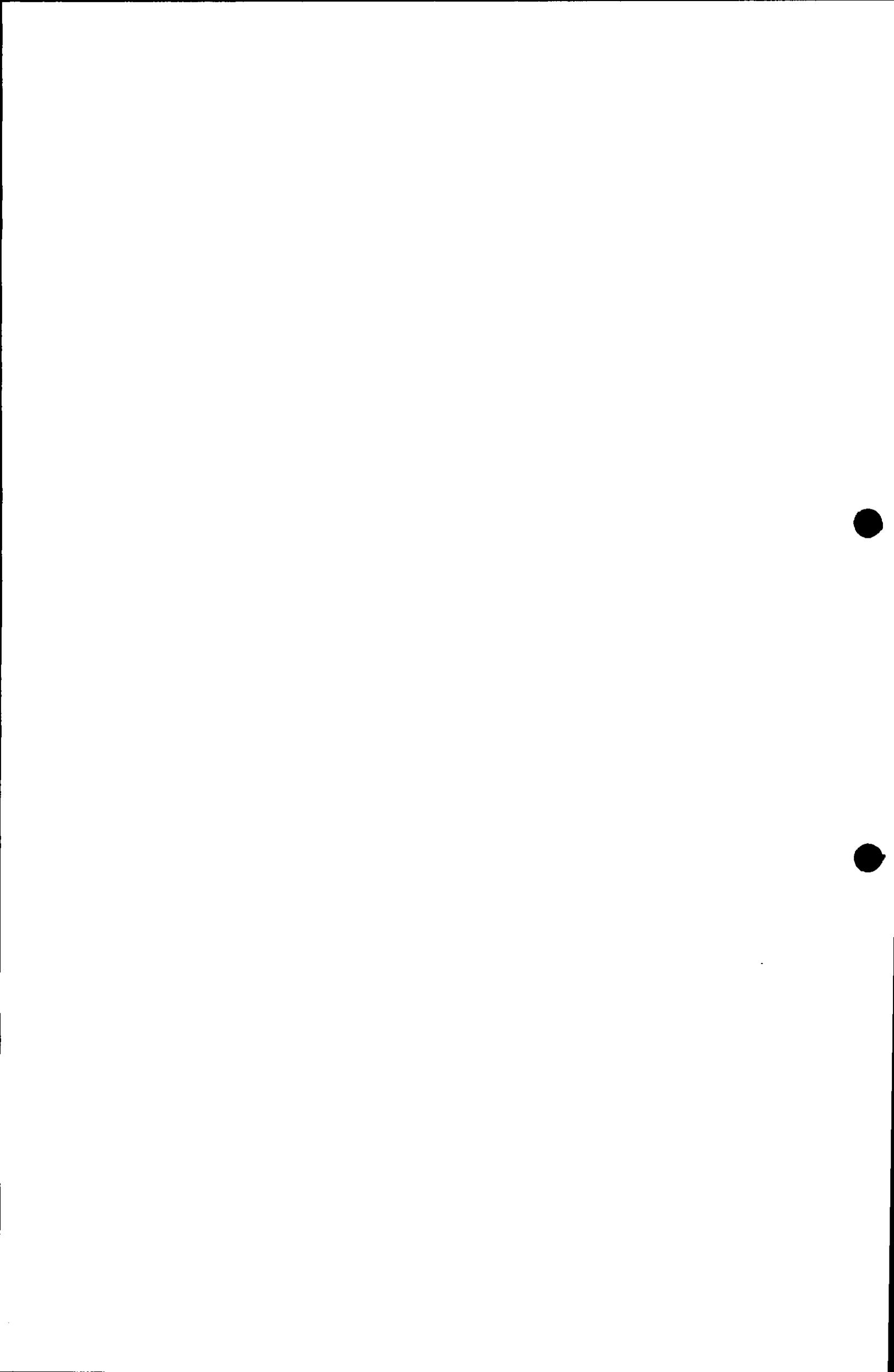
LEY MATERIAL-Materias sujetas a reserva

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:

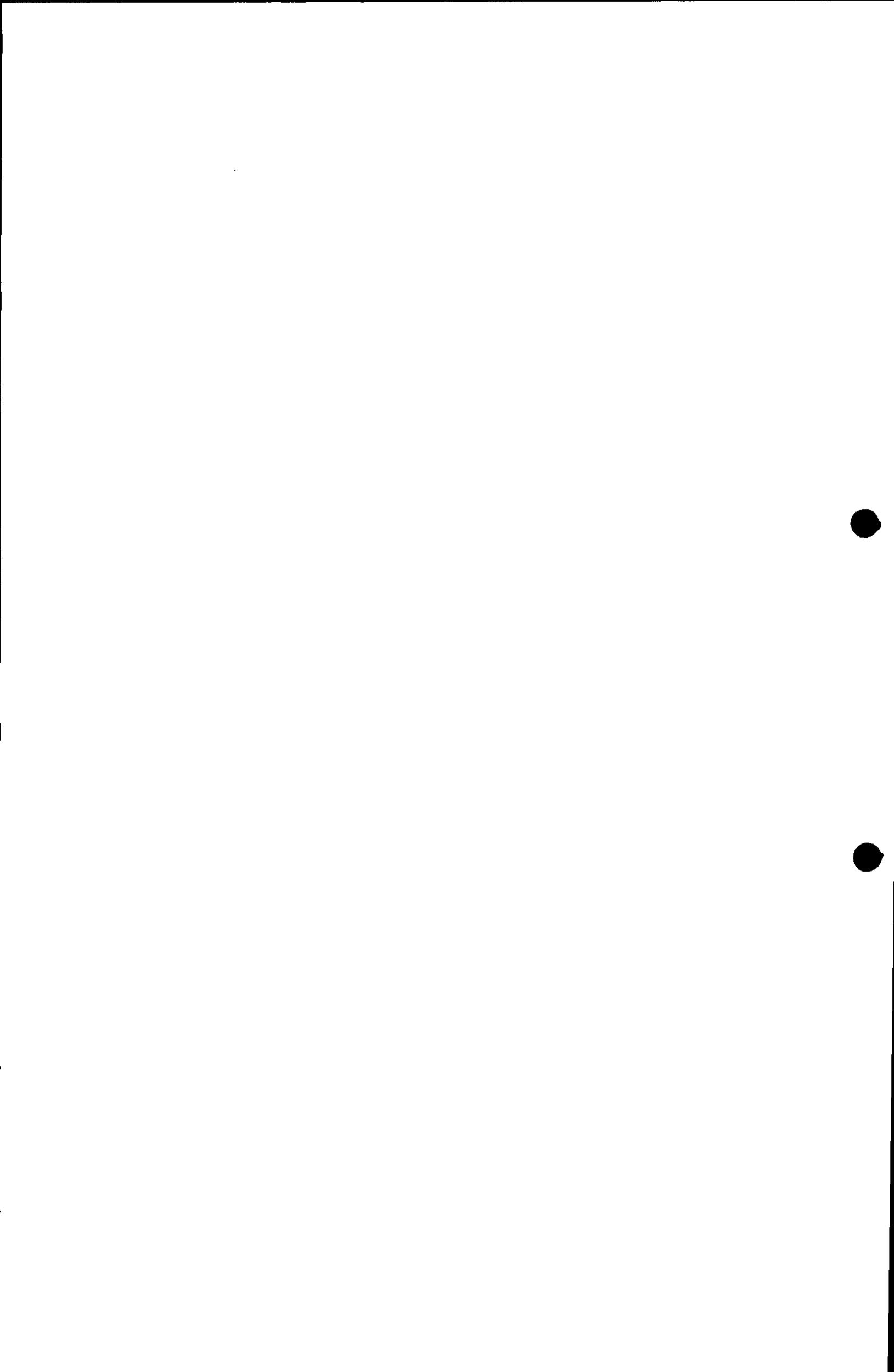
Así las cosas, y para dar respuesta a los planteamientos propuestos en la demanda de casación, vale recordar que la codificación que contiene las disposiciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de antaño, obtuvo independencia de las demás ramas del derecho, de manera tal que posee instituciones 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



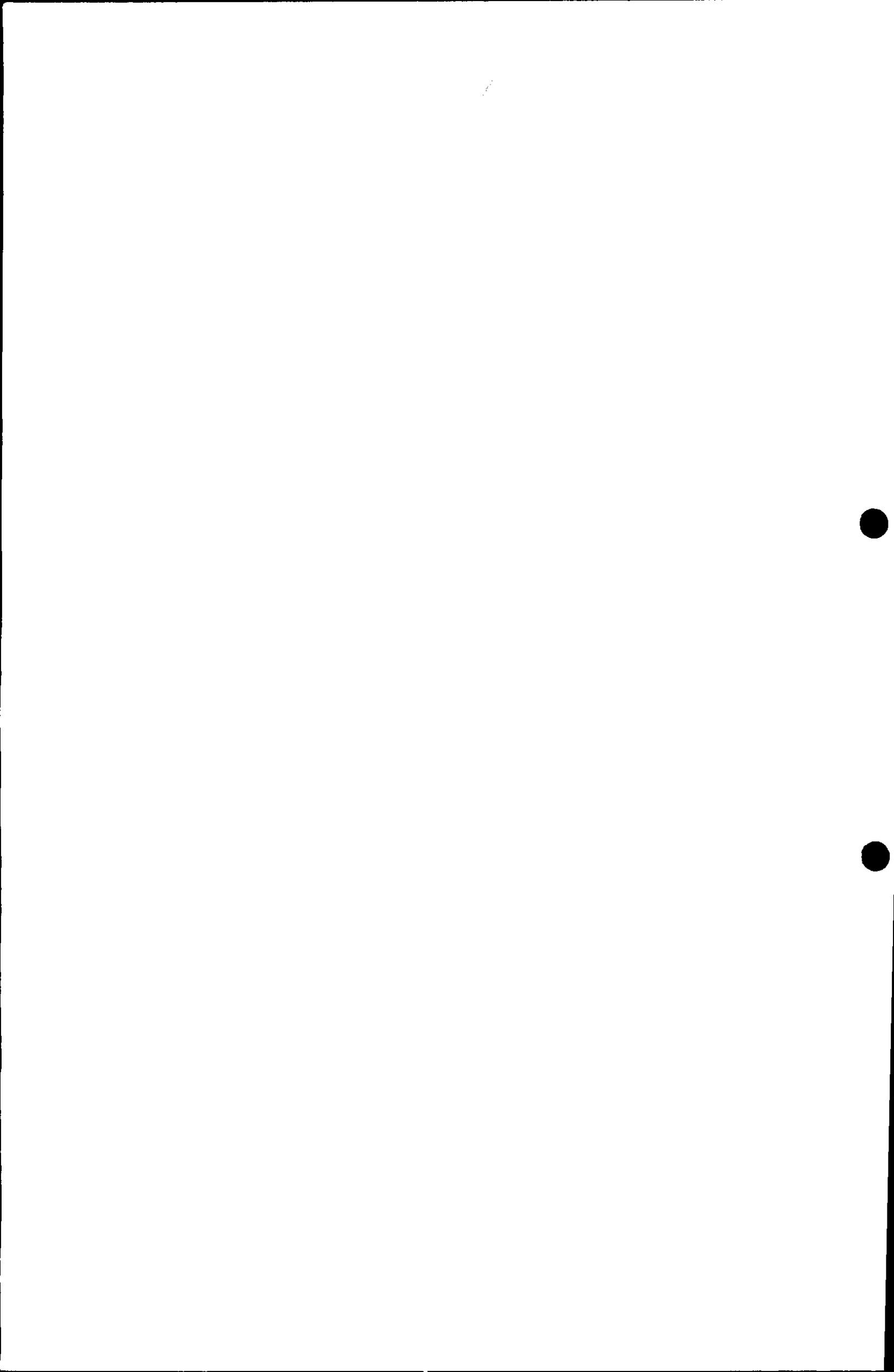
ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.

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 recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia



que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

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

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

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

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

Sobre la ineficacia en sus diferentes acepciones y efectos, la C-345 de 2107, ilustra sobre la aplicación de la figura a los contratos civiles y comerciales, precisando que en los primeros operan las nulidades absoluta



y relativa previstas en el Código Civil y, en los segundos, la ineficacia de pleno derecho establecida en el artículo 897 del Código de Comercio, que es el único ordenamiento que la tiene prevista en nuestra legislación, en los siguientes términos:

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

El texto anterior vincula a los comerciantes y actos mercantiles por disposición del artículo 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».



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

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

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

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

Los referentes jurisprudenciales citados precisan que la figura de la ineficacia de pleno derecho es propia de los actos regulados en el estatuto comercial y que tal estatuto no tiene establecidos los efectos legales de la misma, pero que el artículo 822 remite a las normas del Código Civil y puntualmente al artículo 1746. Los supuestos de hecho de esta jurisprudencia nada tienen que ver, con el acto de afiliación a un régimen pensional, pues la situación fáctica que plantea vincula comerciantes y actos



de comercio, se discute una situación de carácter contractual y, los efectos de la ineficacia previstos en el estatuto civil se aplican en asuntos mercantiles, pero porque así lo dispone una norma que dentro del mismo código de comercio remite a tal ordenamiento.

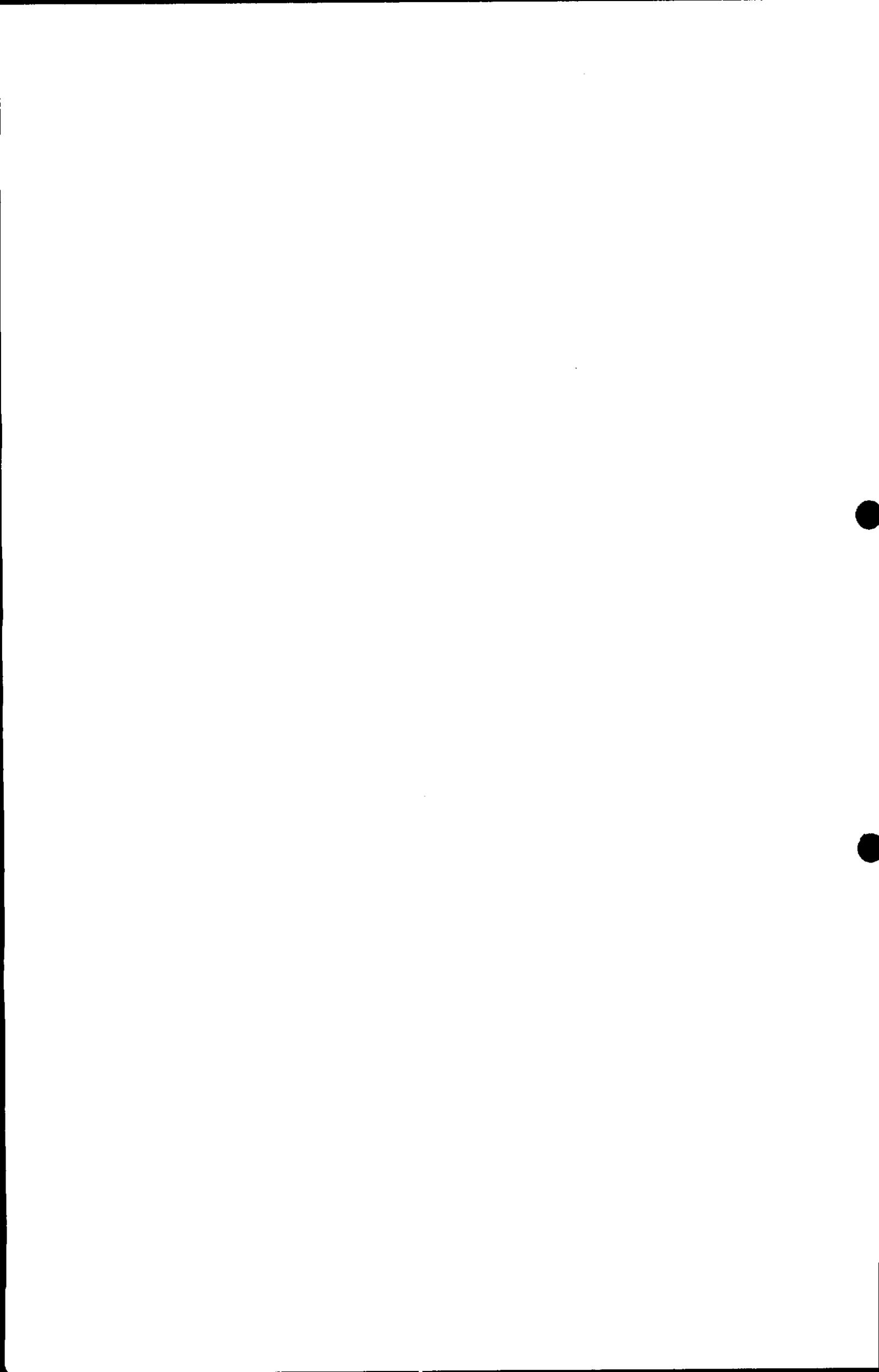
A diferencia de lo que ocurre con el artículo 897 del Código de Comercio, que deja vacío el efecto de la ineficacia, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, incorpora: El derecho protegido; la autoridad competente para determinar las conductas atentatorias del mismo; las multas y efectos respecto a la afiliación y, dispone que en tal caso podrá hacerse una nueva.

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

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

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

La Corte Constitucional definió que el acto de afiliación es un asunto de orden legal, que se produce en obediencia a un mandato que así lo



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

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

La estructura de la norma 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.

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



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

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

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

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

ARTÍCULO 287. ACTIVIDADES PROPIAS DE LOS INTERMEDIARIOS EN LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL. Las Entidades de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud y las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía y/o de Pensiones podrán realizar las actividades de promoción y ventas, la administración de la relación con sus afiliados, el recaudo, pago y transferencia de los recursos por intermedio de instituciones financieras, intermediarios de seguros u otras entidades, con el fin de ejecutar, las actividades propias de los servicios que ofrezcan.

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



188

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 2001, en que el afiliado 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



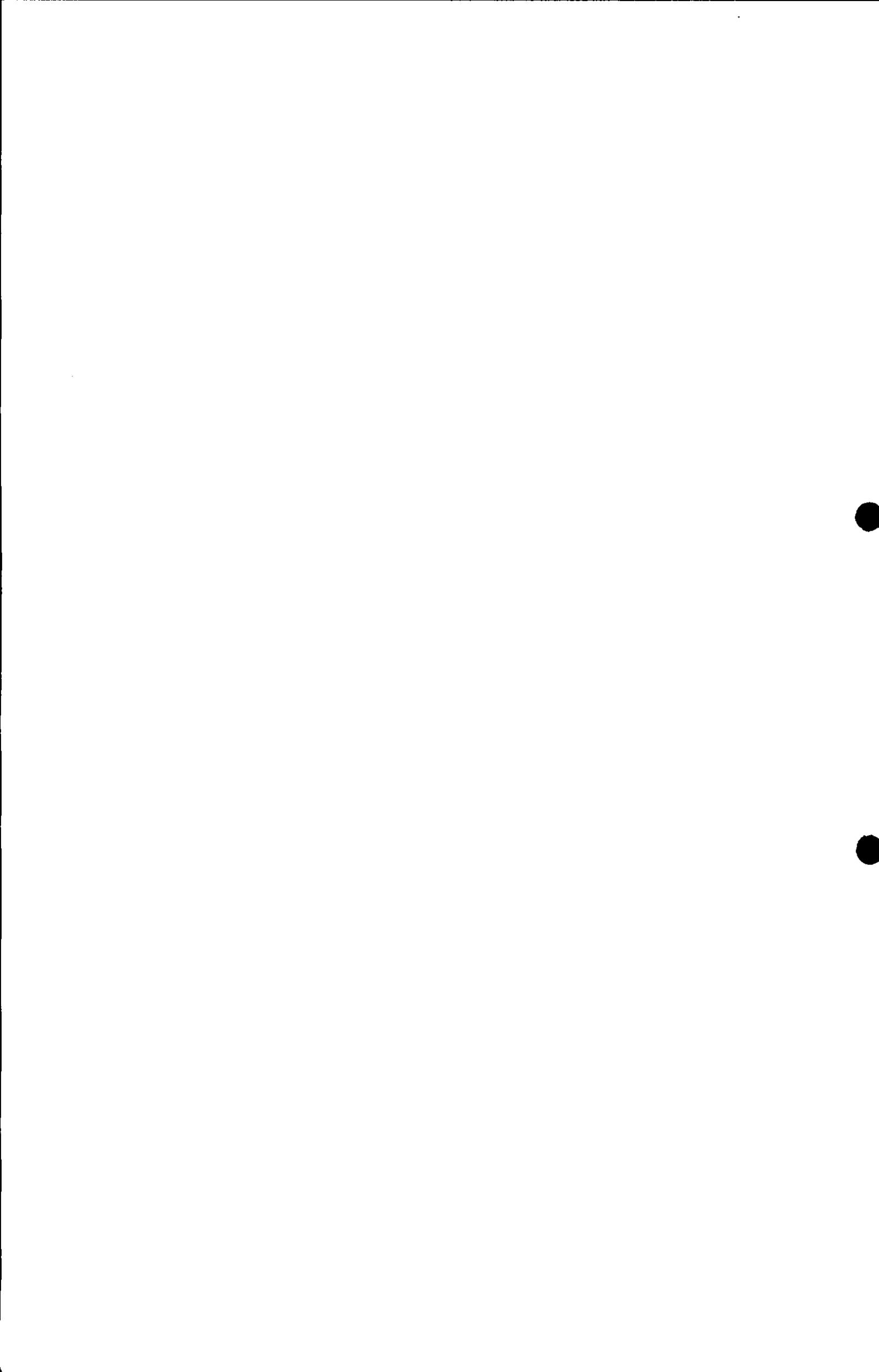
procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídica sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

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, dejó el sistema con un mayor problema del que tenía, al perder un número importante de cotizantes, que constituían con sus aportes el soporte para el pago de las pensiones ya causadas en favor de miles de colombianos.

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

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

*7.6. Para ello el fondo común incorpora la totalidad de las cotizaciones y junto con los incrementos financieros que se producen dispone del pago de las pensiones, en las distintas contingencias. **Esto que parece simple tiene sin embargo una gran complejidad, en la medida en que tanto la fijación de las cotizaciones, como el tiempo en el que debe realizarse y la edad del disfrute se determinan de acuerdo a un modelo financiero que permita hacer viable el régimen.** El Estado allí funciona como garante de las obligaciones pensionales, siempre que los afiliados cumplan con la densidad de semanas exigidas y la edad requerida. Con todo y la fijación de un modelo actuarial que haga sostenible el régimen de prima media, tal como se explicó en el acápite pertinente, por lo menos se subsidian en un 40% las pensiones de vejez.*

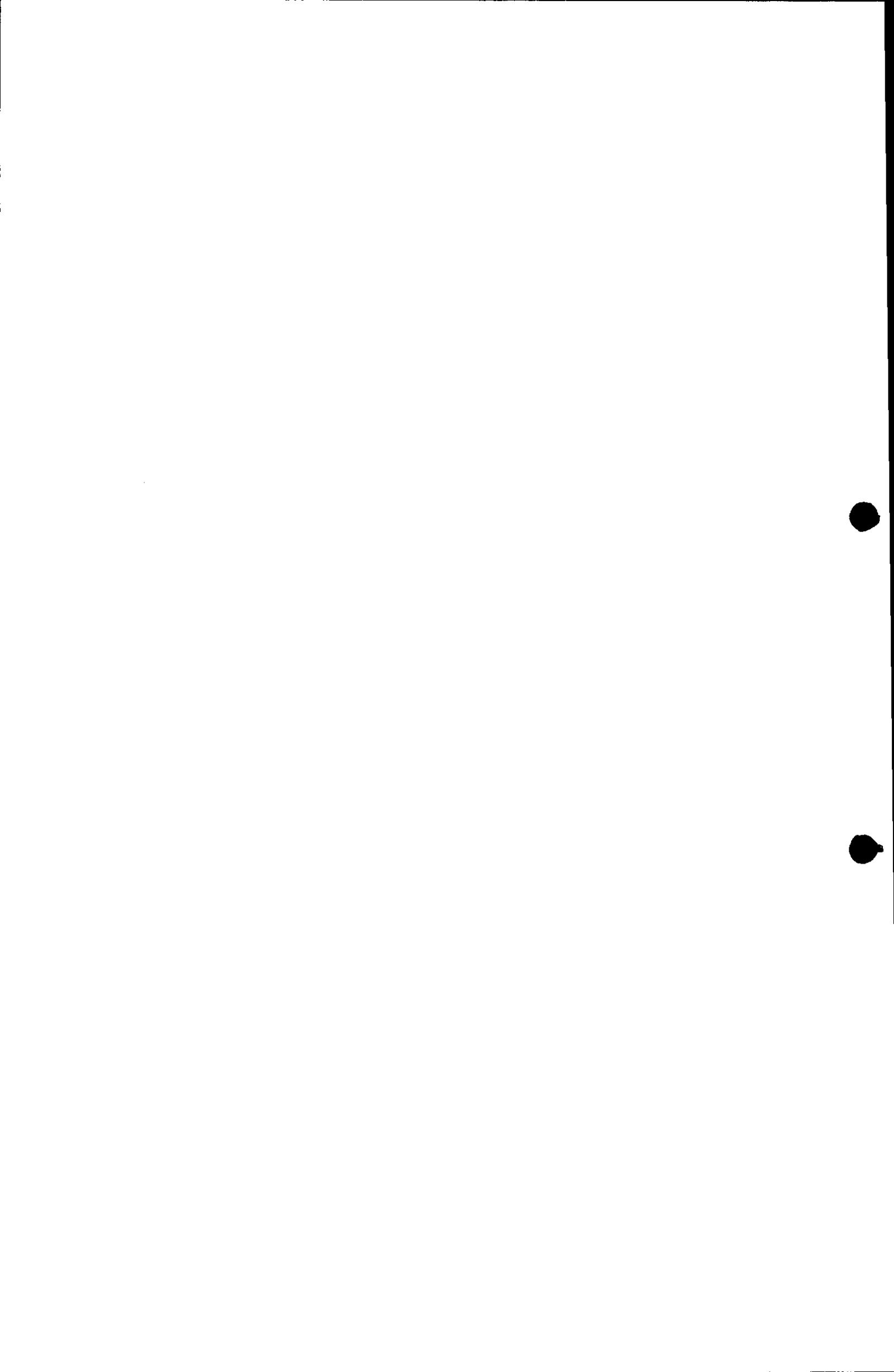


7.7. Lo anterior es pertinente, pues tanto el actor, como los intervinientes que solicitan o bien la inexecutable o la executable condicionada de la norma demandada sostienen que se viola el artículo 48 constitucional, en cuanto el valor de la pensión de vejez no refleja la totalidad de las semanas que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

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

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

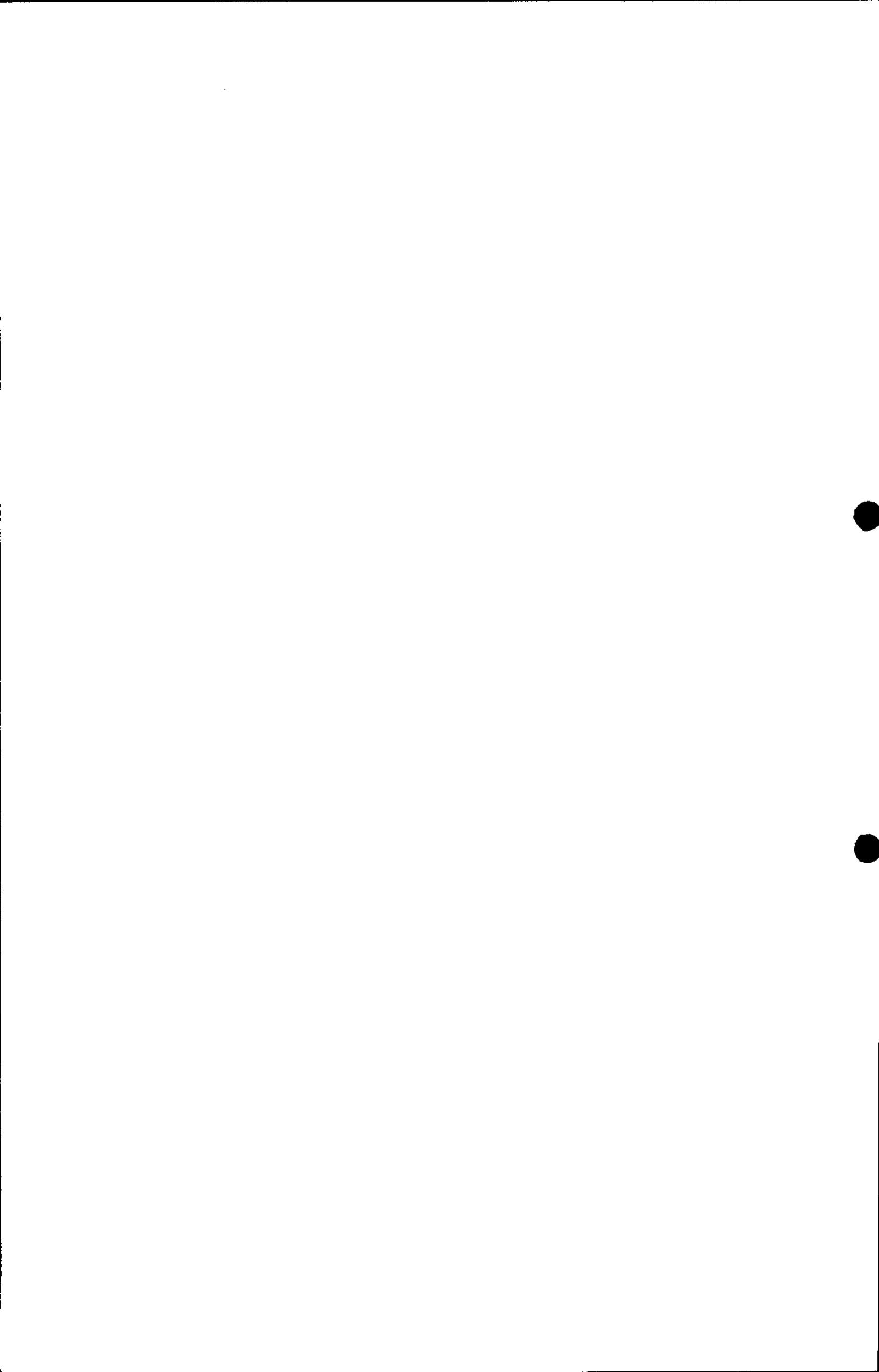
7.10. En ese sentido, la disposición demandada tiene por objetivo concretar el principio de solidaridad en el sistema pensional, a la par que es un mecanismo que se utiliza para otorgar un equilibrio al sistema lo que revierte en su sostenibilidad, todo lo cual constituye una finalidad importante, además de ello es adecuada, en tanto lo que se busca al fijar las 50 semanas -que corresponde en los cálculos actuariales a un año- **es incentivar la permanencia en la**



cotización, que como se ha insistido es determinante para la ampliación de recursos en el régimen de prima media con prestación definida. Más tiempo cotizando supone más recursos para financiar las obligaciones ya causadas y esto hace que la medida sea adecuada.

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

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



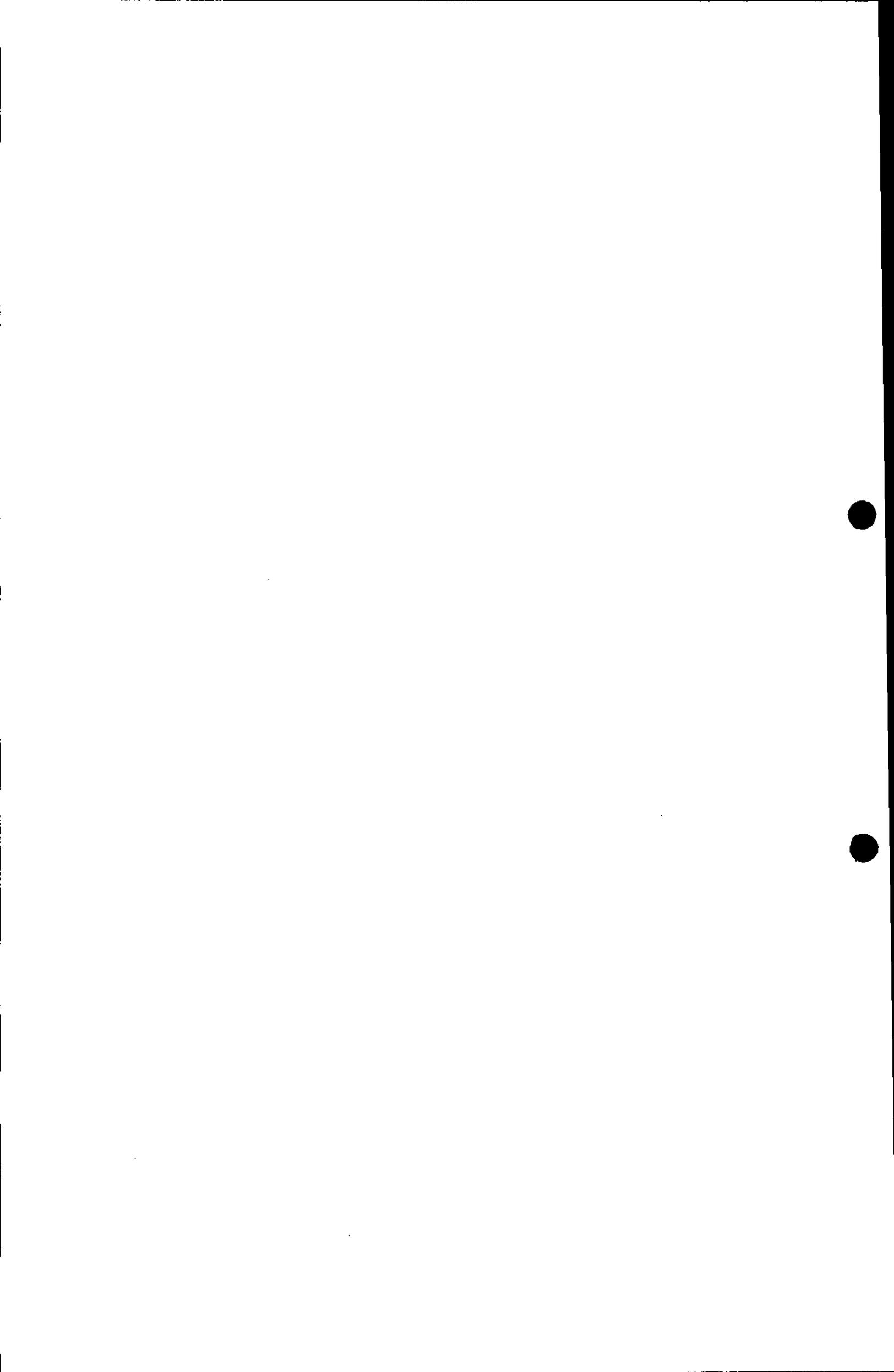
desprovistos de protección durante la vejez. Es decir, a la par que asegura la sostenibilidad financiera del sistema, promueve los principios de universalidad y solidaridad, sin vulnerar el contenido del artículo 48 constitucional. De allí que el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 deba declararse exequible.

De las normas citadas, resulta evidente que los perjuicios ocasionados por las AFP por razón de sus acciones u omisiones al momento de la afiliación, los debe asumir la respectiva administradora, de conformidad con las normas vigentes al momento 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



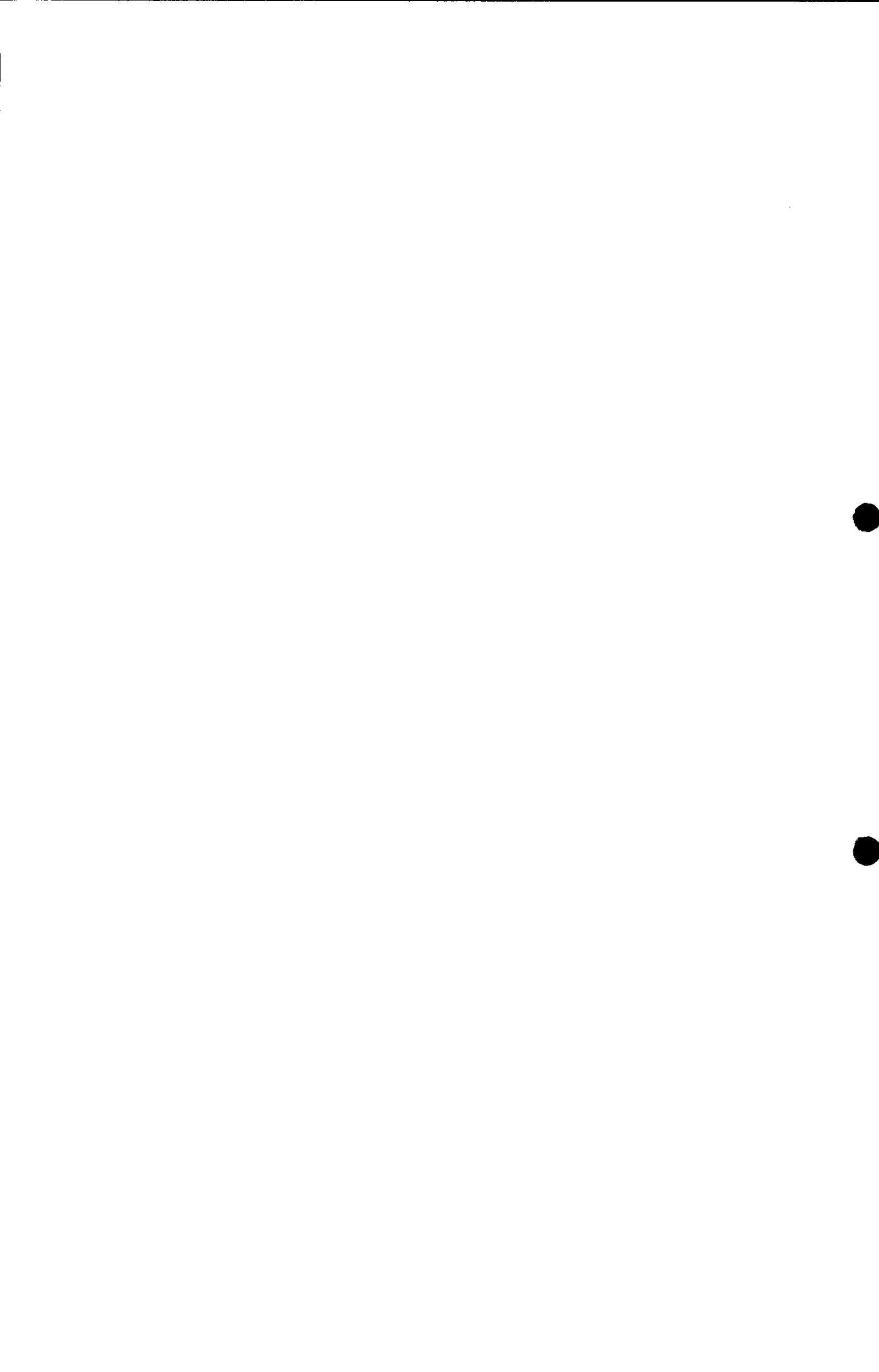
afiliación del demandante y la ausencia de participación de Colpensiones en el acto de traslado, como resulta evidente de los siguientes medios:

Del formulario visible a folio 12, se evidencia que el 27 de julio de 2001, el demandante se trasladó del RPM al RAIS.

Del interrogatorio de parte, absuelto por el señor MAURICIO IREGUI VILLALOBOS, se establece que es administrador de empresa. Aseguró que firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; que *“en la compañía en la que trabajaba en ese momento se presentó un funcionario de Protección, me hizo la presentación, nos contó todas las ventajas que tenía en su momento el transferirse, que básicamente estaba en primero que era las preocupante del momento la posibilidad del que seguro dejara de existir, y que fuéramos a perder lo que teníamos allá aportado.”* Afirmó que si conocía que si su pensión dependía del dinero ahorrado en su cuenta de ahorro individual. Frente a la pregunta si recuerda que sus aportes iban a una cuenta de ahorro individual manifestó: *“No recuerdo, seguramente algo de eso en esa corta reunión me lo pudieron haber mencionado, pero con el detalle pues que me lo preguntas no lo sé”*. Así mismo adujo frente al tema de los rendimientos *“Pues obviamente cuando tú haces un aporte, esos dineros van a un fondo, ese fondo cuando llegue el momento de la jubilación pues obviamente se transforman en un mesada pensional.”*

Por otra parte, el traslado se efectuó en el año 2001, y solo hasta el 2018 (folio 12 y 14), el 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 Colpensiones, porque ni patrocinó su traslado, ni intervino en el 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 acudir a un estatuto ajeno.

Sin costas en esta instancia.

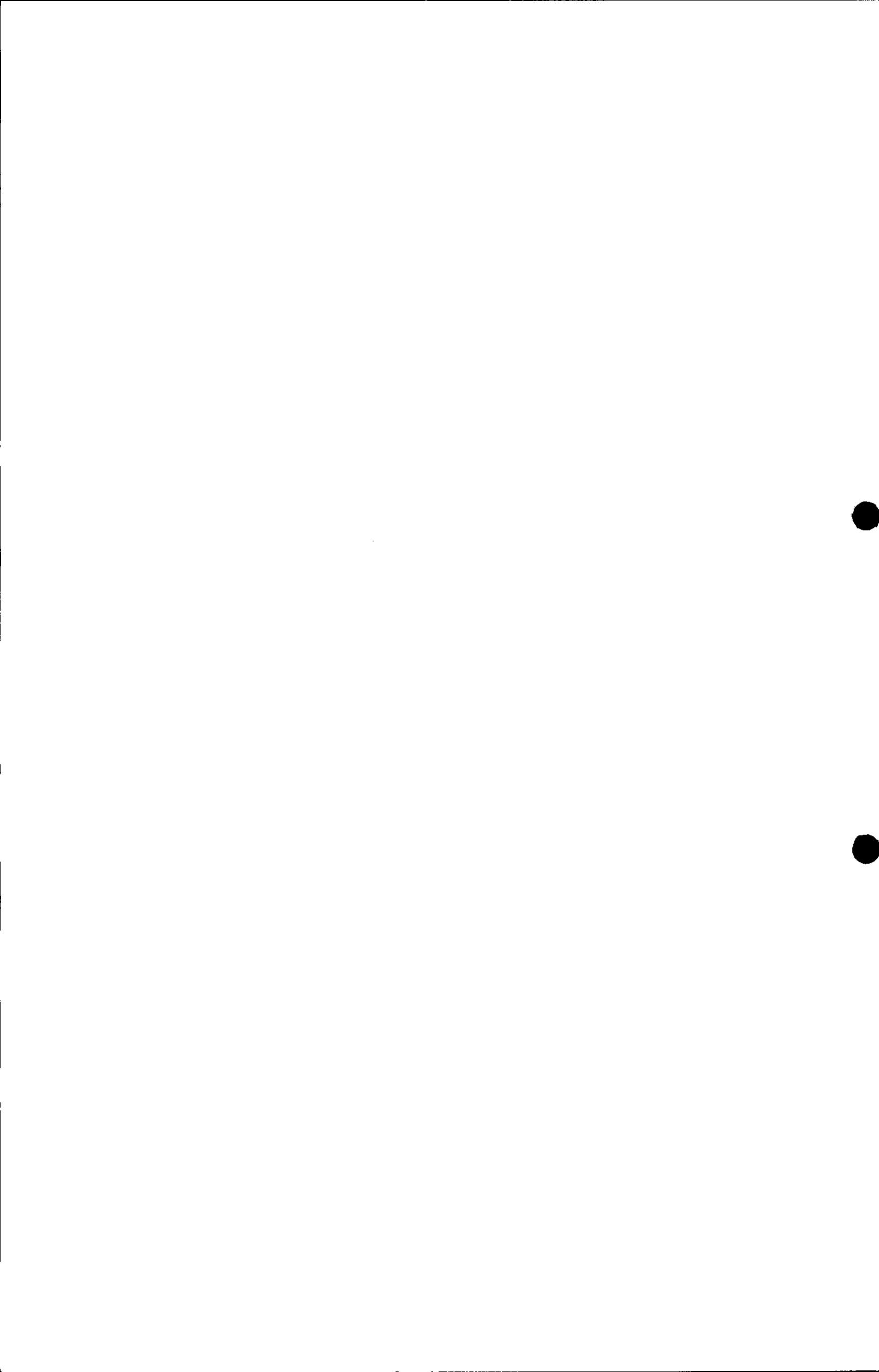
En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

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 público de carácter especial en el caso de Colpensiones, que compiten libremente en la captación de afiliados y son excluyentes.

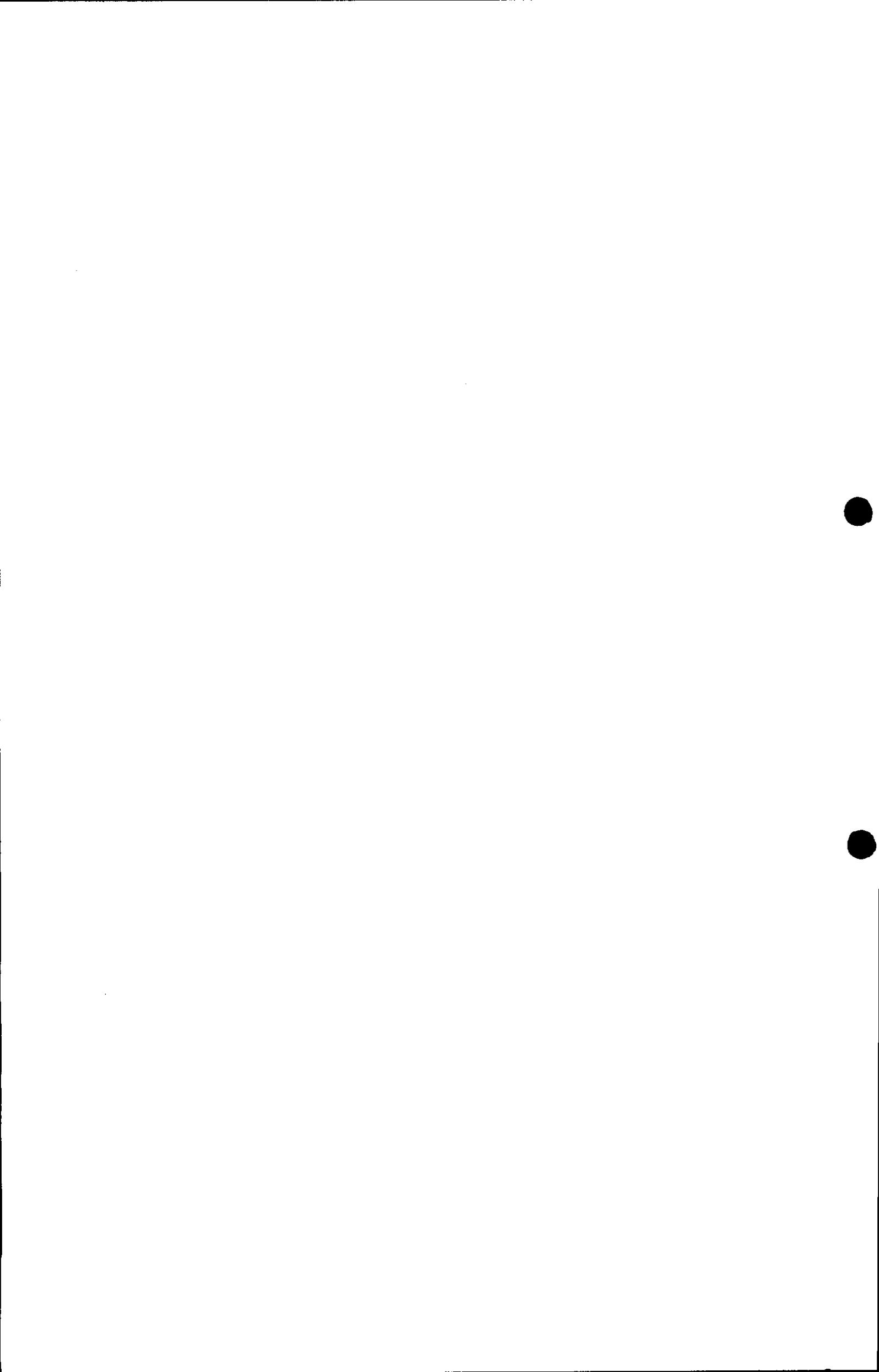
SEXTO: DECLARAR que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse integralmente, atendiendo al principio de inescindibilidad y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

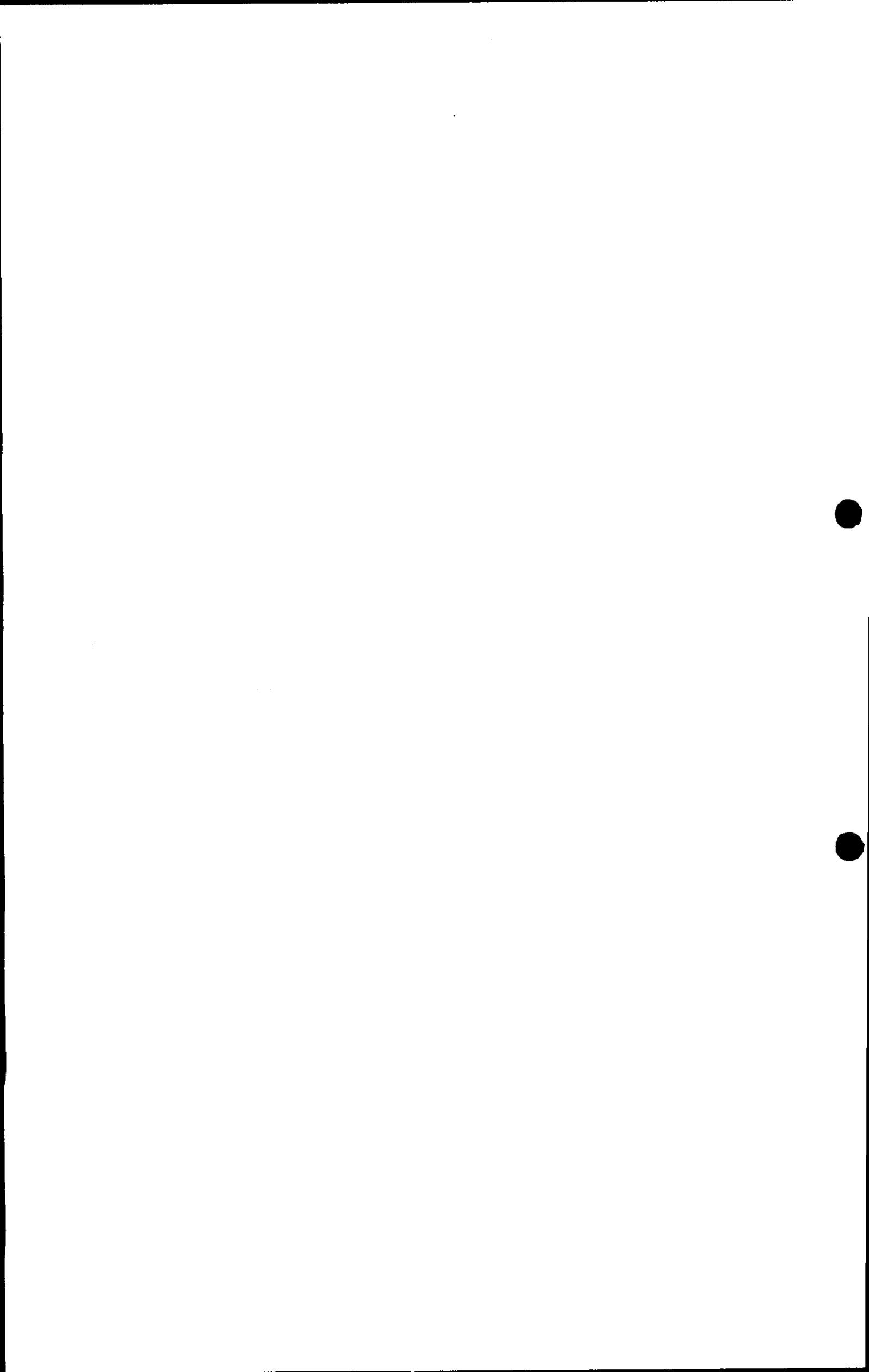
TRECE: DECLARAR que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios, debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.

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 julio de 2001, fecha del traslado a PROTECCIÓN S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

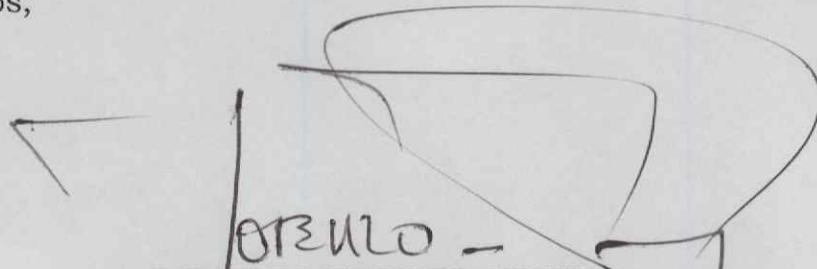
PRIMERO: SE REVOCAN las condenas impuestas a Colpensiones, en razón a que la afiliación del actor al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral de la demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; 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.

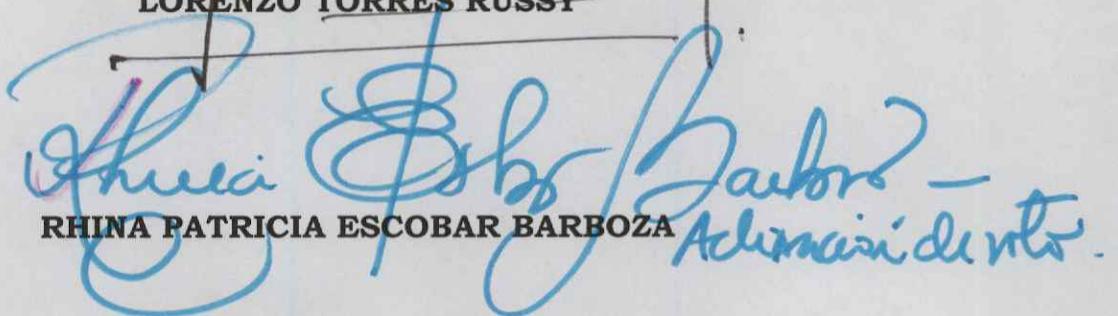


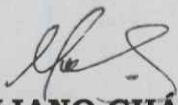
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Adm. de voto.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de voto)

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.° 017-2018-00264-01, promovido por Mauricio Iregui Villalobos contra Colpensiones y otro (revoca condenas a COLPENSIONES)





REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Radicación 17-2016-00264-01

DEMANDANTE: MAURICIO IREGUI VILLALOBOS
DEMANDADO : COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO : SALVAMENTO DE VOTO

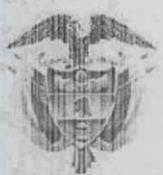
AUTO

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

CP



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 17-2018-00264-01

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

DEMANDANTE: MAURICIO IREGUI VILLALOBOS
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 SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 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 143 a 145), así como Colpensiones (folio 128 a 130), 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) MAURICIO IREGUI VILLALOBOS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar que la nulidad del traslado efectuado por el señor Mauricio Iregui Villalobos el día 1 de septiembre de 2001 con la AFP Protección SA, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación pensional y concreta del demandante.
- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, solicita se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tener al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls. 61 a 86) y Protección SA (fls. 98 a 104), de acuerdo al auto visible a folio 109 y 110. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 14 de agosto de 2019. Declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y de prescripción, propuestas por las demandadas. Declaró que la afiliación del señor Mauricio Iregui Villalobos al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS,

administrador por Protección SA, fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. Declaró que el señor Iregui Villalobos, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a cargo de Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad. Ordenó a la AFP Protección SA trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales si a ello hubiere lugar. Ordenó a Colpensiones a recibir el traslado de fondos a favor del demandante señor Iregui Villalobos que efectuó en Protección SA y a convalidarlos en su historia laboral para efecto de la suma de semanas a que hubiese lugar en ese régimen pensional. Costas a cargo de las demandadas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de ellas.

Colpensiones apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que de atenderse al traslado del demandante al régimen de prima media, se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema que redundan los principios de equidad e igualdad de quienes realmente efectuaron aportes, materializando la prohibición legal del traslado en la que se encuentra inmerso el demandante, prohibición que no fue impuesta de manera caprichosa por el legislador, incluso se encuentra declarada exequible. Ahora, si bien la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado el deber del buen consejo por parte de las administradoras, sin embargo la información se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, norma de público conocimiento, por lo que el demandante no puede ahora utilizar la ignorancia de la Ley como excusa, máxime si se tiene en cuenta que el mismo demandante confesó haber recibido asesoría por parte del fondo privado, sin embargo su descontento radica en el monto final de su mesada pensional que obedece a características propias del RAIS, máxime cuando no ha solicitado el reconocimiento de la prestación, por lo que no puede evidenciarse alguna vulneración o afectación a sus derechos a la seguridad social. Por otro lado, no puede perderse de vista que el demandante ratificó su deseo de permanecer en el sistema, no solo por el transcurso del tiempo, sino también porque ha realizado aportes voluntarios, de los cuales ha tenido beneficios tributarios, razón por la cual, no es procedente declarar la nulidad de traslado, pues el actor suscribió un acto jurídico siendo una persona capaz, teniendo un objeto y causa lícita, aunado al hechos que la prueba documental da cuenta que recibió información para que pudiera tomar la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual, documentación que no fue tachada de falsa y goza de presunción de legalidad.

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

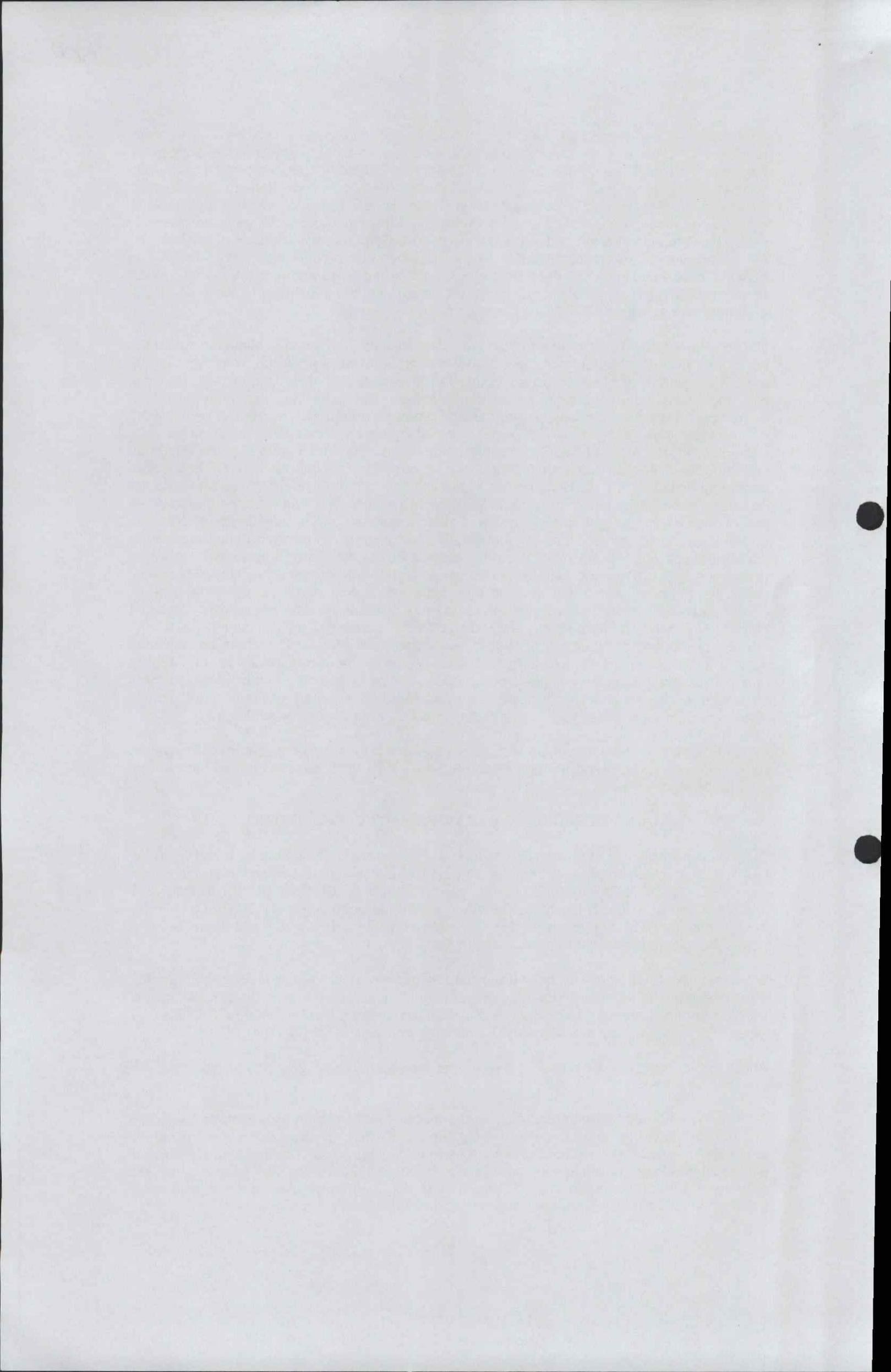
CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

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) **MIGUEL IREGUI VILLALOBOS** el día 27 de julio 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 consecuentemente 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 PROTECCIÓN SA, el 27 de julio de 2001, efectiva a partir del 1 de septiembre de 2001 (fls. 104).

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.



201

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 10° 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 derechos 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.

100

- 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. 61 a 86) y Protección SA (fls. 98 a 104). Colpensiones: aportó en medio magnético expediente administrativo del demandante. Protección SA: aportó historia de vinculaciones del SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de julio 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) 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 Claudia Robledo (fl. 12), 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 833 semanas cotizadas (fl. 37) y 37 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1957), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 60 años de edad (El traslado se efectuó con posterioridad a la Ley 100 de 1993) en el año 2017 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 37), 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 62 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 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 PROTECCIÓN SA el 27 de julio 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.

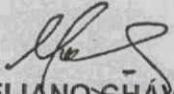
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de agosto de 2019 por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá.

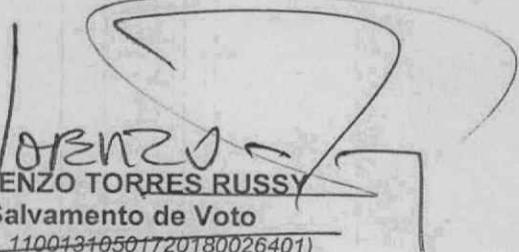
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310501720180026401)


LORENZO TORRES RUSSY

Salvamento de Voto

(Rad. 11001310501720180026401)


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Salvamento de Voto

(Rad. 11001310501720180026401)

100