República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CESAR AUGUSTO GONZÁLEZ CORTES contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 039 2018 00034 01

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

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de septiembre de 2019.

Por otra parte, se advierte que la apoderada del demandante presentó escrito de alegaciones en el cual insistió en los argumentos expuestos en la demanda al formular sus pretensiones frente a la obligación que tienen las administradoras del sistema general de pensiones de garantizar que quienes quieran trasladarse a los Fondos reciban toda la asesoría en información pertinente frente a los dos regímenes pensionales que existen, lo cual no ocurrió en este caso por lo cual con sustento en la jurisprudencia que

transcribió en lo pertinente solicitó confirmar el fallo proferido en primera instancia.

La apoderada de COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones, en el cual manifestó que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen en el año 1997 sin que para ello se haya ejercido presión, o coacción por lo tanto se hizo de manera libre y espontanea sin que existan vicios del consentimiento que originen la ineficacia o nulidad de ese acto. Sostuvo que la actora se encuentra incursa en la prohibición legal contenida en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, que limitó el traslado de régimen dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez; sostuvo que al ordenar el traslado de la afiliada se da lugar a la descapitalización del sistema, conforme a la jurisprudencia que citó al respecto. Solicitó absolver a esa entidad de toda carga, en caso contrario mantenerse las condenas que ordenaron devolver todos los dineros que existan en la cuenta individual de la actora incluidos sus rendimientos.

A su vez el apoderado de COLFONDOS S.A., sostuvo que el traslado se verificó bajo la normatividad y lineamientos vigentes en su momento y estuvo precedido de la información necesaria por lo cual la afiliada lo realizó de manera libre y voluntaria, por lo tanto, se encuentra exento de vicios del consentimiento. Solicitó que en caso de ser confirmada la sentencia no se profiera condena en costas contra ese Fondo.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A., reiteró lo solicitado en el recurso de apelación en cuanto a la improcedencia frente a la condena por devolución de gastos de administración por ir en contravía de una norma superior que regula la administración de los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual.

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

I. ANTECEDENTES

El señor CESAR AUGUSTO GONZÁLEZ CORTÉS, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado inicialmente al fondo de pensiones COLMENA S.A., OLD MUTUAL S.A. y posteriormente a PROTECCIÓN S.A.

por el desconocimiento de las consecuencias futuras que le traería esa decisión.

Sustentó sus pretensiones, en que en el año 1997 efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad con COLFONDOS S.A. sin el conocimiento completo para tomar una decisión libre y espontanea; posteriormente en el año 2002, bajo las mismas circunstancias se trasladó a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., y para el año 2004 persistiendo esa falta de información se trasladó a PROTECCIÓN S.A., el cual afirma que omitió la obligación de informarle sobre la posibilidad de retornar antes del 8 de diciembre de 2009 al régimen de prima media con prestación definida.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Nacional; artículos 1603 y 1746 del Código Civil, Ley 100 de 1993, Decreto 656 de 1994, Ley 1438 de 2011, así como las diferentes recomendaciones y convenios de la OIT que citó.

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., para dar contestación a la demanda allegó el escrito que obra a folios 113 a 116, en el que informó que el traslado del actor a ese Fondo se efectuó el 15 de octubre de 1997, sin que para esa fecha se le hiciera una proyección matemática sobre el monto de su mesada pensional, por lo cual dijo allanarse a las pretensiones.

COLPENSIONES, por medio de apoderado judicial, dio contestación como aparece de folios 128 a 130 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que la vinculación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad cuenta con los requisitos de validez de todo contrato, sin que existan vicios del consentimiento que lo invaliden; manifestó que el actor no se encuentra dentro de los presupuestos legales para acceder a lo pretendido y que esa entidad no tuvo ninguna injerencia en el acto jurídico de afiliación al Fondo privado. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y la genérica.

OLD MUTUAL S.A. dio respuesta a través del escrito incorporado a folios 158 a 164 en el que fundamentó su oposición a todas y cada una de las pretensiones en que al momento de efectuar su traslado a ese Fondo el actor venía de estar afiliado a Colfondos S.A., por lo cual, tenía un conocimiento previo del RAIS, frente a su funcionamiento y características, por lo cual no existe causal de nulidad o ineficacia en el acto jurídico que realizó con este Fondo, ni existen vicios del consentimiento que lo invaliden, sin que el error de derecho pueda producir los efectos que se pretenden en la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación como consta a folios 168 a 174, en el que se opuso a las pretensiones al manifestar que el actor de manera libre y voluntaria se vinculó en el año 1997 a la AFP COLMENA absorbida por ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., sostuvo que el actor cuenta con 60 años de edad por lo cual su traslado no está legalmente permitido, ni es beneficiario del régimen de transición, que además la vinculación al RAIS la realizó de manera libre y voluntaria sin que se presentaran vicios del consentimiento que permitan invalidarla. Propuso las excepciones que denominó declaración de manera libre y espontánea al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la demandada, prescripción y la genérica.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de septiembre de 2019, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO. DECLARAR que el traslado que hizo el señor CESAR AUGUSTO GONZALEZ CORTES del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 01 de julio de 1995 a través de la administradora de fondos de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN, es ineficaz como los demás que se hicieron al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es, el que se hizo de COLMENA a COLFONDOS, COLFONDOS a OLD MUTUAL y de OLD MUTUAL a PROTECCIÓN y por ende no produjeron ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida.*

162

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, que recibió en los periodos del 1 de julio de 1995 al 30 de noviembre de 1997 y desde el 1 de mayo de 2004 hasta la fecha en que opere el traslado de los dineros.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera con destino a COLPENSIONES los dineros que recibió por gastos de administración durante el periodo del 1 de diciembre de 1997 al 30 de junio de 2002.

CUARTO: CONDENAR a OLD MUTUAL a que transfiera con destino a COLPENSIONES los dineros que recibió por gastos de administración durante el periodo del 1 de julio de 2002 al 30 de abril de 2004.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba los recursos de que tratan los numerales 2, 3 y 4 de esta sentencia, y reactive la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad bajo el entendido que jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada PROTECCIÓN, COLFONDOS y OLD MUTUAL S.A. dentro de los cuales se deberá incluir la cuantía de $1.690.000 como agencias en derecho. PROTECCIÓN y OLD MUTUAL deberán el 40% cada una del monto de las costas y el 20% restante lo deberá pagar COLFONDOS.

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión ante el Superior por resultar adversa a COLPENSIONES, en la medida en que está ordenando recibir los dineros y activar de manera inmediata la afiliación que se ordenó."

Como fundamento de su decisión, se refirió a los dos regímenes pensionales que existen en el ordenamiento legal y la forma en que pueden los afiliados acceder a cada uno de ellos, el que según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 debe ser de manera libre y espontánea; así como las normas que regulan la forma en que se debe efectuar esa vinculación sustentó su decisión en las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989/2008, SL 413/2018, SL 4964/2018, SL 037/2018, SL 1682/2019, SL 3464/2019, SL 032/2019 y STP 2082/2019, en las que se determina el deber de información, una buena asesoría y una doble asesoría como

requisitos para que opere en debida forma el traslado; señaló que no se trataba de dar una información parcial frente a las bondades de un solo régimen, sino los pro y los contra de cada régimen para que de esa manera pudiera el actor adoptar la decisión que considerara más conveniente.

III. RECURSO DE APELACION PROTECCIÓN S.A.

Solicitó revocar la sentencia y frente a la condena impuesta por concepto de devolución de gastos de administración, luego de referirse a sus características manifestó que con esas sumas se han efectuado los pagos correspondientes al seguro previsional y ese descuento se encuentra autorizado y establecido por la ley, que por ello ese Fondo al ser experto en el área de la inversión y haber obtenido por su gestión rendimientos a favor del afiliado no debe devolver las sumas objeto de las condenas; se refirió al concepto de las restituciones mutuas para manifestar la forma en se deben devolver las mejoras o frutos y en tal sentido el demandante debería restituir esas sumas para que no se genere enriquecimiento sin causa en su favor.

IV. RECURSO DE APELACIÓN OLD MUTUAL S.A.

Señaló que su inconformidad radica en la devolución de las comisiones y rendimientos que el Juzgado ordenó, porque no es posible efectuar ese trámite, en razón a que esas sumas cubrieron las contingencias del afiliado y ya no cuenta el Fondo con esos dineros, igualmente sostuvo que de mantenerse esa condena se genera un enriquecimiento sin causa en favor del afiliado y con detrimento del sistema pensional.

V. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES S.A.

Solicitó revocar en todas sus partes la sentencia de primera instancia, manifestó que el actor no es beneficiario del régimen de transición, ni se dan los presupuestos para pretender la ineficacia del traslado que debió solicitar antes de los 10 años en que se consolida el derecho a pensionarse, de acuerdo con las normas y la jurisprudencia que citó al respecto; la vinculación del actor a diferentes Fondos en el RAIS evidencia su voluntad de mantenerse en ese régimen, sin que luego de las múltiples afiliaciones

267

que hizo pueda alegar válidamente su desconocimiento de los aspectos del régimen al que se vinculó de manera voluntaria y sin que en ese trámite se hubiera presentado vicio alguno del consentimiento; que además por el transcurso del tiempo ya no resulta procedente acceder a las pretensiones de la demanda y solicita se absuelva de todas y cada una de ellas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso e indicando las razones que sustentan el distanciamiento de los mismos.

Para el efecto se expone lo siguiente:

NATURALEZA DEL ACTO JURIDICO DE AFILIACION, OBJETIVOS Y EFECTOS.

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

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

Debe resaltarse, que la escogencia del régimen pensional no tiene relación alguna con la determinación del valor de la mesada pensional, ni puede pretenderse anticipar o especular valor alguno de la misma, pues lo que se determina con la escogencia de un régimen, es la forma como se acumularan los recursos para la financiación de la prestación.

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

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

> *Además, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social en pensiones supone que éste se configure, como lo ha sido, como un régimen legal en el que los aportes de los afiliados, como las prestaciones que deben reconocerse, sus requisitos y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades sino por reglas y principios que se integran en el ordenamiento jurídico y que, por ende, pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias históricas así lo impongan.*
>
> *El sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y*

204

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

265

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

266

no de origen constitucional, el cual depende, en cada caso, del ejercicio de la libre configuración normativa del legislador.

CONCLUSIONES I:

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

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

Sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de nuestra Sala de Casación Laboral ha interpretado las normas que se refieren al deber de información de las AFP, definiendo que el incumplimiento al mismo imposibilita la libertad de elección de régimen pensional por parte del afiliado, determinado tres etapas en la regulación, consignadas entre otras en la CSJ-SL1452-2019, resumidas en el siguiente cuadro:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales 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,	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener

267

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

La sentencia citada analiza el contenido del deber de información en cada una de las etapas, dejando en evidencia su evolución, pasando de uno menos concreto a uno con la puntualidad de comparar valores de la mesada pensional, lo cual tiene una razón lógica: Una cosa es suministrar información sobre expectativas pensionales durante los primeros diez años de desarrollos legales y económicos que acompañaron la aplicación de la Ley 100 de 1993 y, otra muy diferente, suministrar información después de veinte años, cuando entre otras cosas el afiliado ya tiene cumplido el tiempo y las cotizaciones o el capital para acceder al goce de la pensión por vejez, porque en este momento las variables que **no eran determinables en el año de 1994 (o para el caso en el 1995)**, se convierten en variables determinadas tanto por los cambios introducidos en la ley 797 de 2003, como por la verificación ya en concreto de las variables económicas que incidieron sobre los rendimientos financieros de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, que determinan el monto de la pensión en forma concreta.

Sobre la aplicación de la Ley en el tiempo, ha reiterado la jurisprudencia Sala de Casación Laboral, que las normas bajo las cuales se juzgan los actos jurídicos son las vigentes al momento de su ocurrencia, que en el caso de la demandante corresponden a las vigentes en los años 1996 y 2000 en que realizó su afiliación al RAIS (folios 94 y 206), siendo las aplicables las contenidas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto n° 663 de 1993; los artículos 4, 14 y 15 del decreto 656 de 1994, que dan marco al deber de información, en lo que se ha denominado la primera etapa.

Para examinar los contenidos de las normas citadas correspondientes a la primera etapa del deber de información y aplicables al caso por el año

en que se produjo el traslado de la demandante, vale la pena hacer su transcripción:

LEY 100 DE 1993.

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

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad 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.***

268

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

269

solamente podrán ser cobrados a los deudores morosos cuando estas acciones de cobro se adelanten por terceros cuyos servicios se contraten para el efecto.

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

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

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

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

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

m) Las demás que señalen las disposiciones legales.

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

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

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

c) Las causales de disolución del fondo.

El texto del reglamento, así como del respectivo plan, deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación. Los reglamentos deberán ser redactados de forma tal que sean de fácil comprensión para los afiliados y la copia que de los mismos se

entregue a éstos deberá emplear caracteres tipográficos fácilmente legibles.

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

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

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

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

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

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

270

información, es la ineficacia del acto de afiliación prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al interpretar que tal falta atenta contra la libertad de elección prevista en el artículo 13 del mismo estatuto, porque, en síntesis, no puede ser libre una decisión desinformada.

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

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

Siendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la fuente invocada para dejar sin efecto la afiliación al régimen pensional, bien vale la pena recordar, que los regímenes sancionatorios solo pueden establecerse en leyes, siendo de la esencia de los mismos que solo el Congreso de la República pueda adoptarlos en virtud del principio denominado *reserva de ley*, e impone que las correspondientes sanciones solo puedan ser impuestas por las autoridades competentes, acatando el debido proceso, dentro del plazo previsto por la ley y con la dosificación señalada en ella. De otra parte, el Decreto n° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1° OBJETO. *El presente Decreto regula las condiciones y términos para el desarrollo de la actividad de promoción y*

distribución de los productos de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, incluidos los planes complementarios, alternativos y los planes pensiones.

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

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

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

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

271

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

272

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.)

293

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.

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que

para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

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

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

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

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo

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

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

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

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

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

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde

276

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

297

fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo».

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

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

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

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

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

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

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

278

esta providencia y en los contenidos de los artículos 4, 11, 13, 15 y 288 de la Ley 100 entre otros.

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a una tercera construida por el juez con tal propósito; todo lo cual debe cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.

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

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

a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Los responsables de la administración de los dos regímenes pensionales son: Colpensiones la del primero, y las AFP las del segundo,

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

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

> *ARTÍCULO 287. ACTIVIDADES PROPIAS DE LOS INTERMEDIARIOS EN LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL. Las Entidades de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud y las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía y/o de Pensiones podrán realizar las actividades de promoción y ventas, la administración de la relación con sus afiliados, el recaudo, pago y transferencia de los recursos por intermedio de instituciones financieras, intermediarios de seguros u otras entidades, con el fin de ejecutar, las actividades propias de los servicios que ofrezcan.*
>
> *El Gobierno reglamentará la actividad de estos intermediarios, regulando su organización, actividades, responsabilidades, vigilancia y sanciones a que estarán sujetos.*

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

En esta norma, a diferencia de las que cita la jurisprudencia en el marco del deber de información de las AFP, en lo que se denominó primera etapa; se establece el deber de información por parte de los promotores de

279

forma general y abstracta, se consigna que las AFP deben responder por sus actuaciones, en especial por aquellas que impliquen un perjuicio para el afiliado.

Bajo las anteriores premisas, en la medida en que el afiliado es quien tiene la opción de escoger su régimen pensional; mientras no se demuestre que Colpensiones invadió la órbita de su derecho a elegir, ninguna consecuencia de las establecidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puede aplicarse a un tercero que nada tuvo que ver en el acto de escogencia y afiliación al RAIS, ni en la deficiente o suficiente información que se le suministró, ni era la obligada a suministrarla en el año 1998, en que la afiliada tomó su decisión.

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

Cabe resaltar que la relación jurídica originada en el acto de afiliación del demandante cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujetos a las demandadas PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídica sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del sistema pensional vigente, se agravó su situación de sostenibilidad financiera, ya que al permitirse la coexistencia y libre competencia, la mayor

fuerza en la promoción de afiliaciones por parte de las AFP, dejo el sistema con un mayor problema del que tenía, al perder un número importante de cotizantes, que constituían con sus aportes el soporte para el pago de las pensiones ya causadas en favor de miles de colombianos.

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

> *7.5. Según se explicó en precedencia, el régimen de prima media con prestación definida tiene un carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas, en otras palabras, los cotizantes son los convocados a sufragar las pensiones de quienes ya cumplieron los requisitos de acceso.*
>
> *7.6. Para ello el fondo común incorpora la totalidad de las cotizaciones y junto con los incrementos financieros que se producen dispone del pago de las pensiones, en las distintas contingencias.* ***Esto que parece simple tiene sin embargo una gran complejidad, en la medida en que tanto la fijación de las cotizaciones, como el tiempo en el que debe realizarse y la edad del disfrute se determinan de acuerdo a un modelo financiero que permita hacer viable el régimen.*** *El Estado allí funciona como garante de las obligaciones pensionales, siempre que los afiliados cumplan con la densidad de semanas exigidas y la edad requerida. Con todo y la fijación de un modelo actuarial que haga sostenible el régimen de prima media, tal como se explicó en el acápite pertinente, por lo menos se subsidian en un 40% las pensiones de vejez.*
>
> *7.7. Lo anterior es pertinente, pues tanto el actor, como los intervinientes que solicitan o bien la inexequibilidad o la exequibilidad condicionada de la norma demandada sostienen que se viola el artículo 48 constitucional, en cuanto el valor de la pensión de vejez no refleja la totalidad de las semanas que se cotizaron. Tal estimación supone que debe existir una estricta correspondencia*

entre el tiempo que cotizaron, con la fijación del porcentaje que determinará el monto de la pensión.

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

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

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

7.11. Por demás ese mecanismo no afecta el reconocimiento de la pensión, por el contrario, incentiva que el valor se aumente, sin que ello comprometa su existencia. En todo caso y dada la finalidad de

ampliación de cobertura del derecho fundamental a la seguridad social esa fórmula para aumentar el porcentaje del monto pensional ha sido utilizada de manera constante en el régimen de prima media, incluso antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993. Así el artículo 16 del Decreto 3041 de 1966 disponía el incremento del 1.2% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas; luego el Decreto 2879 de 1985 en su artículo 1 contemplaba que se elevaba en un 3% por cada 50 semanas adicionales a las 500 y esta misma prescripción se mantiene en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990. También se encontraba en el artículo 34 original de Ley 100 de 1993, al definir que por cada 50 semanas adicionales a las 1000 y hasta las 1200 se incrementaría la pensión en un 2% y de 1200 a 1400 semanas en un 3% hasta llegar al tope del 85%. Entonces, al prescribir el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 que el aumento porcentual es de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas puede afirmarse que se ha mantenido la formula, en lo que a ese aspecto atañe.

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

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

las normas vigentes al momento y dispuestas por el estatuto de seguridad social, de las que se advierte no existe ninguna, que genere la obligación de recibir al demandante cuya afiliación resulta ineficaz, por cuenta de hechos absolutamente ajenos a Colpensiones.

CONCLUSIONES IV.

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

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

Del formulario de afiliación obrante a folio 175, se corrobora que el demandante se vinculó al RAIS administrado inicialmente por COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 1° de julio de 1995, posteriormente el 25 de mayo de 2002 a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. (fl. 139), el 3 de mayo de 2004 a PROTECCIÓN S.A. (fl. 176).

Del interrogatorio de parte, absuelto por el demandante, se pudo establecer que es contador y se desempeñaba como auditor administrativo del área contable de la empresa y su traslado en el año 1995 a la AFP COLMENA se debió a una información masiva que se hizo en la empresa para la cual laboraba y como resultado de esa campaña terminó vinculado a ese Fondo con la información de que el Seguro Social se iba a acabar, pero no recibió asesoría personal y especializada respecto de su situación personal, salvo que se hablaba de un producto financiero basado en un esquema de ahorros; reiteró que nunca le dieron información completa y eficaz y solo lo llamaban para pedirle referidos para traslado al Fondo; manifestó que por la falta de información y de servicios efectuó los sucesivos traslados a varios Fondos, al observar en diferentes medios que uno u otro fondo tenía mejores rendimientos y como usuario de un sistema financiero adoptó esas decisiones, basado igualmente en la información dada en los medios de comunicación, sostuvo que hace aproximadamente 2 años solicitó una asesoría que le permitió evidenciar la inconveniencia de permanecer en el Fondo privado por lo cual solicitó su traslado a Colpensiones.

Por otra parte, el traslado se efectuó en el año 1995 a PROTECCIÓN S.A. el 1° de julio de 1995 (fl. 175), posteriormente el 30 de abril de 1999 a COLFONDOS S.A. (fl. 117), 25 de mayo de 2002 a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. (fl. 139), el 3 de mayo de 2004 a PROTECCIÓN S.A. (fl. 176) y solo hasta el 2017 (folios 85 a 91), 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 Protección S.A., Old Mutual S.A., Colfondos S.A. y de Colpensiones, esta última porque ni patrocinó su traslado, ni intervino en al acto de afiliación al RAIS.

282

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

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

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

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

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

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

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

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

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

DECIMO: DECLARAR que Colpensiones y las AFP Colfondos S.A., Protección S.A. y Old Mutual 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.

287

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 del año 1995 cuando se vinculó a Protección S.A., en los años 1999, 2002 y 2004 a los demás Fondos sin que puedan aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCAN las condenas impuestas a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A., respecto de la ineficacia de la afiliación que realizó el actor al RAIS en el año 1995 y los posteriores traslados de Fondo en los años 1999, 2002 y 2004 y lo relacionado con la devolución de los gastos de administración, y se absuelve de las mismas por no haberse probado perjuicio alguno a su cargo de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, sin que las obligaciones establecidas en la ley puedan tornarse en tales.

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

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA Adaración de voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvamento de voto

Última hoja del proceso Proceso Rad. N° 039-2018-00034-01, promovido por Cesar Augusto González Cortés contra Colpensiones y otros (revoca condenas)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 39-2018-00034-01

DEMANDANTE: **CESAR AUGUSTO GONZÁLEZ CORTÉS**
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

285

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 39-2018-00034-01

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

DEMANDANTE: **CESAR AUGUSTO GONZÁLEZ CORTES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP COLFONDOS SA
AFP OLD MUTUAL SA
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO : **APELACIÓN PROTECCIÓN SA, OLD MUTUAL SA Y COLPENSIONES// CONSULTA COLPENSIONES**

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Protección Sa, Old Mutual SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de septiembre 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 243 a 246), así como Colpensiones (folios 231 a 233) y Colfondos SA (folios 241 a 242) y Protección SA (folios 247 a 248) 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) **CESAR AUGUSTO GONZÁLEZ CORTES** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; AFP COLFONDOS SA, AFP OLD MUTUAL SA 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 la nulidad del traslado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS a la Administradora de Pensiones – Colfondos SA, por ende, las hechas de dicho fondo a Colmena, Old Mutual antes Skandia SA, y posteriormente a Protección SA.
- Efectuar el traslado de los aportes al ISS hoy Colpensiones, a fin de que sea esta la única entidad administradora que asuma los riesgos de invalidez, vejez y muerte en caso de efectuarse a la demandante, de acuerdo a los criterios propios del RPM.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: Colfondos SA (fls. 113 a 124), Colpensiones (fls. 128 a 132), Old Mutual SA (fls 158 a 167) y Protección Sa (fls. 168 a 199), de acuerdo al auto visible a folio 200 y 201 y 205. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de septiembre de 2019, Declaró que el traslado que hizo el señor CESAR AUGUSTO GONZALEZ CORTES del RPM al RAI, con efectividad a partir del 1 de julio de 1995 a través de la administradora de fondos de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN, es ineficaz así como los demás que se hicieron al interior del regimen de ahorro individual con solidaridad, esto es, el que hizo de COLMENA a COLFONDOS, COLFONDOS a OLDMUTUAL y de OLD MUTUAL a PROTECCIÓN SA, y por ende no produjeron ningún efectos jurídico, por lo tanto se debe entender que jamás se separó del regimen de prima media con prestación definida. Condenó a Protección Sa a que transfiera al RPM, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, que recibió en los periodos del 1 de julio de 1995 al 30 de noviembre de 1997 y desde el 1 de mayo de 2004 hasta la fecha en que opere el traslaod de los dineros. Condenó a Colfondos SA a que transfiera con destino a Colpensiones los dineros que recibió por gastos de administración durante el periodo del 1 de diciembre de 1997 al 30 de junio de 2002. Condenó a Old Mutual SA a que transfiera con destino a Colpensiones los dineros que recibió por gastos de administración durante el periodo del 1 de julio de 2002 al 30 de abril de 2004. Ordenó a Colpensiones a que reciba los recursoa que tratan los numerales 2, 3 y 4 de esta sentencia, y reactive la afiliación del demandante al RPM, sin solución de continuidad bajo el entendido que jamás se separó del RPM. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Costas a cargo de las demandadas Protección, Colfondos y Old Mutual, dentro de los cuales se deberña incluir la cuantía de $1.690.000, incluyendo como agencias en derecho a Protección y a Old Mutual el 40% cada una del monto de las costas y el 20% restante lo deberá pagar Colfondos.

Protección SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que es improcedente la devolución de gastos de administración, pues las cobran todas las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual, con el fin de pagar el seguro provisional de la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, que opera tanto en el regimen de ahorro individual, como en el regimen de prima media, y Protección ha sido diligente y cuidadosa con los fondos que le fueron depositados en su cuenta de ahorro individual, toda vez que Protección es una entidad experta en la inversión y cuidado de los recursos de propiedades de sus afiliados. Adicionalmente, la gestión de administración que se evidencia, se da en razón de los buenos rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorro individual del demandante. No obstante, no sería viable que se ordene la devolución, pues todas las comisiones pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante se realizaron conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1746 del código civil. En ese orden de ideas, y la consecuencia de la nulidad de la afiliación, es que las cosas vuelvan al estado que se encontraban antes, en estricto sentido, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende, Protección SA no debía administrar los recursos de la cuenta ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuos, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto, debe entenderse que aunque se declara una ineficacia de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, fruto que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP, el cual se debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado, en ese sentido, trae a colación la sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que establece que devolver los gastos de administración generaría un enriquecimiento sin justa causa para el demandante.

A sú vez, **OLD MUTUAL SA** apeló la sentencia indicando que no es posble reintegrar las sumas descontadas por concepto de gastos de representación, si se tiene en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se ordena destinar un porcentaje para pagar la póliza para el cubrimiento de seguros de invalidez muerte, y la otra para sufragar gastos de administración, de ahí que ya fue cancelado a la aseguradora, para cubrir los riesgos de invalidez y muerte del actor, por lo que dicho valor no se encuentra en las arcas de la demandada, igualmente, no sería posible el reintegro del porcentaje descontado por

comisión de amdinsitración, teniendo presente que dichos recursos fueron utilizados en la administración de la cuenta individual del demandante, mientras estuvo afiliado con la demandada, lo que generaría un enriquecimiento ilícito respecto del demandante.

Finalmente, **COLPENSIONES** apeló la sentencia, manifestando que resulta improcedente declarar la nulidad de traslado, por cuanto el demandante no era beneficiario del regimen de transición, por lo que dicha solicitud debió haber sido presentada anres de contar con 10 años para el cumplimiento de los requisitos para pensionarse, lo anterior en virtud de las sentencia 789 de 2002 y SU 130 de 2013, entre otras. Así mismo, la Ley 797 de 2003 otorgó un plazo de gracia para aquellos que se sintieron afectados y deseaban regresar al RPM, sin que se evidenciara que el actor haya hecho uso de dicha opción, por elcontrario, el mismo se afilió en repetidas ocasiones a distintos fondos de pensión, manifestando de esa manera su voluntad y deseo de continuar en el RAIS, esto es, de conformidad con el artículo 1754 CC, sobrevino una ratificación tácita, en la cual también se evidencia a lo largo del proceso, toda vez que contaba con la información correspondiente y debida, respecto de su cuenta de ahorro individual, como el mismo demandante manifestó en el interrogatorio de parte, no puede alegar ahora falta de información, ya que conocía la norma aplicable al caso, y no puede alegar su desconocimiento. En consecuencia, no se puede declarar la nulidad, pues no se dieron los presupuestos necesarios para anular el contrato suscrito, y como quiera que ya venvió el término trienal de que trata la norma laboral, así como la del codigo civil, se encuentra finalizada la oportunidad para solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación al regimen de ahorro individual.

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 JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA SA efectuado por el (la) señor (a) **CESAR AUGUSTO GONZALEZ CORTES** el día 13 de junio de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP COLMENA SA, el 13 de junio de 1995, efectivo a partir del 1 de julio de 1995, posteriormente solicitó trasladarse el 15 de octubre de 1997 a la AFP Colfondos, efectivo a partir del 1 de diciembre de 1997, luego se trasladó el 23 de mayo de 2002 a la AFP OLD MUTUAL SA, efectivo a partir del 1 de julio de 2002 y finalmente, solicitó trasladarse el 09 de marzo de 2004 a la AFP PROTECCION SA, con efectividad a partir del 1 de mayo de 2005 (fls. 199).

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ STELLA GUTIÉRREZ CUBILLOS contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 11001 31 05 024 2018 00175 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 estudiar el recurso de apelación presentado por PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en atención a la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 05 de septiembre de 2019.

Por otra parte, se advierte que el apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegaciones, solicitando acceder a todas las pretensiones enunciadas en el escrito de demanda, bajo el argumento que dentro del plenario no obra prueba alguna que acredite, que tuvo acceso a una asesoría clara completa y veraz sobre las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado efectuado al RAIS.

Entre tanto COLPENSIONES, alegó que de las pruebas arrimadas al expediente se acreditó que la demandante se encuentra válidamente

afiliada al RAIS. Igualmente agregó que no es posible el retorno al RPM, toda vez que la actora se encuentra en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para trasladarse en cualquier momento. Finalmente enunció que la accionante no logro demostrar la configuración de algún vicio en el consentimiento para la fecha en que se efectuó el cambio de régimen pensional

Mientras tanto COLFONDOS S.A. adujo en su escrito de alegaciones que no existe prueba alguna que dé certeza de la presencia de algún vicio en el consentimiento para la calenda del traslado, que pudiere generar la nulidad de la afiliación al RAIS.

Por último PORVENIR S.A. precisó en sus alegaciones que la información suministrada a los afiliados al RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Igualmente adujo que para la fecha de traslado o cambio de régimen pensional efectuado por la actora, los fondos privados no tenían la obligación de brindar la información en los términos señalado por la actora, pues este deber solo surgió con la expedición de la Ley 1328 de 2009.

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

I. ANTECEDENTES

La señora LUZ STELLA GUTIERREZ CUBILLOS, pretende que se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad inicialmente a COLFONDOS S.A. y con posterioridad a PORVENIR S.A., ante la omisión en el deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro, y se condene a esta última entidad a registrarla en el régimen que administra. Sustento sus pretensiones, en que nació el 10 de septiembre de 1961, que efectuó un total de 125.43 semanas de cotización en el ISS, que el 22 de abril de 1994, se vinculó a COLFONDOS S.A., pero que esta entidad no cumplió con el deber de información previo a la afiliación. Así

mismo manifestó que el 29 de abril de 2005, se cambió de administradora vinculándose a PORVENIR S.A. Finalmente señaló que presentó peticiones antes las entidades convocadas a juicio, solicitando la nulidad de traslado, pero que dicho requerimiento fue despachado de manera desfavorable.

Como fundamento normativo, citó el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y Decreto 2555 de 2010. Así como las sentencias con radicación 33083 de 2008, 31989 de 2008 y 46212 de 2014 dictadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 60-69 del plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que no existió ningún vicio en el consentimiento en la vinculación que realizó la actora al RAIS, ya que estaba en la obligación de informarse acerca de las consecuencias del traslado, más cuando las normas son de público conocimiento. Propuso las excepciones de buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico y prescripción.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 122-129, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que cumplió con todas las obligaciones de índole legal que se encontraban vigentes para la fecha en que la demandante perfecciono su afiliación al RAIS, ya que le brindó información acerca de las modalidades de pensiones y de los requisitos para acceder a las prestaciones. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandada, buena fe, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica.

Entre tanto COLFONDOS S.A., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que le brindó a la señora Gutiérrez Cubillos una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su

decisión de traslado de régimen, ya que le indicó las características del RAIS, así como las ventajas y desventajas, las diferencias entre los regímenes existente y el derecho de rentabilidad. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación, pago y saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación (folio 91-108).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de septiembre de 2019, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO**: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo la señora LUZ STELLA GUTIÉRREZ CUBILLOS, identificada con C.C. 51.629.8769 a COLFONDOS S.A.PENSIONES Y CESANTIAS suscrita el 22 de abril de 1994, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales la señora LUZ STELLA GUTIERREZ CUBILLOS, identificada con C.C. 51.629.876, nunca se trasladó al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> ***TERCERO**: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, las cotizaciones que hizo la demandante identificada con C.C. 51.629.876, junto con los rendimientos que haya causado, es decir, con los que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo indicado en la parte motiva.*
>
> ***CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la señora LUZ STELLA GUTIERREZ CUBILLOS, identificada con C.C. 51.629.876, actualizar y corregir su historia laboral una vez recibida estos dineros de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.*
>
> ***QUINTO**: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.*
>
> ***SEXTO:** SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.*

207

***SEPTIMO**: En caso de no apelarse la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional de consulta.*

El A-quo argumento que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 2003, y teniendo en cuenta las sentencias con radicaciones 55050 de 2015, 46292 de 2017 y 68852 de 2019, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la actora 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 objetiva, comparada y transparente sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional.

IV. RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A.

Señaló: "*En la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación contra la providencia proferida por el presente despacho por las siguientes consideraciones: en primer lugar la señora Luz Stella conocía las cualidades propias de la naturaleza del régimen de ahorro individual, también tanto así que en el interrogatorio de parte pues manifestó que conocía alguno de las cualidades del Régimen de Ahorro Individual y tenía conocimiento básico de las características del Régimen de Prima Media, y aun así opto por el RAIS como su mejor opción , así mismo se debe tener en cuenta que el Régimen de Prima Media se basa en la solidaridad del sistema y conceder el traslado de la señora demandante solo contribuye a la desfinanciacion de este; máxime cuando el traslado desembocaría en el reconocimiento de una prestación en un régimen al cual la demandante no ha cotizado, de igual manera solicito al H. tribunal que no tenga en cuenta, que no tenga como un indicio en contra de mi representada la falta de documentación de la asesoría prestada a la señora Luz Stella, siempre que no obstante el deber de información solo surgió con la expedición de la ley 1748 de 2014, y esta no cuenta con efectos retroactivos, por lo tanto no se puede endilgar a la administradoras obligaciones que no tenían al momento del traslado*"

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

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

208

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

210

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

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

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

CONCLUSIONES I:

Bajo las anteriores premisas y con fundamento en los pronunciamientos citados, resulta sustentado afirmar, en síntesis: Que la

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

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

Sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de nuestra Sala de Casación Laboral ha interpretado las normas que se refieren al deber de información de las AFP, definiendo que el incumplimiento al mismo imposibilita la libertad de elección de régimen pensional por parte del afiliado, determinado tres etapas en la regulación, consignadas entre otras en la CSJ-SL1452-2019, resumidas en el siguiente cuadro:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**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,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes

21

	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	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 (fecha de afiliación al RAIS-folio 110), se convierten en variables determinadas tanto por los cambios introducidos en la ley 797 de 2003, como por la verificación ya en concreto de las variables económicas que incidieron sobre los rendimientos financieros de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, que determinan el monto de la pensión en forma concreta.

Sobre la aplicación de la Ley en el tiempo, ha reiterado la jurisprudencia Sala de Casación Laboral, que las normas bajo las cuales se juzgan los actos jurídicos son las vigentes al momento de su ocurrencia, que en el caso de la demandante corresponden a las vigentes en el año 1994 en que realizó su afiliación al RAIS (folio 110), siendo las aplicables las contenidas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto n° 663 de 1993; los artículos 4, 14 y 15 del decreto 656 de 1994, que dan marco al deber de información, en lo que se ha denominado la primera etapa.

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

LEY 100 DE 1993.

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

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de

Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

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

1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

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

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

a. Establecimientos de crédito.

b. Sociedades de servicios financieros.

c. Sociedades de capitalización.

d. Entidades aseguradoras.

e. Intermediarios de seguros y reaseguros

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

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

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

ARTICULO 14. *Las Sociedades Administradoras de Fondo de Pensiones tendrán, entre otras, las siguientes obligaciones:*
a) Mantener los activos y pasivos de los fondos que administren separados entre sí y de los demás activos de su propiedad. Igualmente, conservan actualizada u en orden de la información y documentación relativa a las operaciones de los fondos y a los afiliados;
b) Mantener cuentas corrientes o de ahorros destinadas exclusivamente a manejar los recursos que administran, las cuales serán abiertas identificando claramente el Fondo al que corresponde la cuenta respectiva;

c) Enviar a sus afiliados, por lo menos trimestralmente, un extracto que registre las sumas depositadas, sus rendimientos y saldos, así como el monto de las comisiones cobradas y de las primas pagadas. La Superintendencia Bancaria podrá autorizar a las administradoras el envío o disponibilidad de extractos por medios distintos a la correspondencia escrita;

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

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

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

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

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

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

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

j) Prestar, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 60 de ley 100 de 1993, asesoría para la contratación de rentas vitalicias, cuando ellas les sea solicitada por sus afiliados;
k) Publicar la información que determinen el Gobierno Nacional y la Superintendencia Bancaria de conformidad con sus facultades legales;
l) Devolver los saldos de que tratan los artículos 66, 72 y 78 de la Ley 100 de 1993 dentro de los mismos plazos máximos que se fijen para el reconocimiento de pensiones y, si a ello hubiere lugar, entregarlos de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 7o. del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;
m) Las demás que señalen las disposiciones legales.

ARTICULO 15. *Todo fondo de pensiones deberá tener un plan de pensiones y un reglamento de funcionamiento aprobados de manera previa e individual por la Superintendencia Bancaria. El reglamento debe contener, a lo menos, las siguientes previsiones:*
a) Los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora;
b) El régimen de gastos conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Bancaria, y
c) Las causales de disolución del fondo.
El texto del reglamento, así como del respectivo plan, deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación.
Los reglamentos deberán ser redactados de forma tal que sean de fácil comprensión para los afiliados y la copia que de los mismos se entregue a éstos deberá emplear caracteres tipográficos fácilmente legibles.

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

PARAGRAFO. *transitorio. A las personas que se vinculen a un fondo de pensiones durante los dos primeros meses de*

214

funcionamiento del mismo, el texto del reglamento podrá serles entregado a más tardar al vencimiento de dicho término.

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

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

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

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia del acto de afiliación prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al interpretar que tal falta atenta contra la libertad de elección prevista en el artículo 13 del mismo estatuto, porque en síntesis, no puede ser libre una decisión desinformada.

El artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece un régimen sancionatorio para el empleador o cualquiera otra persona que *impida o atente* contra la libertad de elección del régimen pensional, estableciendo la imposición de multas y que la afiliación quedará sin efecto y podrá

hacerse nuevamente. La norma consagra una sanción, que es la imposición de una multa por parte de una autoridad administrativa (Ministerio de Salud – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Superintendencia de Salud) y, una penalidad accesoria, que deja sin efecto la afiliación para que el afectado pueda hacerla nuevamente.

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

Siendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la fuente invocada para dejar sin efecto la afiliación al régimen pensional, bien vale la pena recordar, que los regímenes sancionatorios solo pueden establecerse en leyes, siendo de la esencia de los mismos que solo el Congreso de la República pueda adoptarlos en virtud del principio denominado *reserva de ley,* e impone que las correspondientes sanciones solo puedan ser impuestas por las autoridades competentes, acatando el debido proceso, dentro del plazo previsto por la ley y con la dosificación señalada en ella. De otra parte el Decreto n° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

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

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

215

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

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

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

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

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se

encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Alcance

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

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

216

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

217

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

C18

público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley.

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

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

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

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

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

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

En síntesis, ha señalado la jurisprudencia, que la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando emana de la ausencia del deber de información por parte de las AFP, transgrede el derecho a la libre elección prevista en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y, conduce a la ineficacia de la afiliación, la cual deberá entenderse en sentido estricto y deberá en consecuencia producirse el restablecimiento previsto en el artículo 1746 del Código Civil que reza:

> *La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*
> *En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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

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

En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de

su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.

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

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

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

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la

de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

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

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada 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

221

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

222

mismo, pues en él se discute una situación contractual entre comerciantes, en el que al declararse la ineficacia de pleno derecho a la venta de las acciones de una compañía, se afecta a un tercero comprador; teniendo la necesidad de abordar los restablecimientos mutuos a la luz del artículo 1746 del Código Civil, **pero por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio.**

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

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

227

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 1994, en que la afiliada tomó su decisión.

La anterior afirmación tiene sustento, en que de conformidad con lo hasta aquí expuesto, el régimen sancionatorio establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que sirve como sustento a la ineficacia del acto de afiliación, establece como sanción adicional a la multa que impongan las autoridades administrativas allí señaladas, la ineficacia del acto de afiliación y la habilitación para que el interesado haga una nueva; que de

ninguna manera puede traducirse en que Colpensiones asuma la consecuencia de las omisiones de la AFP, que no solo es un sujeto de derecho diferente y autónomo, sino que es su competencia en materia de administrar pensiones sus afiliados.

Cabe resaltar que la relación jurídica originada en el acto de afiliación del demandante cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujeto a la demandada COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídica sustancial que vincula a la actora con la restante demandada.

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

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

> *7.5. Según se explicó en precedencia, el régimen de prima media con prestación definida tiene un carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas, en otras palabras, los cotizantes son los convocados a sufragar las pensiones de quienes ya cumplieron los requisitos de acceso.*
>
> *7.6. Para ello el fondo común incorpora la totalidad de las cotizaciones y junto con los incrementos financieros que se producen dispone del pago de las pensiones, en las distintas contingencias.* ***Esto que parece simple tiene sin embargo una gran complejidad, en la medida en que tanto la fijación de las***

229

cotizaciones, como el tiempo en el que debe realizarse y la edad del disfrute se determinan de acuerdo a un modelo financiero que permita hacer viable el régimen. *El Estado allí funciona como garante de las obligaciones pensionales, siempre que los afiliados cumplan con la densidad de semanas exigidas y la edad requerida. Con todo y la fijación de un modelo actuarial que haga sostenible el régimen de prima media, tal como se explicó en el acápite pertinente, por lo menos se subsidian en un 40% las pensiones de vejez.*

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

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

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

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

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

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

125

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

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

CONCLUSIONES IV.

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

acto de afiliación, ni mucho menos en la deficiente información invocada; que resulta trascendente juzgar el acto de afiliación de manera oportuna, ya que el aporte de la cotización en un sistema de reparto simple, cumple su objetivo de contribuir al pago de las pensiones ya causadas, y, hacerlo inoportunamente desfigura el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

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

Del formulario de afiliación obrante a 110 del plenario, se corrobora que la demandante se vinculó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., el 22 de abril de 1994; que el 31 de marzo de 2000, firmó vinculación en COLPATRIA S.A. (folio 136), y el 29 de abril de 2005, se cambió de administradora, vinculándose a PORVENIR S.A. (folio 13).

Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora LUZ STELLA GUTIERREZ CUBILLOS, se pudo establecer que es Administradora de Empresa, que labora en el Banco de Occidente, como gerente de cuenta; que firmó los formularios a las distintos fondos privados de manera libre, voluntaria y sin presiones, que asesor no les brindó información, tan solo dejo los formularios para su firma: *"el dejo los formatos y todos teníamos que firmar en ese momento".* Igualmente manifestó que no leyó el formulario de afiliación, que tan solo procedió a diligenciarlo y firmarlo y que en el año 2009, sus amigas le indicaron que resultaba pertinente devolverse al RPM: *"mis amigas me dijeron: no se ha trasladado a Colpensiones, hay que trasladarse, porque nos dijeron no es como lo estaba diciendo, yo me acerque pedí información como sería mi situación en el momento de recibir mi pensión."*

Por otra parte, el traslado se efectuó en el año 1994, y solo hasta el 2017 (folio 18-19 y 110), la demandante se interesó por su situación pensional, a pesar que desde el año 2009 tenía cocimiento que no había recibido la asesoría pertinente acerca del Régimen de Ahorro Individual, lo

226

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 PORVENIR S.A. -*apelante*- y de Colpensiones S.A., esta última porque ni patrocino su traslado, ni intervino en al acto de afiliación al RAIS.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección.

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

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

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

QUINTO: DECLARAR que en Colombia coexisten dos regímenes pensionales administrados por sujetos de derecho privado, en el caso de las AFP y 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.

227

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

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

DECIMO: DECLARAR que Colpensiones y las AFP COLFONDOS S.A. Y PORVENIR 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 lòs 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 abril de 1994, fecha del traslado a COLFONDOS 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 PORVENIR S.A, por ausencia de la demostración de perjuicios causados con ocasión de la afiliación, a la luz de lo dispuesto el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, 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 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.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA Aclaración de vot.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Salvamento de voto)

Última hoja del proceso Proceso Rad. n.° 024-2018-00175-01, promovido por Luz Stella Gutiérrez Cubillos contra Colpensiones y otro (revoca condenas a COLPENSIONES y Porvenir S.A.)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 24-2018-00175-01

DEMANDANTE: **LUZ STELLA GUTIÉRREZ CUBILLOS**
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

229

TSB SECRET. S. LABORAL
39533 17JUL'20 PM12:30

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 24-2018-00175-01

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

DEMANDANTE: **LUZ STELLA GUTIERREZ CUBILLOS**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO : **APÉLACION PORVENIR SA // CONSULTA COLPENSIONES**

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la demandada (Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 05de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Articulo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se advierte que los apoderados de las demandadas Porvenir SA (folios 172 a 178), Colpensiones (folios 193) y la parte demandante (folios 189 a 191) 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) **LUZ STELLA GUTIERREZ CUBILLO** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS SA y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4Vto. con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- Declarar que en el presente caso ha existido un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito entre la demandante y las AFP PORVENIR SA Y AFP COLFONDOS SA, pues tanto en la etapa precontractual, como en el momento de la ejecución del contrato, se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación, específicamente el hecho de no haberle informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en Colpensiones.
- Declarar que COLFONDOS SA, como PORVERNIR SA, incurrieron en omisión en el deber de información que tienen las entidades financieras con relación a la comunicación al afiliado de todos los beneficios y desventajas que se tienen en el RAIS.
- Declarar nulo el traslado de régimen pensional realizado y promovido por COLFONDOS SA y PORVENIR SA a nombre de la demandante.
- Que la demandante nunca dejó de pertenecer al RPM.

- Que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones y en consecuencia, nunca dejó de pertenecer al RPM.

Condenatorias:

- A la AFP PORVENIR SA, como administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, a la nulidad de la afiliación del régimen de ahorro individual.
- Que como consecuencia de la nulidad de la vinculación, condenar a las AFP demandadas, al traslado de los aportes cotizados en el RAIS a Colpensiones.
- Que como consecuencia de dicho traslado, condenar a Colpensiones a aceptar dichos aportes.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 60 a 74), COLFONDOS SA (fls. 91 a 120 y PORVENIR SA (fls. 122 a 141), de acuerdo al auto visible a folio 142. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 24° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 05 de septiembre de 2019, Declaró la ineficacia de la afiliación que hizo la demandante a COLFONDOS SA suscrita el 22 de abril de 1994. Declaró que para todos los efectos legales, la demandante nunca se trasladó al RAIS y en consecuencia, siempre permaneció en el RPM. Ordenó a PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES, las cotizaciones que hizo la demandante, junto con los rendimientos que haya causado, es decir, con los que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual. Ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba estos dineros de PORVENIR SA. Declaró no porbada la excepción de prescripción. Sin consta en costas en esta instancia.

Porvenir SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que la demandante conocía las cualidadrs propias de la naturaleza del regimen de ahorro individual, tanto es así que, en confesó conocer alguno de las características del RPM y aun así optó por el RAIS, como su mejor opción. Por otro lado, señala que el RPM se basa en la solidaridad del sistema, y al conceder el traslado de la actora, se estaría contribuyendo a la desfinanciación de éste, máxime si se reconoce una prestación en el RPM donde no ha cotizado. Finalmente señala, que el deber de información solo surgió a partir de la expedición de la Ley 1748 de 2014, y ésta no cuenta con efecto retroactivo, por lo que no puede imponerse a la AFP demandada que al momento del traslado de la demandante tenía la obligación de suministrar la información

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 JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señor (a) **LUZ STELLA GUTIERREZ** el día 22 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1° de mayo de 1994; **2-.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 22 de abril de 1994, efectivo a partir del 1 de mayo de 1994, posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP Colpatria el 30 de marzo de 2000, efectivo a partir del 1 de mayo de 2000, luego, dada la cesión, quedó afiliada a la AFP Horizonte, posteriormente, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA el 19 de octubre de 2001, con efectividad a partir del 1 de diciembre de 2001 y finalmente, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 29 de abril de 2005, con efectividad a partir del 1 de junio de 2005 (fls. 131).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 60 a 74), COLFONDOS SA (fls. 91 a 120 y PORVENIR SA (fls. 122 a 141). Colpensiones: aportó historia laboral y expediente administrativo de lademandante; Colfondos: historia de vinculaciones del SIAFP, formato de solicitud de afiliación a la AFP Colfondos SA, historia laboral, comunicados de prensa. Porvenir SA: certificado de afiliación a la AFP demandada, historia de vinculaciones del SIAFP, historia laboral, formato de solicitud de afiliación a la AFP Colpatria SA, sabana de bonos pensionales expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respuesta de derecho de petición, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de abril de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Nelson Esteban Orosco Orosco (fl. 110), 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 125,43 semanas cotizadas (fl. 71) y 33 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1961), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 55 años de edad (El traslado se efectuó con posterioridad a la Ley 100 de 1993) en el año 2016 (tenía más de 1.000 semanas – fl. 133), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

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

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 05 de septiembre de 2019 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502420180017501)

LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310502420180017501)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto.
(Rad. 11001310502420180017501)

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSUÉ RODRÍGUEZ MARÍN contra **TELEFÓNICA GLOBAL TECHONOLOGY SUCURSAL COLOMBIA.**

EXPEDIENTE n° 11001 3105 037 2018 00205-01

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

Resuelve la Sala, los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia dictada por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad, en audiencia realizada el 17 de mayo de 2019.

Se advierte que el apoderado del actor presentó escrito de alegaciones en el que reiteró los argumentos expuestos en la demanda al momento de formular las pretensiones; consideró ajustada a la realidad procesal la declaración del Juzgado al encontrar acreditada la disponibilidad en que debió laborar el demandante; así mismo se refirió a las manifestaciones expuestas al interponer su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia respecto de las pretensiones que no fueron objeto de condena y su inconformidad respecto de la excepción de prescripción que determinó el a quo sobre los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió el reconocimiento y pago de horas extras diurnas y nocturnas, recargos nocturnos, dominicales, festivos y descanso compensatorio del 2 de enero de 2007 al 19 de septiembre de 2017, con ese fundamento solicitó el reajuste de las cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios e indemnización por despido, aportes al sistema de seguridad social, la indemnización moratoria y la indexación de las sumas susceptibles de actualización.

Sustentó sus pretensiones en que estuvo vinculado inicialmente con la sociedad Telefónica Móviles Colombia S.A. desde el 2 de enero de 2007 para realizar la actividad de analista de soporte especializado, el 1° de febrero de 2015 tuvo lugar la cesión del contrato con la sociedad demandada, la cual dio por terminado el vínculo laboral el 19 de septiembre de 2017, señaló que el último salario devengado correspondió a la suma de $4'900.954.

Informó que, desde el inicio de la relación laboral, cumplió una jornada diaria de 10 horas, en turnos rotativos y permanecer en disponibilidad 14 horas en días ordinarios y aún en los de descanso obligatorio, esto como una exigencia de la parte demandada de mantener la atención y solución de problemas técnicos que se presentaban fuera de la jornada ordinaria, los cuales describe. Relacionó el número de horas extras laboradas entre los años 2013 a 2017 y manifestó que su empleador nunca le reconoció la remuneración por ese trabajo suplementario.

Por auto del 24 de mayo de 2018 el Juzgado admitió la demanda y ordenó su notificación, trámite que se surtió. (fls. 112 y 137).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada dio contestación mediante escrito que obra a folios 138 a 159, en el cual aceptó la existencia del vínculo laboral con el demandante y fundamentó su oposición a todas y cada una de las pretensiones en que desde el inicio del vínculo laboral se estableció que el trabajador se encontraba exento de la jornada máxima legal por desempeñar un cargo de confianza y manejo, situación que afirmó tuvo lugar durante toda la vigencia del contrato de trabajo, por lo cual dijo que el demandante no tiene derecho al pago del tiempo suplementario que pretende, ni a las reliquidaciones reclamadas. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de pago por trabajo suplementario, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, enriquecimiento sin causa del demandante, compensación, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 17 de mayo de 2019, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que resolvió:

330

"PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante JOSUÉ RODRÍGUEZ MARÍN en calidad de trabajador y la demandada TELEFÓNICA GLOBAL TECHNOLOGY SUCURSAL COLOMBIA en calidad de empleadora, existió una relación, en razón a un contrato indefinido, que se desarrolló entre el 02 de febrero de 2007 y el 19 de septiembre de 2017.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS PARCIALMENTE las excepciones de prescripción, pago y buena fe.

TERCERO: CONDENAR a la demandada TELEFÓNICA GLOBAL TECHNOLOGY SUCURSAL COLOMBIA a reconocer y pagar a favor del demandante:

a. Por trabajo suplementario $86.938.074
b. Por reliquidación a las cesantías desde el 23 de marzo de 2015 hasta el 19 de septiembre de 2017 $7'205.924.
c. Por reliquidación de intereses de cesantía por el citado periodo $733.844.
d. Por reliquidación de primas de servicios $7'205.924.
e. Por reliquidación de compensación de vacaciones $3'602.977
f. Pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones por el año 2015 desde el 23 de marzo de 2015 $2'742.699, para el año 2016 $2'941.545 y para el año 2016 $2'995.027, obligación de hacer, bien para la parte actora o demandada, para lo cual se concederá un término de 15 días hábiles para que la AFP a la cual se encuentre afiliado el demandante efectúe la liquidación, y una vez obtenida la misma, se le otorgará un plazo de 15 días hábiles para que TELEFÓNICA GLOBAL TECHNOLOGY SUCURSAL COLOMBIA efectúe su pago efectivo.
g. Pago de diferencia en la indemnización por terminación del contrato de trabajo por $6'966.580.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

QUINTO: CONDENAR a la demandada TELEFÓNICA GLOBAL TECHNOLOGY SUCURSAL COLOMBIA a pagar las COSTAS a favor del demandante JOSUÉ RODRÍGUEZ MARÍN. Para efecto fíjese la suma de $1'000.000 como agencias en derecho. Por Secretaría Tásense.
NOTIFICADO EN ESTRADOS"

Notificada la decisión el apoderado de la parte demandante solicitó la adición de la sentencia frente al numeral 5° de las pretensiones, que corresponde a la condena por indexación; el Juzgado adicionó la sentencia en el numeral tercero para disponer la condena por concepto de indexación de las condenas impuestas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Recurrió la decisión para que se profiera la condena pretendida frente al pago de los recargos nocturnos, al manifestar que si el Juzgado concedió el pago de las horas extras nocturnas, debe ser concomitante el reconocimiento de dichos recargos, teniendo en cuenta que la sentencia fue clara en cuanto a la acreditación de los turnos de disponibilidad en que debía estar el trabajador y en ese sentido

"*resulta de suyo aplicable la norma que es clara en señalar que el trabajo nocturno, por el solo hecho de ser nocturno conlleva el correspondiente reconocimiento del recargo*"; igualmente recurrió la decisión que dice haberse adoptado en la sentencia al declarar la prescripción frente a los aportes al sistema de seguridad social, para lo cual se refirió a la jurisprudencia que determina que ese concepto no se le puede aplicar el término prescriptivo, por lo cual solicitó que ese reajuste se ordene por todo el tiempo de la relación laboral. En cuanto a la absolución dispuesta respecto de la indemnización moratoria sostuvo que, si bien la Corte Suprema de Justicia ha fijado los lineamientos para determinar su viabilidad con fundamento en la buena fe del empleador, esta se debe analizar también dentro de la actuación procesal y en ese sentido desde la contestación de la demanda no se esgrimió un argumento enmarcado en la buena fe, pues solo se limitó la demandada a argumentar que el trabajador era de confianza y manejo por lo cual le negó el derecho que le asistía al pago del trabajo en tiempo suplementario, argumento que en el juicio "*se cayó de su peso y por ende también la buena fe*", dijo que no se puede exonerar de esa indemnización con el argumento de que el empleador haya pagado lo que creyó deber y reiteró que la disponibilidad impuesta por el empleador como factor de subordinación se debe considerar como un obrar de mala fe, por lo cual solicitó la condena por la referida indemnización moratoria.

V. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Pidió revocar el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia recurrida con fundamento en que el Juzgado para establecer los turnos de disponibilidad en que dijo haber estado el actor, tuvo como base el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la sociedad demandada, así como los testimonios recibidos, para señalar que por lo menos correspondió a un día a la semana y a un turno en fin de semana por cada mes, "*cuando el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte lo que manifestó fue que por lo general, un turno en la semana y uno el fin de semana al mes, así lo señaló la prueba testimonial*"; se refirió a la prueba documental que obra a folio 47 del expediente para manifestar que en la misma se puede ver que en el mes de marzo de 2015, el trabajador no laboró ningún fin de semana en turno de disponibilidad, por lo cual no se podía tomar un fin de semana al mes cuando no existe prueba al respecto y tampoco hay certeza de que en los días que disfrutó de vacaciones en los meses de marzo de 2017, agosto de 2015 y enero de 2016, haya laborado en fines de semana y por ello para ordenar los pagos que dispuso el Juzgado debe existir plena prueba de haber

336

estado en turnos de disponibilidad y en este caso solo hay prueba de que el trabajador se le programaron en mayo, junio y julio de 2015, como quedó demostrado por medio de los correos electrónicos. Por otra parte, sostuvo que el salario devengado por el actor en los años 2015, 2016 y 2017 tuvo variaciones que debieron ser tenidas en cuenta para establecer las condenas; señaló que en la demanda no se formuló pretensión respecto de la reliquidación de vacaciones y el Juzgado condenó por ese concepto, sin manifestar haberlo hecho de acuerdo con las facultades extra y ultrapetita. Reiteró que la carga de la prueba en la demostración del trabajo en tiempo suplementario le corresponde a la parte demandante, lo cual no ocurrió, así mismo que el actor al absolver interrogatorio de parte dijo haber laborado 7 días a la semana y las 24 horas del día, aún sostuvo que laboró algunas veces por 36 horas, sin que exista prueba alguna de ello, por lo cual reiteró su solicitud de que sea revocado el numeral tercero de la sentencia de primera instancia y de no hacerlo que se verifiquen las liquidaciones de las condenas.

C O N S I D E R A C I O N E S

EXISTENCIA DE LA RELACION LABORAL

No fue objeto de controversia entre las partes la existencia del vínculo laboral que las unió, al ser aceptado desde la contestación los hechos narrados en la demanda, referentes a que el actor laboró para la sociedad enjuiciada por el tiempo comprendido entre el 2 de enero de 2007 y el 19 de septiembre de 2017, mediante contrato a término indefinido en virtud del cual prestó sus servicios como analista junior de atención al cliente interno, analista junior soporte ACI, y profesional soporte especializado II, con un último salario mensual en la suma de $4'900.954.

CARGOS DE CONFIANZA Y MANEJO

Como argumento de la parte demandada para considerarse exonerada del pago de la labor en tiempo suplementario pretendido en la demanda, sostuvo que los cargos desempeñados por el trabajador fueron de confianza y manejo, situación que lo eximió de la jornada máxima legal y que no da lugar a lo pretendido.

Como es sabido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 del C.S.T., los trabajadores de dirección, confianza y manejo se encuentran excluidos del

cumplimiento de la jornada laboral ordinaria, precisamente en razón a sus especiales calidades que hacen que se requiera de sus servicios en cualquier momento de la jornada laboral o después de ella.

Al respecto la corte constitucional en Sentencia C-372/98, determinó:

> *"Los cargos de dirección, de confianza y de manejo revisten una especial importancia en cualquier organización, resultando esenciales al cabal desarrollo de sus actividades, a la preservación de sus intereses fundamentales y a la realización concreta de sus fines. Por lo tanto, la consagración de estas actividades como una excepción a la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo se inscribe dentro de la facultad que asiste al legislador para definir situaciones específicas en las que se justifique solicitarle al trabajador una disponibilidad diferente, toda vez que la responsabilidad ajena a actividades de esta índole es de mayor entidad que la originada en funciones corrientes."*

Se debe tener en cuenta que las labores de dirección, confianza y manejo no se pueden determinar de manera automática y genérica, cuando el verdadero sentido es que tal regulación, en especial el artículo 32 del C.S.T., va dirigido a aquellos trabajadores que ejercen una especial posición jerárquica dentro de la empresa con facultades, inclusive de representación legal del empleador y de aplicación de medidas disciplinarias; es por ello que los cargos de dirección, confianza y manejo tienen características fundamentales, como *"desarrollar funciones conceptivas orgánicas y coordinativas, cuyo fin es el de buscar el éxito empresarial en el desarrollo del objeto social, llevando además la representación del empleador"; "ocupan una posición jerárquica dentro de la empresa con facultades de disciplina, modo y contratación dentro de la delegación recibida"; "Los actos y omisiones ejercidos por estos directores obligan al empleador frente a los demás trabajadores"; "el desempeño de estos cargos se realiza dentro de un poder discrecional cuyos límites van hasta la escala jerárquica que ocupan"; "la gestión que realice sirve de enlace o empalme ante los diferentes sucesos y la organización central"*.

Visto lo anterior y de conformidad con las funciones realizadas por el demandante, con la denominación de sus diferentes cargos no es posible decir válidamente que corresponden a las de un trabajador de dirección, confianza y manejo, pues no se demostró que hubiera tenido a su cargo personal subordinado, ni que su labor en la empresa haya correspondido al de un trabajador de esa naturaleza, y es que respecto de los trabajadores que ostentan dicha calidad, la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia calendada de 17 de julio de 2006, radicación 24428, señaló:

337

"Para la Corte de las reseñadas funciones no es dable concluir que el cargo desempeñado por la trabajadora demandante reuniera con claridad las características que identifican a los cargos de dirección, confianza y manejo que exigen, honradez, rectitud y lealtad especiales, lo que indica que el empleador deposita en el trabajador un grado especial de confianza, distinto al exigido a cualquier otro trabajador, en tanto aquellas labores comprometen de manera importante los intereses económicos de la empresa".

Definido lo anterior, en cuanto hace a la reclamación que por tiempo suplementario se efectuó en la demanda y por la cual profirió condenas el Juzgado, al encontrar acreditados los turnos de disponibilidad que determinó en la sentencia recurrida, se debe señalar tal figura tiene lugar cuando el trabajador no labora pero está sujeto a que en cualquier momento deba hacerlo, según los requerimientos de su empleador; en tal caso el empleado no trabaja, pero está presto a hacerlo cuando las circunstancias lo requieran, y ello implica que no pueda disponer libre y autónomamente de su tiempo, pues en caso de ser necesario, la obligación de presentarse a trabajar está por encima de cualquier consideración personal o familiar, lo cual limita e incluso imposibilita que el trabajador pueda disfrutar de tiempo libre, como programar salidas familiares o cualquier otra actividad en su provecho, y por ello la disponibilidad ha sido considerada como una forma de trabajo y en esa medida como parte de la jornada laboral. Tal modalidad no es nueva en el ámbito laboral y ya desde 1968 la H. Corte Suprema de Justicia al referirse al tema indicó:

> *«Porque si esta modalidad de mantenerse a órdenes del patrono, se cumple en el lugar de servicio, sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia, es indudable que tal "disponibilidad" si encaja dentro de la asimilación al servicio para enmarcarla en la jornada laboral. Y lo propio ocurre si el trabajador debe radicarse, con las modalidades anotadas en determinado lugar.» (Sentencia del 11 de mayo de 1968 Gaceta judicial* CXXVII)

Es claro que la disponibilidad en las referidas condiciones debe ser tenida en cuenta dentro de la jornada laboral del trabajador, y ello implica el reconcomiendo de todos los emolumentos derivados de ella, como el pago de horas extras si la disponibilidad excede la jornada laboral ordinaria; al pago del recargo nocturno si la disponibilidad se debe prestar en la noche; al recargo dominical y festivo si la disponibilidad se presta en domingos o festivos.

En el sentido antes indicado se pronunció más recientemente la Sala de Casación Laboral de la h. Corte Suprema, en un caso de similares características, al señalar en la sentencia SL 5584-2017 con radicado 43641 del 5 de abril de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. JORGE LUIS QUIROZ ALEMAN:

"En efecto, el yerro del sentenciador de alzada condujo a revocar la sentencia de primera instancia en perspectiva de los medios de prueba que ya se relacionaron, lo que llevó a obtener una inferencia ostensiblemente equivocada, en el sentido de considerar que la sola disponibilidad del trabajador en los diferentes turnos que le programó el empleador durante varios fines de semana, no le daban derecho al pago de los mismos, sino cuando se materializara realmente alguna actividad a favor de este último.

Y es que a juicio de la Corte, el simple sometimiento del asalariado de estas a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada.

Por manera que, evidenciado el desacierto en que incurrió el ad quem, procede el examen de la prueba testimonial recaudada en el proceso, de la cual resulta palmario que los turnos de disponibilidad comprendían los sábados y domingos, las 24 horas, y que la misma consistía en revisar los daños y el estado de las centrales, y en caso de existir algún problema que no se pudiera solucionar remotamente, se debían trasladar directamente hasta la central.

(...)

Por lo anterior, se reitera, fue palmario el error del Tribunal, pues lo que demuestran las pruebas aportadas al proceso es que los demandantes estaban disponibles para la demandada algunos sábados y domingos, las 24 horas, turnos en los que se realizaban monitoreos a las centrales, y debían estar pendientes desde sus casas de cualquier falla presentada, caso en el cual, solucionaban el problema desde sus hogares, o se trasladaban directamente a la planta para solucionarlo.

Por lo visto, el cargo prospera. En sede de instancia, para confirmar la decisión que adoptó el primer sentenciador, valen los mismos argumentos que allí se insertan, en tanto está plenamente demostrado que los demandantes, algunos sábados y domingos, por 24 horas, estaban disponibles desde sus hogares para atender cualquier problema que se presentara en las centrales de la demandada; además, aun cuando en el plenario reposan documentos que dan cuenta de que se reconocieron algunas horas extras laboradas a los actores, las mismas no se acompasan con la realidad del asunto, esto es que los demandantes, cuando eran

338

programados para realizar turnos operativos, estaban disponibles para remediar algún inconveniente que se presentara, es decir, estaban bajo las órdenes de su empleador, sin importar la hora ni el momento."

En este caso se demostró en el litigio, con fuerza de plena prueba la imposición del empleador frente al actor de los referidos turnos de disponibilidad, pues además de obrar la prueba de confesión dada por el Representante Legal de la sociedad demandada al respecto, consecuente con las declaraciones dadas por los testigos, existe prueba documental que permite dar por demostrada esa situación, partiendo desde el contrato de trabajo (fls. 30-36), cuando desde el inicio del vínculo laboral le fueron impuestas al trabajador unas funciones impropiamente denominadas de dirección, confianza y manejo con el único propósito de asignarle trabajo en largas jornadas determinadas en los diferentes turnos que le eran dados a conocer al trabajador, en algunas ocasiones por medio de correos electrónicos (fls. 47 a 67) y en otras de manera verbal; así mismo mediante la imposición de turnos de disponibilidad hasta por 24 horas (fls. 68-90)

El referido recaudo probatorio hace evidente que, en este asunto si le eran impuestos al demandante los mencionados turnos de disponibilidad, y no de manera esporádica como lo sostiene la apoderada de la demandada en su recurso, sino con la periodicidad que pudo evidenciar el a quo, que como se vio en la jurisprudencia citada deben necesariamente ser objeto de remuneración por parte del empleador; ahora bien, como se trata de trabajo en tiempo suplementario en que afirma el actor haber laborado y no ser pagado ni tenido en cuenta por su empleador, corresponde a un aspecto que está en la obligación no solo de señalar la parte actora en la demanda, sino de probarlo en el juicio de conformidad con lo que al respecto prevé el ordenamiento legal que regula el tema de la prueba en el juicio; y se ha tenido como un aspecto determinado que tal prueba debe ser directa, siendo esta la que el juez puede palpar, observar y hacer una valoración ajustada las reglas de la sana critica, por medio de la cual es posible llegar a la convicción por sí mismo de lo palpado y esto se puede lograr por medios validos arrimados al expediente.

En efecto, la prueba de las horas extras debe ser precisa y clara, según jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, al determinar que la demostración del trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión ya que no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas.

Revisadas las pruebas que se evacuaron en el curso del debate encuentra el Juzgado que desde el mismo interrogatorio de parte absuelto por el Representante Legal de la sociedad demandada, así como con las pruebas documentales ya reseñadas en esta sentencia, se acredita que efectivamente la extensión de la jornada laboral cumplida por el actor fue superior a las ocho horas, la que se mantuvo de manera invariable por todo el tiempo de la duración de la relación de trabajo existente entre las partes, por ello tuvo razón el Juzgado, cuando determinó a partir de las pruebas recaudadas, de manera clara y precisa exactamente el número de horas extras en que laboró el actor, de ahí que dispusiera la remuneración correspondiente, para cuya concreción tuvo en cuenta los salarios devengados por el actor y que quedaron plenamente probados para los años 2015, 2016 y 2017, aspecto sobre el que tampoco puede tener prosperidad el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

En consecuencia, las referidas condenas impuestas en la sentencia de primera instancia, por concepto de trabajo en tiempo suplementario, así como las reliquidaciones por prestaciones, incluidas las vacaciones y la correspondiente al pago de aportes a seguridad social con el salario real devengado por el demandante deben ser confirmadas, en consideración a que de manera clara el artículo 127 del C.S.T., establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, sino la fija o variable que recibe el trabajador sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como en este caso el valor del trabajo suplementario o de las horas extras; tales factores por corresponder a la noción legal del salario no pueden ser desconocidos en su vocación salarial, porque al corresponder a una retribución directa del servicio y por pertenecer a la estructura fundamental del salario, se les asigna de modo insustituible tal condición y en esa medida el a quo al encontrar adeudados tales conceptos dispuso las referidas condenas, sin que la omisión de manifestar con ritualismo que la condena por concepto de reliquidación de vacaciones se hiciera dentro de las previsiones del artículo 50 del C.P.T. y S.S., le

339

pueda restar validez a esa condena, toda vez que actuó bajo las potestades que la ley procesal le otorga al fallador de primera instancia.

En cuanto hace a la inconformidad de la parte demandante frente a los recargos nocturnos pretendidos, los cuales considera que debió ordenar el Juzgado partiendo de la condena que fulminó por concepto de horas extras nocturnas, incluidas las dominicales, en efecto las normas que regulan el asunto contenidas en los artículos 168 y 179 del C.S.T., determinan la forma en cuanto a los porcentajes que se deben aplicar para establecer los montos por concepto de los referidos descargos, acorde con ello y teniendo en cuenta las sumas señaladas en la sentencia de primera instancia por concepto de horas extras nocturnas y las que corresponden a los dominicales nocturnas, se modificará la decisión del a quo para disponer las condenas por tales conceptos en las sumas de $14'845.335 por recargo de horas extras nocturnas y de $10'142.776 por recargo de horas extras dominicales nocturnas.

Con respecto al recurso de la parte actora frente a la declaratoria de prescripción frente a los aportes al sistema de seguridad social que dispuso el Juzgado con antelación al 23 de marzo de 2015, es preciso tener en cuenta que en sentencias CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido "*que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción*". En similar dirección, en sentencias CSJ SL, 8 mayo 2012, rad. 38266, y CSJ SL2944-2016, señaló que "*...el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte fundamental para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación, no están sometidos a prescripción...Si bien es cierto que, a partir de algunas de las anteriores decisiones, podría pensarse que el pago de los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, que es lo que en esencia se discute en este proceso, sí prescribe, pero teniendo en cuenta que la obligación se hace exigible a partir del momento en el que se reconoce la pensión de vejez o de jubilación, la Corte considera prudente precisar su doctrina, en cuanto a que, por tratarse de aportes pensionales, que constituyen capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación y, como consecuencia, están ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidos a prescripción*".

En la sentencia CSJ SL795-2013, la Corte indicó: "...*teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, en cualquier tiempo, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada, equilibrada y digna. A partir de todo lo anterior, se reitera, para la Corte las reclamaciones por omisiones en la afiliación del trabajador o deficiencias en los pagos al sistema de pensiones y sus consecuencias, en tanto están ligadas de manera necesaria tanto a la consolidación plena, como a la financiación debida de las respectivas prestaciones, no están sometidas al fenómeno de prescripción.*"

Acorde con lo anterior, le asiste razón al recurrente y en tal sentido se modificará el literal f) del numeral Tercero de la sentencia de primera instancia para en su lugar ordenar que el pago de las diferencias que surjan en los montos salariales del actor, en consideración al trabajo en tiempo complementario, deberán ser tenidos en cuenta para efectos del pago de las diferencias en los aportes al sistema de seguridad social en pensiones durante toda la vigencia de la relación laboral, desde el 2 de febrero de 2007 y hasta el 19 de septiembre de 2017, en tal sentido la parte demandada deberá efectuar las liquidaciones a que haya lugar y dentro de los plazos establecidos por el a quo realizará los pagos respectivos.

Finalmente, con respecto a la indemnización moratoria cuya absolución fue objeto de recurso por el apoderado del actor, se debe indicar que, efectivamente como lo consideró el Juzgado la indemnización moratoria en ningún momento es automática, sino que debe realizarse un examen de la conducta del empleador frente a la situación especial, en aras de que aparezca demostrada la buena fe, lo que en consecuencia daría para que se exonerara de la indemnización moratoria pretendida; en esa medida, la interpretación que realizó el *A quo,* respecto de la aplicación de la sanción por mora, no se muestra arbitraria o caprichosa, dado que sus consideraciones las extrajo de las pruebas arrimadas al plenario, que daban cuenta de la forma de vinculación del actor, al estipular las partes que se trataba de un trabajador de confianza y manejo, no obstante haberse demostrado en el juicio lo contrario, tal situación de suyo no hace presumir la mala fe de la demandada empleadora, por lo cual es razonable que el Juzgado sustentara la

340

existencia de buena fe del empleador, en la forma de vinculación que existió entre las partes.

Resulta además, acertado que el a quo, sustentara su providencia de acuerdo con lo que la jurisprudencia ha considerado como indispensable para imponer la sanción moratoria, esto es, el análisis de la buena fe o carencia de ella del empleador al sustraerse del pago de las acreencias laborales, en esa medida considera la Sala que no hay lugar a efectuar un reexamen probatorio y sustancial del proceso, cuando el Juzgado dentro de la facultad de libertad de apreciación probatoria con que cuenta, según los precisos términos previstos por el artículo 61 del C.P.T. y S.S., no advirtió configurada la mala fe requerida para imponer la condena por concepto de indemnización moratoria, conclusión que comparte la Sala con la consecuente confirmación de la sentencia sobre ese aspecto.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la parte demandada, inclúyase como agencias en derecho la suma de $1'500.000.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. **MODIFICAR** la sentencia proferida el 17 de mayo de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada TELEFÓNICA GLOBAL TECHNOLOGY SUCURSAL COLOMBIA a pagar al demandante la suma de $14'845.335 por recargo de horas extras nocturnas y de $10'142.776 por recargo de horas extras dominicales nocturnas, sumas que deberán ser pagadas de manera indexada.

SEGUNDO: MODIFICAR el literal f) del numeral Tercero de la parte resolutiva de la sentencia recurrida para en su lugar ordenar que el pago de las diferencias que surjan en los montos salariales del actor, en consideración al trabajo en tiempo complementario, deberán ser tenidos en cuenta para efectos del pago de las diferencias en los aportes al sistema de seguridad social en pensiones durante toda la vigencia de la relación laboral desde el 2 de febrero de 2007 y hasta el 19 de septiembre de 2017, en tal sentido la parte demandada deberá efectuar las liquidaciones a que haya lugar y dentro de los plazos establecidos por el a quo realizará los pagos respectivos.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada, inclúyase como agencias en derecho la suma de $1'500.000.

Esta decisión se notificará por Edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

INCLÚYASE en la liquidación de costas, como agencias en derecho a cargo de la parte demandada la suma de $1'500.000.

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ZORAIDA PINILLA SERRANO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 029 2018 00225 01

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

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de octubre de 2019.

Por otra parte, se advierte que la apoderada de COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones, en el cual manifestó que la demandante se encuentra incursa en la prohibición legal contenida en el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003, que limitó el traslado de régimen dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez; sin que se haya probado en el juicio vicio alguno del consentimiento en el trámite de traslado que de manera voluntaria efectuó la actora, ni que para la fecha en que lo

realizó existiera norma que obligara a las AFP a realizar proyecciones pensionales. Solicitó absolver a esa entidad de toda carga.

A su vez el apoderado de PROTECCIÓN S.A., reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación frente a sus inconformidades con la sentencia de primera instancia y de manera específica frente a la orden de trasladar todo el dinero que tenga la actora en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones y manifestó que los gastos de administración están destinados al pago del seguro previsional, el cual corresponde a un descuento legal que no puede ser devuelto a los afiliados.

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

I. ANTECEDENTES

La señora ZORAIDA PINILLA SERRANO, pretende se declare nulo e ineficaz el traslado efectuado al fondo de pensiones HORIZONTE hoy POROTECCIÓN S.A., el 31 de agosto de 1994, por incumplimiento del Fondo de su deber legal de información al no brindar asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la demandante sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad y las consecuencias de esa decisión, por lo cual solicita ordenar su traslado a COLPENSIONES junto con la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos sus rendimientos.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 23 de junio de 1960, inició su vinculación al sistema de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida desde el 16 de agosto de 1983 y se trasladó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. el 31 de agosto de 1994, sin que al momento del traslado se le hubiera brindado la información necesaria respecto de las características de ambos regímenes, así como una proyección pensional, ni la posibilidad de retractarse de ese traslado; informó que el 15 de agosto de 2017 Protección le informó el monto aproximado de su mesada pensional en la suma de $1'892.522 en tanto que en Colpensiones sería de $4'161.292, por lo cual el 2 y 7 de noviembre de

222

2017 en forma respectiva solicitó a las entidades demandadas anular su afiliación al RAIS y disponer su regreso a Colpensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional; la Ley 100 de 1993, ley 1151 de 2007, decreto 2196 de 2009, Decretos 656 y 692 de 1994, Decreto 1642 de 1995, Ley 797 de 2003, artículo 1603 del Código Civil y Decreto 2071 de 2015.

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A. dio contestación mediante el memorial que obra a folios 112 a 122, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que las actuaciones de ese Fondo frente a la vinculación de la demandante estuvieron precedidas de buena fe y legalidad, así mismo que ella de manera libre y voluntaria suscribió el formulario de afiliación con lo cual manifestó su voluntad de vinculación, que la asesoría brindada fue completa y comprensible por lo cual no puede pretender la ineficacia de ese acto, ya que el desconocimiento de la ley no genera vicio en el consentimiento y de haberse presentado nulidad ya se encontraría saneada, sostuvo que la solicitud de nulidad va en contravía de los actos propios de la actora. Finalmente manifestó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no resulta aplicable a este caso. Solicitó integrar la litis con Porvenir S.A. y propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 123 a 134 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Protección S.A., sin que demuestre que en el trámite de traslado se hubiera producido error, fuerza o dolo, por lo cual no procede la solicitud de declarar su nulidad 24 años después de haber tomado esa decisión porque eso va en contra de la estabilidad financiera del sistema de pensiones, sin que legalmente sea posible el traslado de régimen cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Propuso las excepciones de prescripción

y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación mediante el escrito que obra a folios 149 a 156, en el que luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que a la demandante se le brindó toda la información del traslado acorde con las disposiciones legales y de conformidad con el control que ejerce sobre los Fondos las Superintendencia Financiera, por lo cual la afiliación efectuada el 31 de agosto de 1994es plenamente valida. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de mayo de 2019, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación de ZORAIDA PINILLA SERRANO identificada con la CC. N° 63.281.524 el 31 de agosto de 1994 a la demandada Horizonte Pensiones y Cesantías hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
>
> ***SEGUNDO. ORDENAR** a la demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ZORAIDA PINILLA SERRANO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*
>
> ***TERCERO. ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir del FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

223

CUARTO. *ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración que hubiese descontado por el tiempo que permaneció la demandante en dicho Fondo, estos deberán ser girados a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.*

QUINTO. SIN CONDENA *en costas.*

SEXTO. CONSULTAR *la presente sentencia en caso de no ser recurrida por la parte demandada, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.*

El A-quo argumento que la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes pensionales, cada uno con características diferentes, sin que en esa norma regulara el deber de las entidades de impartir una adecuada asesoría a los trabajadores para el momento de la afiliación, que solo a través de pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral desde el año 2008 hasta el 2019-*citando la providencias con radicados 31989 de 2008 y 33083 de 2011,* se determinó que las entidades administradoras de pensiones estaban en la obligación de impartir información veraz, completa y oportuna a sus afiliados previo a la vinculación, aspectos que en el presente asunto no se lograron acreditar; sin que sea óbice para acceder a lo pretendido en la demanda que la afiliada no se encuentre cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en esa medida se debe tener en cuenta que la Corte Suprema, en sus últimas decisiones determinó la figura de la inversión de la carga de la prueba en todos los eventos, sin importar que se tenga una expectativa legitima o no, por lo cual consideró que es deber ineludible de los Fondos privados suministrar la información clara, veraz y efectiva respecto de las condiciones de la pensión en el régimen de ahorro individual.

III. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en que la demandante nunca estuvo afiliada a Colpensiones sino a Cajanal y por ello es inequitativo que ahora se beneficie con esa vinculación a Colpensiones de las previsiones con que cuenta el fondo común del régimen de prima

media, lo cual va en detrimento de quienes si han permanecido por largos años vinculados a esa entidad de seguridad social.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PROTECCIÓN S.A.

Igualmente solicitó revocar la sentencia y en forma puntual se absuelva a la entidad del pago correspondiente a la devolución de las sumas a que se contrae el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia, con fundamento en que esas sumas están destinadas para los recursos con que se pagan el seguro previsional y los demás gastos fijados por la ley, por ello la gestión de administración corresponde a un aspecto ya causado por lo cual considera que no resultan procedentes esas condenas y al ser declarada la ineficacia del traslado a la demandante le correspondería devolver al Fondo privado las sumas correspondientes a los rendimientos que tuvo su capital en la cuenta de ahorro individual y de no hacerlo se genera un enriquecimiento sin causa injustificado a favor de la actora.

V. RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A.

Pidió revocar la sentencia con fundamento en que a ese Fondo le queda imposible cumplir lo ordenado en la sentencia porque la afiliación suscrita por la demandante con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. fue migrada mediante las afiliaciones posteriores con la anulación del registro inicial que hizo a este Fondo por lo cual reitera que es imposible cualquier trámite cuando ya no existe esa vinculación; sostuvo que en igual sentido los rendimientos que tuvo en ese Fondo ya tuvieron sus deducciones de orden legal y no pueden ser devueltos en momento alguno. Reiteró su solicitud de revocar todas las condenas impuestas a Porvenir S.A.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan

224

atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso e indicando las razones que sustentan el distanciamiento de los mismos.

Para el efecto se expone lo siguiente:

NATURALEZA DEL ACTO JURIDICO DE AFILIACION, OBJETIVOS Y EFECTOS.

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

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

Debe resaltarse, que la escogencia del régimen pensional no tiene relación alguna con la determinación del valor de la mesada pensional, ni puede pretenderse anticipar o especular valor alguno de la misma, pues lo que se determina con la escogencia de un régimen, es la forma como se acumularan los recursos para la financiación de la prestación.

El Estado Colombiano en el año de 1993, con el objeto de solucionar el problema de sostenibilidad financiera del sistema pensional, creó un particular modelo, en el que coexisten compiten y son excluyentes dos regímenes pensionales denominados de ahorro individual con solidaridad y el solidario de prima media con prestación definida; cuya diferencia en el

modelo de financiación puede resumirse en que, en el primero es el capital acumulado en la cuenta individual del afiliado el que cubrirá el pago de la pensión; mientras el segundo la pagará con los dineros acumulados en un fondo común de naturaleza pública a partir de un modelo simple de reparto, que implica que el valor de las cotizaciones de los afiliados, cubren el pago de las mesadas pensionales.

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

> *Además, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social en pensiones supone que éste se configure, como lo ha sido, como un régimen legal en el que los aportes de los afiliados, como las prestaciones que deben reconocerse, sus requisitos y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades sino por reglas y principios que se integran en el ordenamiento jurídico y que, por ende, pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias históricas así lo impongan.*
>
> *El sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.*

225

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

220

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 hacia indispensable para sostenibilidad financiera y, en consecuencia, limitó la posibilidad de traslado. El plazo se estableció en la Ley 797 de 2003, que limita la posibilidad de traslado de régimen a quien este a diez años o menos de cumplir la edad para acceder a la pensión, quedando consignadas las razones de su exequibilidad en lo expresado en la C-1024 de 2004, en los siguientes términos:

La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de

los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.

El derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales.
El derecho a la libertad de elección de los usuarios en cuanto al régimen pensional de su preferencia, es un derecho de rango legal y no de origen constitucional, el cual depende, en cada caso, del ejercicio de la libre configuración normativa del legislador.

CONCLUSIONES I:

Bajo las anteriores premisas y con fundamento en los pronunciamientos citados, resulta sustentado afirmar, en síntesis: Que la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene

por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible, que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional.

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

Sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de nuestra Sala de Casación Laboral ha interpretado las normas que se refieren al deber de información de las AFP, definiendo que el incumplimiento al mismo imposibilita la libertad de elección de régimen pensional por parte del afiliado, determinado tres etapas en la regulación, consignadas entre otras en la CSJ-SL1452-2019, resumidas en el siguiente cuadro:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**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	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

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	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,

228

porque en este momento las variables que **no eran determinables en el año de 1994**, se convierten en variables determinadas tanto por los cambios introducidos en la ley 797 de 2003, como por la verificación ya en concreto de las variables económicas que incidieron sobre los rendimientos financieros de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, que determinan el monto de la pensión en forma concreta.

Sobre la aplicación de la Ley en el tiempo, ha reiterado la jurisprudencia Sala de Casación Laboral, que las normas bajo las cuales se juzgan los actos jurídicos son las vigentes al momento de su ocurrencia, que en el caso de la demandante corresponden a las vigentes en los años 1995 y 2000 en que realizó su afiliación al RAIS (folios 5 y 201), 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.

229

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;

230

k) Publicar la información que determinen el Gobierno Nacional y la Superintendencia Bancaria de conformidad con sus facultades legales;
l) Devolver los saldos de que tratan los artículos 66, 72 y 78 de la Ley 100 de 1993 dentro de los mismos plazos máximos que se fijen para el reconocimiento de pensiones y, si a ello hubiere lugar, entregarlos de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 7o. del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;
m) Las demás que señalen las disposiciones legales.

ARTICULO 15. *Todo fondo de pensiones deberá tener un plan de pensiones y un reglamento de funcionamiento aprobados de manera previa e individual por la Superintendencia Bancaria. El reglamento debe contener, a lo menos, las siguientes previsiones:*
a) Los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora;
b) El régimen de gastos conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Bancaria, y
c) Las causales de disolución del fondo.
El texto del reglamento, así como del respectivo plan, deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación. Los reglamentos deberán ser redactados de forma tal que sean de fácil comprensión para los afiliados y la copia que de los mismos se entregue a éstos deberá emplear caracteres tipográficos fácilmente legibles.

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

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

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

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

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

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia del acto de afiliación prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al interpretar que tal falta atenta contra la libertad de elección prevista en el artículo 13 del mismo estatuto, porque, en síntesis, no puede ser libre una decisión desinformada.

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

231

una penalidad accesoria, que deja sin efecto la afiliación para que el afectado pueda hacerla nuevamente.

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

Siendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la fuente invocada para dejar sin efecto la afiliación al régimen pensional, bien vale la pena recordar, que los regímenes sancionatorios solo pueden establecerse en leyes, siendo de la esencia de los mismos que solo el Congreso de la República pueda adoptarlos en virtud del principio denominado *reserva de ley*, e impone que las correspondientes sanciones solo puedan ser impuestas por las autoridades competentes, acatando el debido proceso, dentro del plazo previsto por la ley y con la dosificación señalada en ella. De otra parte, el Decreto n° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

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

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

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

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

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

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

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.
El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los

hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Alcance

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

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

El artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia. Y, de otra, constituye una limitación a los poderes del Estado, habida cuenta de que corresponde al legislador establecer previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción. La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que el debido proceso es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo incurso en una conducta judicial o administrativamente sancionable, precisando que son elementos integradores del debido proceso los siguientes: "a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario."

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

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

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION-Ejercicio

Para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los

733

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

234

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.

235

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

236

brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.

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

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

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

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

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

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

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

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

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

Sobre la ineficacia en sus diferentes acepciones y efectos, la C-345 de 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

238

circunstancia que lo vuelva ineficaz (como el artículo 897 del Código de Comercio), la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás; lo cual tiene la aptitud de producir acción contra terceros poseedores. Así lo consagra expresamente el artículo 1748: «La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales».

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

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

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

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

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

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

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

La estructura de la norma contendida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al proteger el derecho a la libre elección de régimen pensional, señalar las autoridades competentes para hacerlo efectivo y disponer sus consecuencias jurídicas, impone su aplicación sin fraccionamiento alguno y

289

hace improcedente acudir a estatutos distintos, como el civil y el comercial para determinar sus efectos.

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a una tercera construida por el juez con tal propósito; todo lo cual debe cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo las anteriores premisas, en la medida en que el afiliado es quien tiene la opción de escoger su régimen pensional; mientras no se demuestre que Colpensiones invadió la órbita de su derecho a elegir, ninguna consecuencia de las establecidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puede aplicarse a un tercero que nada tuvo que ver en el acto de escogencia

y afiliación al RAIS, ni en la deficiente o suficiente información que se le suministró, ni era la obligada a suministrarla en el año 1994, en que la afiliada tomó su decisión.

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

Cabe resaltar que la relación jurídica originada en el acto de afiliación del demandante cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujetos a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídica sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

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

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

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

241

exclusivamente por las cotizaciones no tendrían la posibilidad de protegerse ante el riesgo de vejez.

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

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

7.11. Por demás ese mecanismo no afecta el reconocimiento de la pensión, por el contrario, incentiva que el valor se aumente, sin que ello comprometa su existencia. En todo caso y dada la finalidad de ampliación de cobertura del derecho fundamental a la seguridad social esa fórmula para aumentar el porcentaje del monto pensional ha sido utilizada de manera constante en el régimen de prima media, incluso antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993. Así el artículo 16 del Decreto 3041 de 1966 disponía el incremento del 1.2% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas; luego el Decreto

2879 de 1985 en su artículo 1 contemplaba que se elevaba en un 3% por cada 50 semanas adicionales a las 500 y esta misma prescripción se mantiene en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990. También se encontraba en el artículo 34 original de Ley 100 de 1993, al definir que por cada 50 semanas adicionales a las 1000 y hasta las 1200 se incrementaría la pensión en un 2% y de 1200 a 1400 semanas en un 3% hasta llegar al tope del 85%. Entonces, al prescribir el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 que el aumento porcentual es de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas puede afirmarse que se ha mantenido la formula, en lo que a ese aspecto atañe.

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

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

CONCLUSIONES IV.

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

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

Del formulario de afiliación obrante a folio 8, se corrobora que la demandante se vinculó al RAIS administrado inicialmente por HORIZONTE Pensiones y Cesantías S.A. hoy PORVENIR S.A., el 31 de agosto de 1994, posteriormente se trasladó a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., desde el 20 de marzo de 1998. (fl. 9)

Del interrogatorio de parte, absuelto por la demandante, se pudo establecer que es Administradora de Empresas y labora para la Superintendencia de Salud, manifestó que en el mes de agosto de 1994 llegaron unos asesores a esa entidad y abordaron a cada empleado con un formulario previamente diligenciado en la parte que corresponde al empleador, le manifestaron que Cajanal se iba a acabar y que por ello el

Gobierno había creado unos Fondos para permitir a los trabajadores pensionarse; narró que esto fue durante aproximados 10 minutos y de manera individual, sin que le dieran ninguna otra información, ni al inicio ni durante el tiempo en que estuvo vinculada y por eso se trasladó a Davivir porque les ofrecieron sostenibilidad y seguridad al tratarse de un Fondo con mayor número de afiliados; el asesor de ese Fondo manifestó que si iba a brindar toda la información que se le requiriera, por lo cual accedió y firmó un formulario igual al anterior. Dijo que no se le brindó la oportunidad de conocer un comparativo sobre el monto de su pensión y solo hasta el año 2017 Protección le hizo una proyección sobre el monto de su pensión y al informarle que correspondería a aproximadamente $1'800.000, cuando recibe un salario de $7'000.000, consideró que por ser un monto muy inferior al que esperaba decidió promover la demanda.

Por otra parte, el traslado se efectuó en el año 1994 a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. y en el año 1998 a Davivir S.A. hoy Protección S.A. y solo hasta el 2017 (folios 32 a 36), la demandante se interesó por su situación pensional, lo que da cuenta que la solicitud no se realizó oportunamente y dentro de los plazos previstos, y acceder a las suplicas de traslado al RPM en la actualidad, desfiguraría el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

De las pruebas citadas se establece tanto la fecha de la afiliación de la demandante, como la ausencia de demostración de perjuicios a cargo de Porvenir S.A., Protección S.A. -*apelantes*- y de Colpensiones S.A., esta última porque ni patrocinó su traslado, ni intervino en al acto de afiliación al RAIS.

Por las razones expuestas, se declarara la falta de presupuestos procesales para aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; se revocarán las condenas impuestas a PORVENIR S.A. y 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 revocarán las condenas impuestas a COLPENSIONES, por ser ajena a la decisión de traslado de régimen tomada por la afiliada y a las invocadas

deficiencias en el deber de información y que en principio correspondían a las AFP demandadas, sin que le pueda imponer restituciones de ninguna clase a la luz del artículo 1746 del Código Civil, habida cuenta que el acto de afiliación no tiene carácter contractual y la norma en cita no aplica a la regulación de actos de la seguridad social que tienen regulación propia, sin que pueda acudirse a un estatuto ajeno.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

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

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

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

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

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

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

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

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

DECIMO: DECLARAR que Colpensiones y las AFP Porvenir S.A. y 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.

244

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 agosto del año 1994, fecha del traslado a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. y en el mes de marzo de 1998, cuando hizo el traslado a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., sin que puedan aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

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

SEGUNDO: SE REVOCAN las condenas impuesta a COLPENSIONES, en razón a que la afiliación de la actora al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral de la demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que

no intervino Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA Aclaración de voto.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvamento de Voto

Última hoja del proceso Proceso Rad. N° 029-2018-00225-01, promovido por Zoraida Pinilla Serrano contra Colpensiones y otros (revoca condenas)

245

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 29-2018-00225-01

DEMANDANTE: **ZORAIDA PINILLA SERRANO**
DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTROS**
ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

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

En la fecha, 30 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 29-2018-00225-01

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

DEMANDANTE: **ZORAIDA PINILLA SERRANO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCIÓN SA
AFP PORVENIR SA (LITISCONSORTE NECESARIO)
ASUNTO : **APELACIÓN COLPENSIONES, PROTECCIÓN SA Y PORVENIR 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, Protección SA y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de octubre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados del demandante (fls 300 a 302), así como Colpensiones (fls 211 a 212) y Protección SA (fls. 209 a 210) 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) **ZORAIDA PINILLA SERRANO** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA, debidamente sustentada como aparece a folios 45 y 46 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- Declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante al fondo privado de pensiones Colfondos SA el 17 de febrero de 2000, toda vez que en la etapa precontractal no se 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 personal y concreta de la demandante.
- Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, solicito se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tener a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiera trasladado.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: Protección SA (fls. 88 a 122) y Colpensiones (fls. 123 a 134) y Porvenir SA (fls 149 a 163), de acuerdo al auto visible a folio 164. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 11 de octubre de 2019, Declaró la ineficacia de la afiliación de la señora ZORAIDA PINILLA SERRANO, realizada el 31 de agosto de 1994 a la demandada Horizonte Pensiones y Cesantías hoy AFP PORVENIR SA. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a la demandada AFP PROTECCIÓN SA a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante Zoraida Pinilla Serrano, como cotizaciones, rendimientos igualmente a devolver las cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno por el término que esta estuvo afiliada a dicho fondos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Ordenó a Colpensiones a recibir del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección SA, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubiere causado y actualizar la historia laboral. Ordenó a la AFP Porvenir SA, a devolver los gastos de administración que hubiese descontados por el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo, estos deberán ser girados a Colpensiones. Sin condena en costas.

Colpensiones apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que la demandante nunca estuvo afiliada a Colpensiones, sino que se afilió inicialmente a Cajanal, trayendo a colación la sentencia 1024 de 2004 que adoctrinó que resulta inequitativo que personas que no han contribuido con el pago de la prima para el seguro provisional de invalidez y sobrevivencia, se beneficien de las utilidades derivadas de esta mutualidad constituida para amparar dichos riesgos y para incrementar el capital acumulado para cada afiliado, así mismo, calificó de injusto que una persona que no ha contribuido a la constitución del fondo común en el RPM, se beneficie y resulte subsidiado por las cotizaciones de los demás. En definitiva, estuvo dirigida a demostrar que las condiciones de permanencia establecidas en la norma, pretenden mantener el poder adquisitivo de los recursos destinados a pensiones e inclusive obtener una mayor rentabilidad que permite responder por las obligaciones contraídas con cada afiliado y en esa medida, prevalece frente al interés particular de cada uno de ellos de trasladarse del sistema de régimen pensional.

Por su parte, **Protección SA** apeló el fallo, indicando que no es procedente descontar los gastos de administración, teniendo en cuenta que la comisión es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, con el fin de pagar el seguro provisional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el articulo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que opera tanto en el régimen de ahorro individual, como en el régimen de prima media, más aun si se tiene en cuenta que durante todo el tiempo que duró afiliado la demandante a Protección, administraba sus dineros que la misma depositaba en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, en tanto que Protección SA es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados, gestión que se evidencia en los buenos rendimientos financieros que ha generado su cuenta de ahorro individual. En ese orden, no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración ya causada, conforme el artículo 1746 del Código Civil. Por otro lado, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación declarada, es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió, por ende, ninguna AFP debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, y como consecuencia, los rendimientos que se produjo dicha cuenta, no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, trayendo a colación la sentencia con Rad. 31989 del 9 de septiembre de 2008. Finalmente, la condena impuesta por el Juez de instancia, constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de Protección SA, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada.

Finalmente, **Porvenir SA** apeló el fallo mencionando que, le queda imposible a Porvenir dar cumplimiento a una nulidad o ineficacia de traslado, como quiera que dentro del mismo formulario de su fondo, aplicativo provisional al sistema general de pensiones, se puede observar de manera clara y detallada, que la afiliación suscrita por la demandante a Horizonte fue anulada, por eso la vinculación se hizo inicialmente a ING, por eso, estaria imposibilitada a realizar cualquier trámite ante dicha entidad para anular su afiliación. En cuanto a los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto existe un formulario de afiliación y existieron unos tiempos y unos aportes que fueron consignados durante los periodos 1994 a 1998, los mismos fueron trasladados a la AFP Protección SA, por lo que al ordenar la devolución de los gastos de administración, estaría causando un detrimento y a su vez, un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y a su vez a favor de Colpensiones, como quiera que dichos rendimientos son propios en el manejo de la cuenta de ahorro individual que se generaron al momento de hacer las inversiones por Ley, y por la misma Ley 100 de 1993, que autoriza que sea descontados directamente de los aportes que efectúa el afiliada, para administrar los fondos, aclarando que dicho descuento no se hace arbitrariamente, sino que por el contrario, se realiza en cumplimiento de una norma, y la cual se da cumplimiento a las directrices de la Superintendencia Financiera, donde impone unos topes máximos y mínimos, para poder hacer la deducción de los gastos de administración, más aun si se tiene en cuenta que la actora nunca estuvo afiliada a Porvenir directamente, teniendo en cuenta que estuvo afiliada verdaderamente a la AFP Horizonte, en la fecha que era totalmente ajena a Porvenir.

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) **ZORAIDA PINILLA SERRANO** el día 31 de agosto de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP ING SA, el 31 de agosto de 1994, y posteriormente, el 20 de marzo de 1998 se trasladó a la AFP DAVIVIR SA hoy AFP PORVENIR SA, quedando afiliada por cesión por fusión a la AFP PROTECCIÓN SA (fls. 107).

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 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 derecho fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Protección SA (fls. 88 a 122) y Colpensiones (fls. 123 a 134) y Porvenir SA (fls 149 a 163). Protección SA: aportó respuestas a derechos de petición, historia laboral, historia de vinculaciones del SIAFP, comunicados de prensa. Colpensiones: aportó expediente administrativo. Porvenir aportó: certificado, formato de solicitud de afiliación a la AFP Porvenir SA, historia de vinculaciones del SIAFP, historia laboral, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 31 de agosto de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Santiago Camacho (fl. 158), 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 559,57 semanas cotizadas (fl. 23) y 34 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1960), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 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. 23), podría pensionarse en el RPM, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado.

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

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

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

En lo que tiene que ver con el argumento expuesto por el apoderado de Colpensiones, que no es posible declarar la nulidad de traslado, por cuanto la demandante nunca estuvo afiliada a Colpensiones, pues en un primer momento, se afilió a Cajanal, vale la pena traer a colación la sentencia SL752 de 2020, en la que se adoctrinó que la selección inicial de

régimen en el caso preciso de la demandante, podía contabilizarse desde la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, dada su afiliación a Cajanal, entidad que por Ministerio de la Ley entró a administrar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que su posterior traslado al ISS constituyó un cambio de administradora dentro del mismo, y no un cambio de régimen como tal, así pues, indicó "(...) *Una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resultó afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen, a saber: artículos 52 y 28 de la Ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida, entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social*".

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 31 de agosto de 1994, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de octubre de 2019 por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502920180022501)

LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310502920180022501)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310502920180022501)

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARYLAND DEL SOCORRO LARA MELÉNDEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 029 2018 00255 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 presentados por COLFONDOS S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de agosto de 2019.

Por otra parte, se advierte que la apoderada de COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones, en el cual manifestó que la demandante se encuentra incursa en la prohibición legal contenida en el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003, que limitó el traslado de régimen dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para obtener la pensión de vejez; sin que se haya probado en el juicio vicio alguno del consentimiento en el trámite de traslado que de manera voluntaria efectuó la actora, sin que para la fecha en que lo

realizó existiera norma que obligara a las AFP a realizar proyecciones pensionales. Solicitó absolver a esa entidad de toda carga.

A su vez el apoderado de la demandante en su escrito de alegaciones solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que la AFP demandada no cumplió la obligación legal de informar de manera clara, veraz y oportuna a la filiada las implicaciones de esa afiliación, deber que existe desde la expedición del Decreto 654 de 1994. Citó jurisprudencia que consideró aplicable al caso y transcribió apartes de sentencias al respecto.

No se tiene en cuenta el escrito de alegaciones allegado por PROTECCIÓN S.A., toda vez que ese Fondo no es parte demandada en este trámite y el escrito hace referencia a Zoraida Pinilla Serrano, persona diferente a la demandante.

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

I. ANTECEDENTES

La señora MARYLAND DEL SOCORRO LARA MELENDEZ, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al fondo de pensiones COLFONDOS S.A., el 17 de febrero de 2000, porque en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones de acuerdo con la situación personal y concreta de la demandante.

Sustentó sus pretensiones, en que el 17 de febrero de 2000 se afilió a la AFP COLFONDOS, sin que hubiera recibido asesoría profesional cierta y adecuada respecto de su situación pensional particular, porque solo se le ilustró sobre las ventajas que podía obtener con el traslado, con lo cual no se cumplió el deber legal de la AFP respecto de toda la información que le debió suministrar. Informó que nació el 1° de octubre de 1963, así mismo que el 22 de noviembre de 2017 Colfondos le hizo una proyección pensional que arrojó como resultado una mesada pensional de $1'270.703, cuando en

35

Colpensiones sería de $3'444.793, con lo cual se evidencia que en el Fondo privado la pensión es ostensiblemente menor.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional; artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 720 de 1994 y la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicación 33083 de 2011.

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 64 a 68 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS desde el año 2000, por lo cual al haber transcurrido más de 18 años cualquier tipo de error que hubiese podido suceder se encuentra subsanado, sin que legalmente sea posible el traslado de régimen cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación y la genérica.

COLFONDOS S.A., dio contestación mediante el escrito que obra a folios 107 a 120, en el que luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que la demandante se trasladó inicialmente al Fondo Colpatria hoy Porvenir, siendo este el encargado de brindar la asesoría a la actora respecto de las consecuencias de ese cambio de régimen, por lo cual argumentó que Colfondos no tuvo ninguna participación en ese trámite y con éste solo se dio un traslado entre administradoras del mismo régimen y esa vinculación fue el resultado de la voluntad libre de la afiliada, sin que resulte procedente que 23 años después de su inicial traslado afirme que fue engañada y que no contó con la información suficiente. Sostuvo que el deber de asesoría integral surgió con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción de la acción para solicitar anulación del traslado, buena fe, validez de la afiliación al

RAIS, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y ausencia de vicios del consentimiento.

PORVENIR S.A., para dar contestación a la demanda allegó el escrito que obra a folios 189 a 200, en el que se opuso a la declaración de nulidad de traslado, el cual fue efectuado por la demandante a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. desde el 24 de marzo de 1995, en el que permaneció hasta el 31 de marzo de 2000 cuando se trasladó a Colfondos, señaló que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto al haber optado por el régimen pensional administrado por los fondos privados no es válido pretender el traslado cuando legalmente no cuenta con ese derecho y al haber efectuado su afiliación de manera libre y voluntaria debe demostrar en el juicio el daño material que dice haber sufrido. Propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar con la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de esta demandada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de agosto de 2019, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO**. **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación de MARYLAND DEL SOCORRO LARA MELENDEZ identificada con la CC. N° 32.670.799 a COLFONDOS S.A., suscrita el 24 de marzo de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*
> ***SEGUNDO. ORDENAR** a la demandada COLFONDOS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARYLAND DEL SOCORRO LARA MENDEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

310

TERCERO. ORDENAR *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*
CUARTO. *ABSOLVER a Porvenir de las pretensiones de la demanda.*
QUINTO. *SIN CONDENA en costas.*
SEXTO. CONSULTAR *la presente sentencia en caso de no ser recurrida por la parte demandada, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS., respecto de Colpensiones"*

El A-quo argumento que la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes pensionales, cada uno con características diferentes, sin que en esa norma regulara el deber de las entidades de impartir una adecuada asesoría a los trabajadores para el momento de la afiliación, que solo a través de pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral desde el año 2008 hasta el 2019-*citando la providencias con radicados 31989 de 2008 y 33083 de 2011,* se determinó que las entidades administradoras de pensiones estaban en la obligación de impartir información veraz, completa y oportuna a sus afiliados previo a la vinculación, aspectos que en el presente asunto no se lograron acreditar; sin que sea óbice para acceder a lo pretendido en la demanda que la afiliada no se encuentre cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en esa medida se debe tener en cuenta que la Corte Suprema, en sus últimas decisiones determinó la figura de la inversión de la carga de la prueba en todos los eventos, sin importar que se tenga una expectativa legitima o no, por lo cual consideró que es deber ineludible de los Fondos privados suministrar la información clara, veraz y efectiva respecto de las condiciones de la pensión en el régimen de ahorro individual.

III. RECURSO DE APELACION COLFONDOS S.A.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en que la devolución de las sumas a Colpensiones ordenadas por el Juzgado no tienen fundamento legal, en razón a que están destinadas para los recursos en que se pagan las pensiones que deben reconocerse a los afiliados; sostuvo que al haberse beneficiado la demandante de los rendimientos obtenidos

durante su permanencia en el Fondo debió ordenarse en la sentencia que devolviera esas sumas, puesto que en el régimen de prima media con prestación definida no cuenta con ese beneficio.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso e indicando las razones que sustentan el distanciamiento de los mismos.

Para el efecto se expone lo siguiente:

NATURALEZA DEL ACTO JURIDICO DE AFILIACION, OBJETIVOS Y EFECTOS.

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

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

3P

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

318

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:

319

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:

309

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

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	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 los años 1995 y 2000)**, se convierten en variables determinadas tanto por los cambios introducidos en la ley 797 de 2003, como por la verificación ya en concreto de las variables económicas que incidieron sobre los rendimientos financieros de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, que determinan el monto de la pensión en forma concreta.

Sobre la aplicación de la Ley en el tiempo, ha reiterado la jurisprudencia Sala de Casación Laboral, que las normas bajo las cuales se juzgan los actos jurídicos son las vigentes al momento de su ocurrencia, que en el caso de la demandante corresponden a las vigentes en los años 1995 y 2000 en que realizó su afiliación al RAIS (folios 5 y 201), 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.*

302

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

307

entregue a éstos deberá emplear caracteres tipográficos fácilmente legibles.

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

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

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

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

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

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia del acto de afiliación prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al interpretar que tal falta atenta contra la libertad

de elección prevista en el artículo 13 del mismo estatuto, porque, en síntesis, no puede ser libre una decisión desinformada.

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

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

Siendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la fuente invocada para dejar sin efecto la afiliación al régimen pensional, bien vale la pena recordar, que los regímenes sancionatorios solo pueden establecerse en leyes, siendo de la esencia de los mismos que solo el Congreso de la República pueda adoptarlos en virtud del principio denominado *reserva de ley*, e impone que las correspondientes sanciones solo puedan ser impuestas por las autoridades competentes, acatando el debido proceso, dentro del plazo previsto por la ley y con la dosificación señalada en ella. De otra parte, el Decreto n° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1° OBJETO*. El presente Decreto regula las condiciones y términos para el desarrollo de la actividad de promoción y distribución de los productos de las sociedades administradoras del*

324

sistema general de pensiones, incluidos los planes complementarios, alternativos y los planes pensiones.

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

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

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

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

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

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Alcance

El principio de tipicidad como desarrollo del de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutiva de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que les permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión. Conviene precisar que, si bien es cierto que en materia sancionatoria la ley puede hacer remisiones a los

325

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

326

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

305

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.

328

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

329

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

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

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

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

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

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde

siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

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

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

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

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

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

330

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.

37

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

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

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

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

esta providencia y en los contenidos de los artículos 4, 11, 13, 15 y 288 de la Ley 100 entre otros.

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a una tercera construida por el juez con tal propósito; todo lo cual debe cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.

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

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

a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

332

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

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

> *ARTÍCULO 287. ACTIVIDADES PROPIAS DE LOS INTERMEDIARIOS EN LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL. Las Entidades de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud y las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía y/o de Pensiones podrán realizar las actividades de promoción y ventas, la administración de la relación con sus afiliados, el recaudo, pago y transferencia de los recursos por intermedio de instituciones financieras, intermediarios de seguros u otras entidades, con el fin de ejecutar, las actividades propias de los servicios que ofrezcan.*
>
> *El Gobierno reglamentará la actividad de estos intermediarios, regulando su organización, actividades, responsabilidades, vigilancia y sanciones a que estarán sujetos.*

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

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

Bajo las anteriores premisas, en la medida en que el afiliado es quien tiene la opción de escoger su régimen pensional; mientras no se demuestre que Colpensiones invadió la órbita de su derecho a elegir, ninguna consecuencia de las establecidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puede aplicarse a un tercero que nada tuvo que ver en el acto de escogencia y afiliación al RAIS, ni en la deficiente o suficiente información que se le suministró, ni era la obligada a suministrarla en el año 1998, en que la afiliada tomó su decisión.

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

Cabe resaltar que la relación jurídica originada en el acto de afiliación del demandante cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujetos a las demandadas PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídica sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del

333

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

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

> *7.5. Según se explicó en precedencia, el régimen de prima media con prestación definida tiene un carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas, en otras palabras, los cotizantes son los convocados a sufragar las pensiones de quienes ya cumplieron los requisitos de acceso.*
>
> *7.6. Para ello el fondo común incorpora la totalidad de las cotizaciones y junto con los incrementos financieros que se producen dispone del pago de las pensiones, en las distintas contingencias.* ***Esto que parece simple tiene sin embargo una gran complejidad, en la medida en que tanto la fijación de las cotizaciones, como el tiempo en el que debe realizarse y la edad del disfrute se determinan de acuerdo a un modelo financiero que permita hacer viable el régimen.*** *El Estado allí funciona como garante de las obligaciones pensionales, siempre que los afiliados cumplan con la densidad de semanas exigidas y la edad requerida. Con todo y la fijación de un modelo actuarial que haga sostenible el régimen de prima media, tal como se explicó en el acápite pertinente, por lo menos se subsidian en un 40% las pensiones de vejez.*
>
> *7.7. Lo anterior es pertinente, pues tanto el actor, como los intervinientes que solicitan o bien la inexequibilidad o la exequibilidad condicionada de la norma demandada sostienen que*

se viola el artículo 48 constitucional, en cuanto el valor de la pensión de vejez no refleja la totalidad de las semanas que se cotizaron. Tal estimación supone que debe existir una estricta correspondencia entre el tiempo que cotizaron, con la fijación del porcentaje que determinará el monto de la pensión.

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

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

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

prestación definida. Más tiempo cotizando supone más recursos para financiar las obligaciones ya causadas y esto hace que la medida sea adecuada.

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

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

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

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

CONCLUSIONES IV.

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

Las pruebas que se practicaron dan sustento factico a las conclusiones anteriores en la medida en que demuestran la fecha de

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

Del formulario de afiliación obrante a folio 201, se corrobora que la demandante se vinculó al RAIS administrado inicialmente por Pensiones y Cesantías Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A. el 24 de marzo de 1995, posteriormente se trasladó COLFONDOS S.A., desde el 17 de febrero de 2000. (fl. 5)

Del interrogatorio de parte, absuelto por la demandante, se pudo establecer que estudio una carrera técnica, no mencionó cual; narró que a su lugar de trabajo concurrieron asesores del fondo privado quienes le informaron que su mesada pensional sería superior a la que recibiría en el Seguro Social, pero al solicitar una simulación pensional advirtió que eso no era cierto. Sostuvo no haberse vinculado en pensiones al Fondo Colpatria hoy Porvenir S.A., porque la vinculación era para cesantías, al ponerle de presente el documento correspondiente a esa afiliación aceptó que su firma era la que allí aparecía. Manifestó que le hizo preguntas a la asesora y que le explicó "*todo tan bien que no hubo necesidad de preguntar nada más*"; se refirió a las proyecciones pensionales que le efectuaron para manifestar que se considera engañada al resultar muy inferior la mesada pensional que le reconocerá el Fondo frente a la que puede obtener en Colpensiones.

Por otra parte, el traslado se efectuó en el año 1995 a porvenir S.A. y en el año 2000 a Colfondos S.A. y solo hasta el 2018 (folio 7), la demandante se interesó por su situación pensional, lo que da cuenta que la solicitud no se realizó oportunamente y dentro de los plazos previstos, y acceder a las suplicas de traslado al RPM en la actualidad, desfiguraría el sentido de la contribución, de la solidaridad y de la sostenibilidad financiera del sistema.

De las pruebas citadas se establece tanto la fecha de la afiliación de la demandante, como la ausencia de demostración de perjuicios a cargo de Colfondos S.A. –*apelante*- y de Colpensiones S.A., esta última porque ni patrocinó su traslado, ni intervino en al acto de afiliación al RAIS.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

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

TERCERO: DECLARAR que la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información, debe

330

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 Colfondos S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten,

compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

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

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

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

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

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de marzo del año 1995, fecha del traslado a COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. y en el mes de febrero de 2000, cuando hizo el traslado a COLFONDOS S.A., sin que puedan aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

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

339

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

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA Aclaración de voto.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvamento de Voto

Última hoja del proceso Proceso Rad. N° 029-2018-00255-01, promovido por Maryland del Socorro Lara Meléndez contra Colpensiones y otro (revoca condenas)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Radicación 29-2018-00255-01

DEMANDANTE: **MARYLAND DEL SOCORRO LARA MELÉNDEZ**
DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTROS**
ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

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

En la fecha, 30 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 29-2018-00255-01

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

DEMANDANTE: **MARYLAND DEL SOCORRO LARA MELÉNDEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP COLFONDOS SA
AFP PORVENIR SA (LITISCONSORTE NECESARIO)
ASUNTO : **APELACIÓN COLFONDOS SA // CONSULTA COLPENSIONES**

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (Colfondos SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 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 167 y 168), así como Colpensiones (folio 158) y Porvenir SA (folios 146 a 147) 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) **MARYLAND DEL SOCORRO LARA MELÉNDEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece a folios 51 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante al fondo privado de pensiones Colfondos SA e 17 de febrero de 2000, 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 personal y concreta de la demandante.
- Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, solicito se retrotraigan las coas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener a la 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. 64 a 74) y COLFONDOS SA (fls. 90 a 120), de acuerdo al auto visible a folio 121. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

Contestó la demanda: PORVENIR SA (fls. 189 a 210), de acuerdo al auto visible a folio 211. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 29° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 12 de agosto de 2019, Declaró la ineficacia de la afiliación de MARYLAND DEL SOCORRO SALA MELENDEZ del 24 de marzo de 1995. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a la demandada Colfondos SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, rendimientos y cuota de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Ordenó a Colpensiones a recibir de Colfondos SA todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. Absolvió a Porvenir SA de las pretensiones de la demanda. Sin condena en costas.

Colfondos SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 regula el cobro de las comisiones, en razón que en el RAIS se administran recurso privados y públicos, destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, y por lo anterior, debe tenerse en cuenta que la demandante ha permanecido en el RAIS y eso le ha permitido tener rendimientos respecto de los dineros cotizados en su cuenta de ahorro individual, por lo que al declarar la ineficacia del traslado, genera que no haya recibido ningun recibido ningun rendimiento sobre esos dineros, puesto que no los deberá recibir en el RPM.

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 JURIDICO:

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 Colpatria SA efectuado por el (la) señor (a) **MARYLAND DEL SOCORRO LARA MELENDEZ** el día 24 de marzo de 1995 con efectividad a partir del 1° de abril de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Colfondos SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP Colpatria SA, el 24 de marzo de 1995, y posteriormente, el 17 de febrero de 2000 se trasladó a la AFP COLFONDOS SA (fls. 105).

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLPATRIA SA el 24 de marzo de 1995, 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 12 de agosto de 2019 por el Juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502920180025501)

LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310502920180025501)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto.
(Rad. 11001310502920180025501)

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR YESID MARÍN contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 016 2018 00361 01

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

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de septiembre de 2019.

En esta instancia se recibió el alegato presentado por el apoderado de Porvenir S.A., en el cual reiteró lo manifestado al dar contestación a la demanda, frente a que para la época del traslado del actor no existía la obligación de brindar la información en la forma que se solicitó en la demanda, pero si le fue dada con respecto a su futuro a través del ahorro y las cotizaciones voluntarias que podía realizar; sostuvo que el afiliado no ejerció su derecho de retracto y su inconformidad no radica en la falta de

información sino en la diferencia del monto de la prestación en cada régimen, sin que para la fecha del traslado se pudieran efectuar proyecciones en razón a la variación de los posibles montos de la pensión. Señaló que el error de derecho no genera nulidad y finalmente afirmó que los valores descontados de las cotizaciones son de obligatorio cumplimiento para las AFP porque tienen una destinación especifica y por ello no pueden ser objeto de devolución.

La apoderada de Colpensiones, quien luego de referirse al objeto del litigio manifestó que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS efectuada por el actor por tener plena validez y legalidad al no haberse demostrado ninguna causal que permita declarar su ineficacia y por el contrario quedó probada la voluntad del actor de efectuar ese traslado, por lo cual reiteró su solicitud de absolver a la entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

El apoderado del demandante, manifestó que le asiste el derecho a que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a Porvenir el 30 de octubre de 1996, al reiterar los fundamentos de la demanda en cuanto a la falta de información clara, veraz y oportuna sobre las implicaciones de la afiliación al RAIS, lo cual afirma que quedó acreditado en el juicio al no demostrar el Fondo demandado que cumplió con esa obligación. Transcribió apartes de jurisprudencia que consideró ajustada al caso.

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

I. ANTECEDENTES

El señor YESID MARÍN, pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al fondo de pensiones PORVENIR S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información, los cuales generaron un error de hecho que vicio su consentimiento. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se condene a COLPENSIONES a registrar y activar su afiliación el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como actualizar su historia laboral.

178

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el traslado a Porvenir S.A. se efectuó el 30 de octubre de 1996 por un promotor de ese Fondo quien nunca le informó acerca de las diferencias en los dos regímenes pensionales, ni le hizo un estudio particular sobre su situación pensional, pues solamente le dio a conocer las ventajas del régimen al cual se trasladaba y solo hasta el año 2017 le efectuó una proyección pensional que resultó en una mesada muy inferior a la que le correspondería en Colpensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional, así como los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, y la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 72 a 77 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación del actor tiene plena validez y legalidad porque no se configura ninguna causal de nulidad originada en vicios del consentimiento y al tomar esa decisión de manera libre y voluntaria no puede luego de 20 años alegar su propia culpa; manifestó que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal de trasladarse porque le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A., mediante el escrito que obra a folios 107 a 114 contestó la demanda con oposición a las pretensiones, al manifestar que el traslado de régimen del afiliado se produjo con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y en sus decretos reglamentarios, sin que se acredite ni siquiera prueba sumaria para proceder a su nulidad. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

> *"PRIMERO. DECLARAR la INEFICACIA del traslado de régimen que efectuó el demandante señor YESID MARÍN identificado con cédula de ciudanía N°16687573 desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 03 de septiembre del año 2006 a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y en consecuencia se condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante hacía el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, lo que incluye el traslado de todas las sumas que por cualquier concepto y que tengan motivo y causa en la afiliación y cotizaciones del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que se declara ineficaz en esta sentencia, se hubieren recibido, lo que corresponde a los frutos e intereses que se hayan producido sin que sea dable el descuento de gastos de administración.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante conforme se condenó en el numeral primero que antecede y a validar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las semanas que correspondan a lo que cotizó en el Régimen de Ahorro Individual, de manera tal que para todos los efectos legales se declara que la única afiliación valida que ha existido en favor del demandante fue la que realizó al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> *CUARTO: Se CONDENA en costas a las demandadas, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo los montos de 1 SMLMV a cargo de PORVENIR S.A. y de ½ SMLMV a cargo de COLPENSIONES."*

Por auto del 8 de octubre de 2019, el Juzgado corrigió el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia, "*en el sentido de que la fecha del traslado de régimen que se declara ineficaz, es el 30 de septiembre de 1996 y no como allí se dijo 03 de septiembre de 2006. En lo demás permanece incólume la decisión.*"

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumentó que existe una línea jurisprudencial que ha establecido las subreglas a tener en cuenta para efectos de los traslados que se efectúan a los Fondos privados y están contenidas en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 y 31314 de 2008, 33083 de 2011, 17595 de 2018, 54814 de 2018 y SL 1688 de 2019 radicado 68838, en las que se establece que la carga de la prueba corresponde a las AFP en el sentido de demostrar que se brindó la información necesaria al afiliado, igualmente que no es requisito para ese traslado que quien lo solicita sea beneficiario del régimen de transición, ni tampoco que cuente con un derecho adquirido y que la solicitud de traslado no está sometida a término prescriptivo; se refirió a las diferentes etapas que de acuerdo con las normas respectivas han regulado el tema del deber de ilustración por parte de los Fondos a sus afiliados, así como a las consecuencias de declarar ineficaz el traslado que consideró iguales a las de la nulidad. Señaló que en este caso el Fondo demandado no acreditó el cumplimiento del deber de información contenido en la referida primera etapa, ni tampoco en etapas posteriores de la vinculación a ese Fondo.

IV. RECURSOS DE APELACION PORVENIR S.A.

Fundamentó su recurso en que el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, norma que ha sido objeto de control constitucional con la sentencia C-1024 de 2004, y ante el cúmulo de tutelas que se presentaron para solicitar el traslado al Régimen de Prima Media se profirió la sentencia SU 064 de 2010, en la que se concluyó que ese traslado solamente es viable para las personas que al 1° de abril de 1994 contaran con 15 años cotizados o 750 semanas, y quienes no reúnan esos requisitos deberán acatar la prohibición legal de trasladarse, por ello antes de aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia frente al asunto debatido el Juzgado debió verificar que para el caso del demandante existe perdida del régimen de transición y al no estarlo no era posible ordenar el traslado. Sostuvo que para la época en que el actor efectuó su traslado no existía disposición legal que determinara la obligación de un deber de información adicional al contenido en el formulario de afiliación, como si ocurrió a partir del año 2014; igualmente reprochó la sentencia en cuanto a

la orden de devolver todos los dineros de la cuenta individual del afiliado. Por lo anterior solicitó revocar en su integridad la sentencia de primera instancia.

V. RECURSO DE APELACIÓN COLPENSIONES

Solicitó revocar la sentencia recurrida al manifestar que esa entidad siempre ha actuado de buena fe y no es viable que además de la condena impuesta respecto del traslado también se profiera en su contra condena en costas; sostuvo que en el juicio se demostró de manera suficiente que el actor efectuó su traslado en forma voluntaria y para la fecha en que solicitó su traslado a Colpensiones ya se encontraba inmerso en la prohibición legal para efectuarlo.

VI. 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:

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

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

La sentencia citada analiza el contenido del deber de información en cada una de las etapas, dejando en evidencia su evolución, pasando de uno menos concreto a uno con la puntualidad de comparar valores de la mesada pensional, lo cual tiene una razón lógica: Una cosa es suministrar información sobre expectativas pensionales durante los primeros diez años de desarrollos legales y económicos que acompañaron la aplicación de la Ley 100 de 1993 y, otra muy diferente, suministrar información después de veinte años, cuando entre otras cosas el afiliado ya tiene cumplido el tiempo y las cotizaciones o el capital para acceder al goce de la pensión por vejez, porque en este momento las variables que **no eran determinables en el año de 1994 (o para el caso en el año 1996)**, 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 1996 en que realizó su afiliación al RAIS (folio 5), 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:

184

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.*

186

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

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

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

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

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia del acto de afiliación prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al interpretar que tal falta atenta contra la libertad de elección prevista en el artículo 13 del mismo estatuto, porque, en síntesis, no puede ser libre una decisión desinformada.

El artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece un régimen sancionatorio para el empleador o cualquiera otra persona que *impida o atente* contra la libertad de elección del régimen pensional, estableciendo la

imposición de multas y que la afiliación quedará sin efecto y podrá hacerse nuevamente. La norma consagra una sanción, que es la imposición de una multa por parte de una autoridad administrativa (Ministerio de Salud – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Superintendencia de Salud) y, una penalidad accesoria, que deja sin efecto la afiliación para que el afectado pueda hacerla nuevamente.

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

Siendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la fuente invocada para dejar sin efecto la afiliación al régimen pensional, bien vale la pena recordar, que los regímenes sancionatorios solo pueden establecerse en leyes, siendo de la esencia de los mismos que solo el Congreso de la República pueda adoptarlos en virtud del principio denominado *reserva de ley*, e impone que las correspondientes sanciones solo puedan ser impuestas por las autoridades competentes, acatando el debido proceso, dentro del plazo previsto por la ley y con la dosificación señalada en ella. De otra parte, el Decreto n° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

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

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

137

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

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

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

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

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los

hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Alcance

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

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

El artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente

preestablecido en la materia. Y, de otra, constituye una limitación a los poderes del Estado, habida cuenta de que corresponde al legislador establecer previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción. La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que el debido proceso es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo incurso en una conducta judicial o administrativamente sancionable, precisando que son elementos integradores del debido proceso los siguientes: "a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario."

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

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

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION-Ejercicio

Para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma, -sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley

impone; (ii) que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto, y (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso.

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

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

RESERVA DE LEY-Tipos

PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY-Carácter material

LEY-Asuntos sujetos a reserva material

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

LEY MATERIAL-Materias sujetas a reserva

Frente a las materias sujetas a reserva de ley formal, la Corte Constitucional ha manifestado que son aquellos temas en los que no puede intervenir el legislador extraordinario, pues se exige la participación directa del Congreso como órgano máximo de

189

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:

190

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».*

191

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

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

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

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

En efecto, siguiendo la tradición de las legislaciones tutelares que propenden por la intangibilidad e irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y garantías ciudadanas, el Derecho del Trabajo y de la

Seguridad Social sanciona con la ineficacia o la privación de efectos jurídicos todo acuerdo que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. De ahí que, para esta Corte, la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.

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

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

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

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

192

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.

193

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

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

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

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

determinar las conductas atentatorias del mismo; las multas y efectos respecto a la afiliación y, dispone que en tal caso podrá hacerse una nueva.

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

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

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

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

194

providencia y en los contenidos de los artículos 4, 11, 13, 15 y 288 de la Ley 100 entre otros.

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a una tercera construida por el juez con tal propósito; todo lo cual debe cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.

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

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

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

Los responsables de la administración de los dos regímenes pensionales son: Colpensiones la del primero, y las AFP las del segundo, cuya

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

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

> *ARTÍCULO 287. ACTIVIDADES PROPIAS DE LOS INTERMEDIARIOS EN LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL. Las Entidades de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud y las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía y/o de Pensiones podrán realizar las actividades de promoción y ventas, la administración de la relación con sus afiliados, el recaudo, pago y transferencia de los recursos por intermedio de instituciones financieras, intermediarios de seguros u otras entidades, con el fin de ejecutar, las actividades propias de los servicios que ofrezcan.*
>
> *El Gobierno reglamentará la actividad de estos intermediarios, regulando su organización, actividades, responsabilidades, vigilancia y sanciones a que estarán sujetos.*

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

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

195

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 1996, 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 PORVENIR S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídica sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del sistema pensional vigente, se agravó su situación de sostenibilidad financiera, ya que al permitirse la coexistencia y libre competencia, la mayor fuerza en la promoción de afiliaciones por parte de las AFP, dejo el sistema con un mayor problema del que tenía, al perder un número importante de cotizantes, que

constituían con sus aportes el soporte para el pago de las pensiones ya causadas en favor de miles de colombianos.

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

7.5. Según se explicó en precedencia, el régimen de prima media con prestación definida tiene un carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya 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.

190

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

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

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

7.11. Por demás ese mecanismo no afecta el reconocimiento de la pensión, por el contrario, incentiva que el valor se aumente, sin que ello comprometa su existencia. En todo caso y dada la finalidad de

ampliación de cobertura del derecho fundamental a la seguridad social esa fórmula para aumentar el porcentaje del monto pensional ha sido utilizada de manera constante en el régimen de prima media, incluso antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993. Así el artículo 16 del Decreto 3041 de 1966 disponía el incremento del 1.2% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas; luego el Decreto 2879 de 1985 en su artículo 1 contemplaba que se elevaba en un 3% por cada 50 semanas adicionales a las 500 y esta misma prescripción se mantiene en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990. También se encontraba en el artículo 34 original de Ley 100 de 1993, al definir que por cada 50 semanas adicionales a las 1000 y hasta las 1200 se incrementaría la pensión en un 2% y de 1200 a 1400 semanas en un 3% hasta llegar al tope del 85%. Entonces, al prescribir el inciso final del artículo 10 de la Ley 797 de 2003 que el aumento porcentual es de 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas puede afirmarse que se ha mantenido la formula, en lo que a ese aspecto atañe.

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

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

97

social, de las que se advierte no existe ninguna, que genere la obligación de recibir a la demandante cuya afiliación resulta ineficaz, por cuenta de hechos absolutamente ajenos a Colpensiones.

CONCLUSIONES IV.

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

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

Del formulario de afiliación a PORVENIR S.A., a partir del 30 de septiembre de 1996 (Folio 5).

Del interrogatorio de parte, absuelto por el demandante, se establece que se trasladó a Porvenir porque el asesor que lo contactó le informó que "*el Seguro Social estaba quebrado, que lo iban a cerrar, que en el Fondo privado se podía pensionar antes y con muchas ganancias*", y manifiesta que con esa información se sintió presionado a trasladarse al Fondo, sostuvo que no le

informaron nada en relación con "*los pro y los contra*", en ese nuevo régimen, pero esa información inicial la consideró suficiente para adoptar la decisión de trasladarse. Sostuvo que hace aproximadamente 2 años quiso averiguar sobre su situación pensional y solicitó al Fondo demandado que le hiciera una proyección pensional con la que advirtió que se perjudicaba de permanecer en el Fondo.

Por otra parte, el traslado se efectuó en el año 1996, y solo hasta el 2018 (folios 7 a 9), 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 al acto de afiliación al RAIS.

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

Sin costas en esta instancia.

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

198

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 Porvenir 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, deben 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.

199

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación del demandante y al deber de información a cargo de las AFP.

EN CONSECUENCIA:

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

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

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

OTERO

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Salvamento de Voto

Ultima hoja del proceso Proceso Rad. n.° 016-2018-00361-01, promovido por Yesid Marín contra Colpensiones y otro (revoca condenas)

200

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 16-2018-00361-01

DEMANDANTE: **YESID MARÍN**

DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTROS**

ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

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

En la fecha, 30 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 16-2018-00361-01

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

DEMANDANTE: **YESID MARIN**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA
ASUNTO : **APÉLACION PORVENIR SA Y COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES**

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de septiembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se advierte que los apoderados del demandante (folios 167 y 168), así como Colpensiones (folio 158) y Porvenir SA (folios 146 a 147) 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) **YESID MARIN** instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 50 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad del traslado efectuado por el señor Yesid Marin el dia 30 de octubre de 1996 con la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir SA, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta del demandante.
- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho traslado, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entres sus afiliados al demandante en el RPM, como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso automático.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 72 a 77) y PORVENIR SA (fls. 85 a 114), de acuerdo al auto visible a folio 115. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 16° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de septiembre de 2019, Declaró la ineficacia del traslado de regimen que efectuó el demandante YESID MARIN, desde el regimen de prima media con prestación definida hacia el regimen de ahorro individual con solidaridad el 3 de septiembre de 2006, a la AFP Colfondos SA, y en consecuencia se condena a la AFP PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante hacia el RPM administrado por Colpensiones, lo que incluye el traslado de todas la sumas que por cualquier concepto y que tengan motivo y causa en la afiliación y cotizaciones del demandante al RAIS que se declara ineficaz en esta sentencia se hubiere recibido, lo que corresponde a los frutos e intereses que se hayan producido sinque sea dable el desc eunto de gastos de adminsitración. Condenó a Colpensiones a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante conforme se condenó en el numeral priemro que antecede y a validar en el RPM, las semanas que correpsonden a lo que se cotizó en el RAIS, de manera al que para todos los efectos legales se declara que la única afiliación válida que ha existido a favor del demndante fue la que realizó al ISS hoy Colpensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Costas a cargo de las demandadas, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV a cargo de Porvenir SA y de ½ SMLMV a cargo de Colpensiones.

Mediante providencia del 8 de octubre de 2019, se dispuso corregir el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019, en el sentido de indicar que la fecha del traslado de regimen que se declara ineficaz, es el 30 de septiembre de 1996, y no el 3 de septiembre de 2006. En lo demás permanece incólume de la decisión.

Porvenir SA apeló el fallo de primera instancia, solicitando se revoque el mismo, teniendo en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, haciendo omisión a tal criterio legal, el cual ha sido avalado con la Sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, siendo procedente unicamente el traslado si acredita 15 años cotizados al 1 de abril de 1994, y al no acreditar 750 semanas, deberían acogerse a la prohibición legal, en ese sentido y conforme el artículo 230 de la CP, sin que el caso del aquí demandante encaje para que le sea aplicado, maxime si se tiene en cuenta que al momento del traslado, el demandante tenía 34 años de edad, y en relación con las pruebas allegadas, la cual indica el juez de instancia que son insuficientes para acreditar el deber de información que tenía Porvenir SA, se rompe con el principio de legalidad para el momento de analizar ese deber de información en la que estaba obligada la AFP demandada, pues no había exigencia adicional al formulario de vinculación que acreditara la voluntad del afiliado de trasladarse. Así pues, solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y especialmente en lo que tiene que ver con los gastos de administración y rendimientos financietos, aspectos propios del RAIS, que al ordenar su devolución generan un enriquecimiento sin justa causa, ya que si hubiese estado vinculado en el RPM, tales rendimientos financieros no hubieran sido reflejafos en su historia laboral.

Por su parte, **Colpensiones** epaló el fallo, teniendo en cuenta que Colpensiones siempre ha actuado de buena fe en todas las etapas del proceso, toda vez que si bien a Colpensiones solo se le imputa una obligación de hacer, se le impone una condena en costas que no es dable, toda vez que Colpensiones ha actuado correctamente, es así que para el a1996, fecha del traslado, Colpensiones atendió a su querer que se exresó mediante la firma del formulario de afiliación que hoy se encuentra válidamente incorporado al plenario, y para el momento en que el demandante solicitó el retorno al RPM, no pudo ser atendido, como quiera que ya se encontraba inmerso dentro de la prohibición legal y Colpensiones no podía atender de manera unilateral dicha solicitud, máxime cuando existe una norma que lo prohíbe.

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 JURIDICO:

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

203

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310501620180036101)

LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310501620180036101)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto.
(Rad. 11001310501620180036101)

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUAN GUILLERMO BOTERO ALVAREZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

RADICADO: 11001 31 05 008 2018 00585 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 estudiar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en atención a la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de diciembre de 2019.

Por otra parte, se advierte que el apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegaciones, solicitando la confirmación de la sentencia, bajo el argumento que el Fondo de pensiones no le brindó una asesoría clara, completa y veraz acerca del cambio de régimen pensional.

Mientras tanto COLPENSIONES alegó que no resulta procedente declarar la nulidad de la afiliación que realizó el actor al RAIS, como quiera que de las pruebas aportadas al plenario se acreditó que el traslado se efectuó de

manera libre y voluntaria, además de estar precedido de información clara y precisa.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende que se declare la nulidad o invalidez de la afiliación realizada a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA actualmente PROTECCIÓN S.A., por la indebida y nula información. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, y condenar a esta última entidad a activar su vinculación en el régimen que administra. Sustento sus pretensiones, en que nació el 21 de abril de 1959, que estuvo afiliado al ISS desde el 24 de noviembre de 1987 hasta el 5 de diciembre de 1996, fecha esta ultima en la que se traslado al RAIS, sin que el asesor del fondo le brindara información acerca del cambio de régimen pensional. Finalmente aseguró que solicito ante las entidades convocada a juicio la nulidad de la vinculación que efectuó en el Régimen de Ahorro Individual, pero que su requerimiento fue despachado de manera desfavorable.

Como fundamento normativo, citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, Decreto 1642 de 1995, Decreto 2241 de 2010. Así como las sentencias con radicado 31314 y 31989 de 2008, y SL17595 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 80-88 del plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la afiliación realizada por la

179

demandante a PROTECCION S.A., cuenta con validez, como quiera que los documentos aportados al expediente daban cuenta que la afiliación realizada por el actor al Régimen de Ahorro Individual fue libre, voluntaria e informada. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 89-99, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, al manifestar que la afiliación efectuada por la demandante, fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza en su realización; además fue la demandante que en forma libre y voluntaria decidió afiliarse a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de diciembre de 2019, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO del señor JUAN GUILLERMO BOTERO ÁLVAREZ del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acaecido el 27 de noviembre de 1996, proveniente del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA AIG hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a admitir el traslado del Régimen pensional del señor JUAN GUILLERMO BOTERO ALVAREZ.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valore que hubiere recibido por motivo de*

la afiliación del señor JUAN GUILLERMO BOTERO ALVAREZ como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del trabajo y la Seguridad Social, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.

***CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de está.*

***QUINTO:** Sin condena en costas, ante su no causación.*

***SEXTO:** En caso de no ser apelada y como quiera que fue adversa a la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, ENVIAR el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.*

El A-quo argumento que de conformidad con el artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 2003, y teniendo en cuenta las sentencias con radicaciones SL12316 de 2014, SL13280 de 2014, SL9840 de 2015, SL4360 de 2019, STL1135 de 2017 y SL4416 de 2019, había lugar a declarar la nulidad e 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 objetiva, comparada y transparente sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo señalado en el artículo 69 del C.P.T. Y S.S., la Sala estudiará si COLPENSIONES debe aceptar en el régimen que administra a la 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

181

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.

182

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

Sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de nuestra Sala de Casación Laboral ha interpretado las normas que se refieren al deber de información de las AFP, definiendo que el incumplimiento al mismo imposibilita la libertad de elección de régimen pensional por parte del afiliado, determinado tres etapas en la regulación, consignadas entre otras en la CSJ-SL1452-2019, resumidas en el siguiente cuadro:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de	Artículo 3, literal c) de la	Implica el análisis previo,

información, asesoría y buen consejo	Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	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 1996)**, 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 1996 en que realizó su afiliación al RAIS (folio 130), 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.

185

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;

186

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

ARTICULO 15. *Todo fondo de pensiones deberá tener un plan de pensiones y un reglamento de funcionamiento aprobados de manera previa e individual por la Superintendencia Bancaria. El reglamento debe contener, a lo menos, las siguientes previsiones:*
a) Los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora;
b) El régimen de gastos conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Bancaria, y
c) Las causales de disolución del fondo.
El texto del reglamento, así como del respectivo plan, deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación. Los reglamentos deberán ser redactados de forma tal que sean de fácil comprensión para los afiliados y la copia que de los mismos se entregue a éstos deberá emplear caracteres tipográficos fácilmente legibles.

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

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

De las disposiciones anteriores salta a la vista, que la relacionada con el caso es el artículo 4°, que hace responsables a las AFP en el grado de culpa levísima, por los daños que se puedan causar a los afiliados y la del

literal j) del artículo 14 que impone un deber de asesoría, cuando así lo requiera el afiliado para la contratación de rentas vitalicias.

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

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

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia del acto de afiliación prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al interpretar que tal falta atenta contra la libertad de elección prevista en el artículo 13 del mismo estatuto, porque en síntesis, no puede ser libre una decisión desinformada.

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

187

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

Siendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la fuente invocada para dejar sin efecto la afiliación al régimen pensional, bien vale la pena recordar, que los regímenes sancionatorios solo pueden establecerse en leyes, siendo de la esencia de los mismos que solo el Congreso de la República pueda adoptarlos en virtud del principio denominado *reserva de ley*, e impone que las correspondientes sanciones solo puedan ser impuestas por las autoridades competentes, acatando el debido proceso, dentro del plazo previsto por la ley y con la dosificación señalada en ella. De otra parte el Decreto n° 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES

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

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

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

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

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

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

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de

las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Alcance

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

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

El artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia. Y, de otra, constituye una limitación a

los poderes del Estado, habida cuenta de que corresponde al legislador establecer previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción. La jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera reiterada que el debido proceso es el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico orientadas a la protección del individuo incurso en una conducta judicial o administrativamente sancionable, precisando que son elementos integradores del debido proceso los siguientes: "a) el derecho a la jurisdicción y el acceso a la justicia; b) el derecho al juez natural; c) el derecho a la defensa; d) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable; e) el derecho a la independencia del juez y f) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario."

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

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

POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION-Ejercicio

Para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma, -sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley

189

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.

191

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.

La 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

192

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

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

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

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

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

o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

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

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

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

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

193

Sobre la ineficacia en sus diferentes acepciones y efectos, la C-345 de 2017, ilustra sobre la aplicación de la figura a los contratos civiles y comerciales, precisando que en los primeros operan las nulidades absoluta y relativa previstas en el Código Civil y, en los segundos, la ineficacia de pleno derecho establecida en el artículo 897 del Código de Comercio, que es el único ordenamiento que la tiene prevista en nuestra legislación, en los siguientes términos:

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

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

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

De los textos transcritos se desprende que la figura de la ineficacia de pleno derecho, está ligada a los actos de comercio en los casos allí citados; que la norma no establece las consecuencias de la ineficacia de pleno derecho, por lo que pueden aplicarse las normas de la nulidad previstas en el estatuto civil, por mandato expreso que hace el artículo 822 del Código de Comercio, como lo refiere la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil en la sentencia SC-3201-2018 en la que se expresa :

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

obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa».

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

94

misma, pero que el artículo 822 remite a las normas del Código Civil y puntualmente al artículo 1746. Los supuestos de hecho de esta jurisprudencia nada tienen que ver, con el acto de afiliación a un régimen pensional, pues la situación fáctica que plantea vincula comerciantes y actos de comercio, se discute una situación de carácter contractual y, los efectos de la ineficacia previstos en el estatuto civil se aplican en asuntos mercantiles, pero porque así lo dispone una norma que dentro del mismo código de comercio remite a tal ordenamiento.

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

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

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

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

Civil, **pero por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio.**

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

CONCLUSIONES III.

De lo expuesto resulta fundado concluir que:

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

Los principios constitucionales plasmados en el artículo 29 de nuestra Carta Política y los legales consagrados en el estatuto de seguridad social, refrendados en un millar de sentencias de nuestra Sala de Casación Laboral, sustentan la conclusión anterior, porque han pregonado el principio de inescindibilidad en la aplicación de las normas; la imposibilidad de tomar de una y otra norma lo que convenga a la pretensión del accionante, para dar paso a una tercera construida por el juez con tal propósito; todo lo cual debe

cumplirse con mayor rigor cuando se trata de normas de carácter sancionatorio.

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

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

a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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

> *ARTÍCULO 287. ACTIVIDADES PROPIAS DE LOS INTERMEDIARIOS EN LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL. Las Entidades de Seguridad Social, las Entidades Promotoras de Salud y las Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía y/o de Pensiones podrán realizar las actividades de promoción y ventas, la administración de la relación con sus afiliados, el recaudo, pago y*

transferencia de los recursos por intermedio de instituciones financieras, intermediarios de seguros u otras entidades, con el fin de ejecutar, las actividades propias de los servicios que ofrezcan.

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

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

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

Bajo las anteriores premisas, en la medida en que el afiliado es quien tiene la opción de escoger su régimen pensional; mientras no se demuestre que Colpensiones invadió la órbita de su derecho a elegir, ninguna consecuencia de las establecidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puede aplicarse a un tercero que nada tuvo que ver en el acto de escogencia y afiliación al RAIS, ni en la deficiente o suficiente información que se le suministro, ni era la obligada a suministrarla en el año 1996, en que el afiliado tomo su decisión.

La anterior afirmación tiene sustento, en que de conformidad con lo hasta aquí expuesto, el régimen sancionatorio establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que sirve como sustento a la ineficacia del acto de afiliación, establece como sanción adicional a la multa que impongan las autoridades administrativas allí señaladas, la ineficacia del acto de afiliación y la habilitación para que el interesado haga una nueva; que de ninguna

manera puede traducirse en que Colpensiones asuma la consecuencia de las omisiones de la AFP, que no solo es un sujeto de derecho diferente y autónomo, sino que es su competencia en materia de administrar pensiones sus afiliados.

Cabe resaltar que la relación jurídica originada en el acto de afiliación del demandante cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujetos a la demandada PROTECCIÓN S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídico sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

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

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

> *7.5. Según se explicó en precedencia, el régimen de prima media con prestación definida tiene un carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas, en otras palabras, los cotizantes son los convocados a sufragar las pensiones de quienes ya cumplieron los requisitos de acceso.*
>
> *7.6. Para ello el fondo común incorpora la totalidad de las cotizaciones y junto con los incrementos financieros que se producen dispone del pago de las pensiones, en las distintas contingencias.* ***Esto que parece simple tiene sin embargo una gran complejidad, en la medida en que tanto la fijación de las cotizaciones, como el tiempo en el que debe realizarse y la edad del disfrute se***

determinan de acuerdo a un modelo financiero que permita hacer viable el régimen. *El Estado allí funciona como garante de las obligaciones pensionales, siempre que los afiliados cumplan con la densidad de semanas exigidas y la edad requerida. Con todo y la fijación de un modelo actuarial que haga sostenible el régimen de prima media, tal como se explicó en el acápite pertinente, por lo menos se subsidian en un 40% las pensiones de vejez.*

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

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

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

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

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

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

afirmarse que se ha mantenido la formula, en lo que a ese aspecto atañe.

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

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

CONCLUSIONES IV.

Por lo expuesto resulta sustentado afirmar: Que Las normas de seguridad social son suficientes para juzgar las pretensiones de ineficacia de la afiliación, deben ser aplicadas conforme a los mandatos del debido proceso en especial las de los principios de inescindibilidad, irretroactividad de la ley, integración y remisión, contenidos en las normas y jurisprudencias citadas; que la ineficacia de la afiliación produce efectos a cargo de quien incurrió con su acción u omisión en la causación de un perjuicio, en este

198

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:

Formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. a partir del 27 de noviembre de 1996 (Folio 130). El 23 de diciembre de 1998, se cambió de administradora, trasladándose a PROTECCIÓN S.A. (folio 129).

Por otra parte, el traslado se efectuó en el año 1996, y solo hasta el 2018 (folio 20-23 y 130), el demandante se interesó por trasladarse nuevamente al RPM, 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 Colpensiones S.A. porque ni patrocino su traslado, ni intervino en al acto de afiliación al RAIS.

Por las razones expuestas, se declarara la falta de presupuestos procesales para aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; y se revocaran las condenas impuestas a Colpensiones, por ser ajena a la decisión de traslado de régimen tomada por el afiliado, así como también ajena a las

invocadas deficiencias en el deber de información, y por no participar en acto contractual alguno, que le pueda imponer restituciones de ninguna clase a la luz del artículo 1746 del Código Civil, habida cuenta que el acto de afiliación no tiene carácter contractual y la norma en cita no aplica a la regulación de actos de la seguridad social que tienen regulación propia, sin que pueda acudirse a un estatuto ajeno.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE:

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

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

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

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de las administradores de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

199

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de noviembre de 1996, fecha del traslado a COLMENA hoy 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 de la actora al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral del demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin 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 este grado jurisdiccional de consulta.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA Aclaración de voto

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA

(Salvamento de voto)

Ultima hoja del proceso Proceso Rad. n.° 008-2018-00585-01, promovido por Juan Guillermo Botero Álvarez contra Colpensiones y otro (revoca condenas a COLPENSIONES)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

Radicación 08-2018-00585-01

DEMANDANTE: **JUAN GUILLERMO BOTERO ÁLVAREZ**
DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTROS**
ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

AUTO

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

En la fecha, 30 de septiembre de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 08-2018-00585-01

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

DEMANDANTE: **JUAN GUILLERMO BOTERO ÁLVAREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCIÓN SA
ASUNTO : **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 Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 08° Laboral del Circuito de Bogotá el día 05 de diciembre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se advierte que los apoderados del demandante (folios 160) y Colpensiones (folios 163) 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) **JUAN GUILLERMO BOTERO ÁLVAREZ** instauró demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN SA**, debidamente sustentada como aparece a folios 38 y 39 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

- Declarar la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación suscrito por el demandante, mediante el cual se afilió al RAIS administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN.
- Declarar que para efectos pensionales continúa afiliado por el demandante, en el RPM, administrado por Colpensiones al que pertenecía.
- Declarar que para efectos pensionales al RAIS administrado por Protección SA, fondo que actualmente se encuentra vinculado, realice la devolución de los aportes al régimen de prima media con prestación definida hoy Colpensiones, al que pertenecía antes.

CONDENATORIAS:

- A Protección SA a anular el acto o formulario de afiliación suscrito por el demandante, mediante el cual afilió al actor al RAIS.
- Que el demandante continúa afiliado al RPM a Colpensiones.
- Ordenar la devolución de los aportes al RPM administrado por Colpensiones.

- Costas procesales.

Contestaron la demanda: **COLPENSIONES** (fls. 80 a 88) y **PROTECCIÓN SA** (fls. 89 a 145) de acuerdo al auto visible a folio 148. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 08° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 05 de diciembre de 2019, Declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado del señor Juan Guillermo Botero Álvarez del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 27 de noviembre de 1996, proveniente del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN SA. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado del régimen pensional del señor Juan Guillermo Botero Álvarez. Condenó a Protección SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del CC aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPT y SS, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado. Condenó a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva la AFP Protección SA, que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de ésta. Sin condena en costas.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena SA efectuado por el (la) señor (a) **JUAN GUILLERMO BOTERO ÁLVAREZ** el dia 05 de diciembre de 1996 efectivo a partir del 1 de febrero 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 consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, solicitó trasladarse a la AFP Colmena SA, el 05 de diciembre de 1996 efectiva a partir del 1 de febrero de 1997, posteriormente a la AFP Protección SA el 23 de diciembre de 1998, efectiva a partir del 1 de febrero de 1999 (fls. 121).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** (fls. 80 a 88) y **PROTECCIÓN SA** (fls. 89 a 145). Colpensiones: no aportó

nada, Protección SA: información de historia laboral para trámite de bono pensional, sábana expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, historia laboral Protección SA, formato de solicitud de afiliación, simulador de pensión con fecha del 1 de febrero de 2006, certificado SIAFP, respuesta derecho de petición, comunicados de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 05 de diciembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Juan Francisco Bernal (fl. 130), 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.

Asi mismo, ha de resaltar que el Fondo privado tampoco le explicó a la demandante que, al tener en el momento de trasladarse 471,43 semanas cotizadas (fl. 104) y 35 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 (nació 1959), y de seguir cotizando regularmente, como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad (El traslado se efectuó con posterioridad a la Ley 100 de 1993) en el año 2019 (tendrá más de 1.000 semanas – fl. 104), 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 podia ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE de COLPENSIONES a la AFP COLMENA SA el 05 de diciembre de 1996, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de diciembre de 2019 por el Juzgado 08° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500820180058501)

LORENZO TORRES RUSSY
Salvamento de Voto
(Rad. 11001310500820180058501)

RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA
Salvamento de Voto.
(Rad. 11001310500820180058501)