

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN LABORAL

Cúcuta, diez (10) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Elver Naranjo

Magistrado Sustanciador

1o. ASUNTO

Se deciden los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 29 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, dentro del proceso ordinario laboral radicado 54-001-31-05-001-2021-00382-00, promovido por **Eduardo Eleazar Gelvez Jaimes** contra la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-**. Además, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS, surtir el grado de jurisdicción de consulta de la misma providencia en lo que es adverso a la última entidad y no fue apelado por ésta.

2o. ANTECEDENTES

DEMANDA: Deprecia el actor se decrete la **nulidad o ineficacia de su afiliación** al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia se ordene su **ingreso** al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones.

Adujo para ello: **1) Que** nació el 7 de diciembre de 1962, y el 1º de mayo de 1986 se vinculó como suboficial de la Policía Nacional, realizando aportes a la Caja de Sueldos de Retiro de dicha entidad hasta el 7 de enero de 1992. **2) Que** en julio de 1999 vinculó su fuerza de trabajo al servicio de la empresa privada Isvic Ltda, y fue afiliado al fondo de pensiones ING (hoy Protección),

del que mutó el 1° de junio de 2002 con destino a Porvenir S.A. **3) Que** ninguna de las AFP le suministró una verdadera asesoría o mínima ilustración sobre los riesgos y consecuencias que acarrearía el cambio; falta de información que revela que su decisión de traslado no fue espontánea, voluntaria, ni libre. **4) Que** formuló ante las tres administradoras de pensiones convocadas a juicio, petición de nulidad de las afiliaciones en el RAIS, sin éxito.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA: Colpensiones se opuso a las pretensiones. Admitió las circunstancias fácticas relativas a la edad del actor, la data de afiliación al RPM y el reclamo administrativo elevado. Argumentó que carece de legitimación en la causa por pasiva para atender los pedimentos elevados, porque involucran directamente a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, entidad autónoma a la que estuvo afiliado el accionante antes de mutar al RAIS; circunstancia fáctica que dice, impide ordenar retornos al RPMPD, a donde verdaderamente, nunca se adhirió. Señala que el precitado se vinculó a dicho régimen de forma voluntaria y, se encuentra inmerso en la prohibición de trasladarse de régimen establecida en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en la medida en que, está a menos de diez años para pensionarse. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir, cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación, legalidad de los actos administrativos, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, imposibilidad de condena en costas, prescripción, imposibilidad de volver al estado mismo de las cosas por haber un hecho consumado, y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. igualmente resistió las súplicas. Indicó no constarle ninguno de los hechos, con excepción de la edad del actor y la petición de traslado elevada. Adujo que aquél no señaló ni demostró cuál fue el error en el que se incurrió

para poder determinar si hay lugar a la anulación de su consentimiento, máxime cuando obra formulario de vinculación suscrito por aquella, bajo la gravedad del juramento en donde deja constancia que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que despeja cualquier duda acerca de la ocurrencia de cualquier vicio de la voluntad. Además, en forma posterior hubo traslado entre administradoras del RAIS, lo que evidencia que decidió permanecer en este régimen. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada.

Protección S.A. también se opuso a lo pedido. Reconoció como ciertos los hechos atinentes a la data de afiliación del demandante en el RAIS y su petición de ineficacia de la afiliación; de los demás aseguró no constarle. Señaló que el incoante de manera libre y voluntaria solicitó la afiliación al RAIS así como el tránsito horizontal dentro del mismo, con el pleno conocimiento y suficiente ilustración, sin que la simple inconformidad con el régimen seleccionado de lugar a la ineficacia del traslado que se pretende. Formuló como excepciones: declaración libre y voluntaria al momento de la afiliación, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el 18 de mayo de 2022, resolvió declarar la *nulidad* de las afiliaciones al régimen de ahorro individual que el accionante surtió primeramente con los fondos de pensiones Porvenir S.A. y Protección. Condenó a dichos fondos privados a “devolver al sistema” todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y todos los frutos e

intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento alguno. Asimismo, asumir los deterioros sufridos por el bien administrado (en caso de que se hubieren causados), mermas del capital destinado a financiar la pensión de vejez del demandante, por los gastos de administración en que haya incurrido, en los términos del artículo 963 ibídem. De igual manera, ordenó a Colpensiones que una vez cumplido lo anterior, reactive la afiliación del RPMPD a fin de continuar recibiendo los aportes que el protagonista procesal realice. Gravó en costas a las demandadas.

Consideró como premisas la obligación que tienen los fondos de pensiones de proporcionar a los posibles usuarios y afiliados una información completa clara, oportuna y comprensible la cual es exigible desde la creación de la ley 100 de 1993. Dice que verificado el acervo probatorio, ING ni Porvenir S.A. demuestran haber cumplido con esa carga, pues, no obra en el plenario prueba alguna de la correcta y completa asesoría dada al demandante, ni siquiera documental que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de afiliarse a uno u otro régimen y, mucho menos de sus desventajas.

Explicó que si bien es cierto, el demandante nunca estuvo vinculado al RPMPD, ello obedece a la deficiente asesoría de los fondos privados pues ninguna proyección se hizo sobre la posible pensión que hubiese podido causar en dicho modelo, lo que derivó en la inducción a error del potencial afiliado.

Resaltó que no es posible disponer la nulidad de traslado de régimen porque no lo ha habido, sino, el de la afiliación al RAIS por la falta de información como materialización del derecho a la libre escogencia previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que desde el escrito introductor de demanda, dirige a Colpensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN: Porvenir S.A. aspira a que se revoque la decisión. Manifiesta que las disposiciones legales vigentes a la fecha de la vinculación del actor al régimen, tales como el estatuto financiero y el literal b

del artículo 13 de la ley 100 de 1993 si bien establecieron la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar información que diera elementos de juicio claros y objetivos para tomar dicha decisión, dichas disposiciones no señalaron que tal información debiera otorgarse de una forma en particular; de modo que resulta suficiente el formulario de afiliación o traslado dentro del RAIS que suscribió el demandante, que da cuenta de la información que de forma verbal se le brindó por el respectivo asesor, luego, aduce que no es cierto que se haya omitido dar una información suficiente para que aquél tomara dichas decisiones. Asegura que como están estructurados los regímenes pensionales en la ley 100 de 1993, resulta imposible que en el año 1999, cuando el actor estaba comenzado a construir su pensión, se pudiese hacer una proyección de cómo sería la prestación económica y si iba a ser mejor o no en un régimen que en otro.

En relación con la devolución de sumas adicionales, dentro de las que se encuentran los gastos de administración, refiere que, si bien es cierto ingresan al patrimonio del fondo de cesantías, ellos son para remunerar y cubrir los costos y gastos, que esa producción de rentabilidad, que también se ordena trasladar a Colpensiones, incurrió el fondo para lograrla, eso compaginado con lo señalado en el artículo 964 del Código Civil, que prevé que en toda restitución de frutos se abonará a quien la hace, los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos, que para el caso en concreto son los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y el seguro previsional. Así las cosas, concluye que en virtud a la ineficacia de la afiliación declarada, lo único procedente es la devolución de los aportes de la cuenta individual.

La pretensión de **Colpensiones** también es derruir la decisión de primer grado. Manifestó que el actor estuvo afiliado en primera oportunidad a la Caja de sueldos de retiro de la Policía Nacional -CASUR-, de donde mutó directamente al RAIS, situación que alega, da lugar a declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa el traslado, habida cuenta que es a dicha caja a quien corresponde asumir las consecuencias de la sentencia

judicial. Aduce que, en todo caso, la afiliación primigenia al RPMPD se torna inviable porque al actor le faltan menos de diez años para adquirir el derecho pensional, situación que legalmente impide la aludida adhesión. También, porque la suscripción del formulario fue libre, voluntaria y ausente de coerción, lo que se ratifica con la permanencia en el RAIS por más de veinte años.

Protección persigue la revocatoria parcial de la determinación judicial, en lo atinente a la devolución de aportes junto con los rendimientos, gastos de administración y seguro previsional. Arguye que desde el 2002 transfirió a Porvenir S.A., la totalidad de rubros contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor, y que los dineros descontados de dichos aportados se soportan en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y fueron destinados a cubrir el riesgo correspondiente, tanto así, que señala, de haber acontecido la invalidez o muerte, la prestación económica se hallaba garantizada; igual que sucedería eventualmente con la garantía de pensión mínima, de no alcanzar a cotizar las 1.300 semanas exigidas por la norma, porque para ello se descontó el dinero girado a Fogafín. Acota que contrario a lo concluido por el sentenciador, la documental revela que la vinculación primigenia al RAIS se dio en 1996 ante Horizonte Pensiones y Cesantías -hoy Porvenir S.A.-, luego con Pensiones Santander, absorbida por ING -hoy Protección-, y luego el actor retornó a la primera AFP, dígase, Porvenir S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN: Las encartadas replicaron los argumentos esbozados en sus apelaciones. El actor pidió confirmar la decisión.

3o. CONSIDERACIONES

Atendiendo las apelaciones y la finalidad del grado de jurisdicción de consulta en favor de Colpensiones, los problemas jurídicos consisten en determinar si resulta procedente declarar la ineficacia de las afiliaciones perfeccionadas por el demandante ante el RAIS, y el consecuencial ingreso primigenio de aquél

como aportante del RPMPD administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad.

Al respecto, de entrada, ha de advertirse, resulta inviable, por las particularidades del caso bajo estudio, declarar la ineficacia de los actos de afiliación surtidos por el actor en el régimen de ahorro individual, así como su vinculación a Colpensiones con efectos retroactivos respecto al pago de aportes, como erradamente dispuso el *A Quo*. Esto, conforme pasa a explicarse.

Una de las características del sistema general de pensiones es la **selección libre y voluntaria** del régimen pensional por parte de los afiliados (artículo 13 de la Ley 100 de 1993). Y, cuando de afiliaciones ante el RPM a RAIS se trata, para que esa determinación contenga las condiciones de la disposición referida, es decir, para poder predicar la libertad y voluntariedad en ello, previamente, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar.

En otras palabras, se exige que el acto de adherencia a uno u otro régimen esté precedido por un consentimiento informado que permita al potencial afiliado, comparar, a partir del suministro de información clara, cierta, comprensible y oportuna, las características, condiciones, beneficios, modalidades de pensión ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. Así ha enfatizado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencias SL4334 de 2021, SL2208 de 2021 y SL1637 de 2022.

Significa lo anterior, que el deber de información se dirige como presupuesto de eficacia del acto jurídico en sí. Por manera que, de no acreditarse el cumplimiento de la obligación de ilustración suficiente por parte de la AFP, lo procedente es la declaratoria de **ineficacia del acto** de afiliación y traslado de régimen, cualquiera que sea el caso. Es decir, se entiende que el mismo no produjo efectos de ninguna naturaleza de cara al sistema pensional.

Bajo tal égida, resulta diáfano que, por regla general, la tesis de ineficacia de la afiliación y, en consecuencia, del traslado que se perfeccione ante un régimen específico, pretende volver al estado mismo en que las cosas se hallaban de no haber existido dicho acto jurídico objeto de reproche. Específicamente, que retornen a su estado inicial, como si nunca hubiese acontecido la eventualidad que adolece del consentimiento informado. Lo que conlleva a entender que el afiliado nunca salió de un régimen específico.

Por manera que, cuando al cobijo de las anteriores premisas fácticas, legales y de índole jurisprudencial se estudia el elenco probatorio, y se evidencia que con anterioridad a su afiliación al RAIS ante la otrora Pensiones y Cesantías Horizonte, el 8 de abril de 1996, Eduardo Eleazar Gelvez Jaimes perteneció al régimen exceptuado (artículo 279 ley 100 de 1993) administrado por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mal podría como erradamente concluirse el *A Quo*, ordenarse su reactivación en el régimen de prima media con prestación definida que gobierna Colpensiones, puesto que, en espacio temporal alguno fungió como afiliado del mismo.

En efecto, la documental revela que el 1° de mayo de 1986, Gelvez Jaimes inició su desempeño como miembro activo del cuerpo policial en el cargo de Suboficial, circunstancia fáctica que devino en su directa y obligatoria afiliación al aludido régimen exceptuado de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Establecimiento público del orden nacional con autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Defensa, creado por el artículo 3° del Decreto 417 de 1955 para administrar *“el pago de los sueldos de retiro y las pensiones de jubilación del personal afiliado a ella y las demás prestaciones que pague la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Armadas”*.

Población de forzosa adhesión que según el artículo 4° corresponde a *“todo el personal uniformado y civil que, con carácter permanente, preste sus servicios a las fuerzas de policía, y los que con idéntico carácter presten sus servicios a la Caja de Sueldos de Retiro de dicha institución”*. Quienes, como se dijo, están llamados a afiliarse y cotizar al citado establecimiento público autónomo *“en*

la proporción establecida para los miembros de las Fuerzas Armadas respecto de la Caja de Sueldos de Retiro del Ejército Nacional” (ver artículo 6° *ibídem*). Es decir, con el 30% del primer sueldo básico percibido, y posteriormente, con cuota mensual equivalente al 8% de tal asignación, tal como lo regula el artículo 62 del Decreto 1213 de 1990, que reformó el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional.

Afiliación que se mantuvo ininterrumpida hasta enero 7 de 1992, cuando aconteció el retiro del demandante de dicho cuerpo policial. Sobre este punto, es importante recalcar que conforme a lo previsto en el literal e) del artículo 89 del Decreto 1213 de 1990, tal desvinculación no generaba *per sé* la desafiliación del régimen especial de pensiones, puesto que allí se prevé la reincorporación **por una sola vez** de los agentes cuyo retiro no supere el término de tres (3) años. Exigencia esta que no cumple el actor, porque no acredita haber retornado al servicio hasta antes del 7 de enero de 1995, cuando venció el plazo legal para tal fin. Cabe resaltar que ni siquiera hace alusión a tal situación fáctica en su escrito introductor de demanda.

Quiere decir lo anterior, que para el 8 abril de 1996, cuando el protagonista procesal materializó su afiliación a Pensiones y Cesantías Horizonte (hoy Porvenir S.A.), producto de relaciones laborales con empleadores privados, no le era exigible a la AFP, efectuar un parámetro comparativo con un régimen pensional opuesto al RAIS en los términos exigidos por la jurisprudencia, habida cuenta de que, el futuro adepto no provenía de ninguno en específico. Mírese como, además de jamás haber pertenecido al RPMPD, determinó abstenerse de regresar al único régimen al que fungió como afiliado, recuérdese, el exceptuado a cargo de Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Así las cosas, siendo claro que el demandante no efectuó traslado de un régimen a otro, al contrario, se vinculó en forma primigenia al sistema general de pensiones a través de un fondo privado, ninguna omisión de información sobre idoneidad de modalidades de administración de aportes de dicha

naturaleza, bien por parte del RAIS, ora del RPMPD, le es achacable a la administradora particular, porque sencillamente, no figuraba en el histórico de afiliaciones del accionante una materializada en forma previa ante el espectro general de pensiones, pues, se insiste, perteneció a un régimen exceptuado y específico, con regulación propia y disímil respecto al tópico de afiliación y aportes a pensión, al que para abril de 1996 le estaba vedado regresar, por no ostentar la calidad de miembro activo de la Policía Nacional.

Entonces, al no existir un régimen paralelo de equiparación, palmario deviene que la obligación de la extinta Pensiones y Cesantías Horizonte (hoy Porvenir S.A.), se ceñía a explicar con suficiencia las características del RAIS, no de los demás regímenes, sobre los que ni siquiera se podría inferir generaban expectativas positivas para el futuro afiliado.

Téngase en cuenta que el órgano cúspide de la especialidad laboral y de la seguridad social, de cara a la evolución de su línea jurisprudencial sobre el tópico de ineficacia de la afiliación, ha sostenido, particularmente en sentencia SL1452 de 2019, que la administradora de pensiones tiene el deber de brindar al afiliado *“información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado...”*. Cotejo o paridad que como se ve, resultaba inviable realizar al fondo al no existir verdaderamente mudanza entre regímenes, sino, una vinculación directa y prístina al sistema general de pensiones.

Conviene aclarar que si bien, en sentencia de tutela SL8362 del 16 de junio de 2022, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisó que aun cuando no medie directa afiliación a Colpensiones, en aras de salvaguardar la garantía de selección libre y voluntaria de régimen, es factible ordenar a la administradora del RPMPD recibir a un adepto del RAIS con el consecuencial traslado de aportes provenientes de la cuenta de ahorro individual, tesis conformada de la intelección plasmada en sentencias SL4334 y SL2208 de

2021, y SL1637 de 2022. Las circunstancias fácticas allí estudiadas, no se acompañan con el sub iudice.

Así es porque las decisiones adoptadas por el órgano de cierre guardan justificación en el hecho de que los actores del conflicto jurídico estuvieron afiliados a cajas, fondos o entidades de la seguridad social **reconocidas como existentes y administradoras transitorias del régimen de prima media con prestación definida** (artículo 52 Ley 100 de 1993), cuyos vinculados, por disposición expresa del artículo 3° del Decreto 2527 del 2000, estaban obligados a afiliarse al ISS o a un fondo del RAIS. Y, por tanto, resulta lógico predicar como lo hizo la Sala Laboral, que “...*el regreso al statu quo implicaba que aquella debía ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida*”.

Lo que no sucede en el sub analice, pues, se insiste, Eduardo Eleazar Gelvez Jaimes, previo a figurar como afiliado del RAIS, estuvo afiliado a un régimen pensional especial y exceptuado administrado por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, que ninguna relación tiene con el régimen de prima media con prestación definida que gobierna Colpensiones, al que pretende ingresar bajo la errada e improcedente tesis de “*reactivación*” de una afiliación inexistente.

En síntesis, al advertirse que con antelación a la afiliación al RAIS, el único régimen en el que el demandante figuró como adepto, fue el exceptuado de la Policía Nacional, al que no puede retornar por carecer de la condición de miembro activo de la misma, inviable deviene el retorno o reactivación perseguida frente a Colpensiones. Así, desacertada resulta la intelección que frente a dicho tópico efectuó el juez de primera instancia, al ordenar tal.

En consecuencia, se revocará íntegramente la decisión de primer grado denegando las pretensiones. Se declararán probados los medios exceptivos de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*inexistencia de la obligación*” formulados por las encartadas.

Por último, con fundamento en el aludido artículo 365 del CGP, se condenará en costas de ambas instancias al demandante por la prosperidad de las apelaciones y disponerse la íntegra revocatoria la sentencia de primera instancia. Se fijarán como agencias en derecho de la alzada para ser incluidos en liquidación de costas que se hará para cada uno de los integrantes de la pasiva \$100.000. Monto acorde con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

4o. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 29 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta. En su lugar, **ABSOLVER** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, de todas las pretensiones incoadas en su contra por Eduardo Eleazar Gelvez Jaimes; y **DECLARAR** prósperas las excepciones *falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación*.

SEGUNDO: GRAVAR en costas de ambas instancias al demandante. Inclúyanse como agencias en derecho de la alzada \$100.000 para cada uno de los integrantes de la pasiva. Líquidense de manera concentrada en el despacho de origen.

NOTIFÍQUESE.

Los Magistrados,

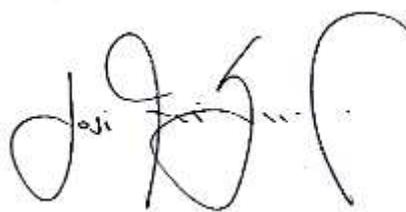


ELVER NARANJO

Nidia Belén Quintero G.

Nidiam Belén Quintero Gélves

(Con salvamento de voto)



José Andrés Serrano Mendoza

KattyM

Certifico: Que el auto anterior fue notificado Por ESTADO No. 085, fijado hoy en la Secretaría de este Tribunal Superior, a las 8 a.m. Cúcuta, 11 de agosto de 2022.



Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2021-00382-00
RADICADO INTERNO:	19.870
DEMANDANTE:	EDUARDO ELEAZAR GELVEZ JAIMES
DEMANDADO:	PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES

Con mi acostumbrado respeto para mis compañeros de sala, les manifiesto que salvo mi voto respecto de la decisión de la sala mayoritaria de revocar la sentencia del 29 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta y en su lugar absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra sobre declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenar su ingreso al régimen de prima media.

Para llegar a esta conclusión, la sala mayoritaria determinó que acorde a los hechos demostrados en el proceso, quedó demostrado que el actor prestó servicios desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 a un régimen de excepción, el 8 de abril de 1996 ingresó al sistema general de pensiones en primera oportunidad a través del Régimen de Ahorro Individual, sin haber pertenecido al Régimen de Prima Media. Conforme este hecho, advirtió que no existió un régimen paralelo de equiparación para que las AFP privadas compararan sus características y suministraran la información contrastada conforme se analiza en la línea jurisprudencial existente sobre ineficacia de afiliación y cuya consecuencia es el regreso al *status quo* previo, lo que no puede suceder cuando no hubo afiliación previa que reactivar.

No obstante, esta magistrada no comparte la decisión adoptada por la sala mayoritaria, por las siguientes razones:

Acorde al principio de congruencia consagrado en el artículo 280 del C.G.P., el Juez está en la obligación de resolver las pretensiones conforme fueron planteadas en la demanda; en esa medida, lo primero a resaltar es que las pretensiones del libelo genitor no reclamaban una nulidad o ineficacia de traslado del RPM al RAIS, sino la nulidad o ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y en consecuencia se ordene su ingreso al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Colpensiones.

En esa medida, se tornaba improcedente denegar la pretensión únicamente por no existir una afiliación previa que reactivar o un *status quo* que recuperar, dado que esto fue un asunto no planteado por el actor quien desde el principio reconoció este asunto y no solicitaba retornar al RPM, sino ingresar a él. Por ello, no era adecuado analizar la viabilidad de las pretensiones de nulidad o ineficacia de afiliación enteramente bajo la misma y asentada línea jurisprudencial de ineficacia de traslado de régimen

pensional, pues conforme expondré a continuación, si bien comparten los parámetros principales sobre supuestos de hecho a demostrar y cargas probatorias, se desconocen los hechos realmente planteados así como el parámetro legal aplicable y que es la base normativa de las pretensiones de nulidad o ineficacia de afiliación y de traslado.

Ahora, respecto de la viabilidad sustancial de la pretensión de ineficacia de la afiliación, se advierte que esta pretensión tiene como fundamento el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que dice:

“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<1> 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.***

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.”

Conforme este parámetro normativo, se advierte que el legislador previó un régimen especial de protección para el derecho a la libertad de escogencia del trabajador en su afiliación y selección de organismos del Sistema de Seguridad Social Integral, por lo cual cualquier persona que atente contra esta facultad será multado en trámite administrativo y en todo caso, esa afiliación quedará sin efecto para permitir al trabajador realizar nuevamente la selección de forma libre y espontánea.

No se hace distinción alguna sobre que esa consecuencia solo sea aplicable cuando el acto transgresor de su libertad surja en el traslado de un régimen a otro, pues señala que el objeto de evaluación será la **afiliación** y no condiciona esto a que sea la primera elección o una posterior, ni que el afiliado provenga de una entidad anteriormente; por lo que debe aplicarse el principio “donde la ley no distingue no le es dado al interprete hacerlo”, máxime cuando la consecuencia jurídica no es **retornar** o **recuperar el status quo** sino realizar nuevamente la afiliación de forma libre y espontánea.

Respecto de la aplicabilidad de este precepto normativo, se destaca en primer lugar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde providencia SL4360 de 2019 explicó que la figura jurídica aplicable en asuntos donde se discute la incidencia del consentimiento informado en la afiliación y el incumplimiento de las administradoras en el deber de información es una **ineficacia en sentido estricto**, que surge específicamente de la voluntad del legislador consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 pues “*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 explica:

“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.”

En la misma línea, la Corte ha reiterado que esta norma no se aplica exclusivamente cuando la actuación indebida provenga del empleador pese al título del artículo, pues su contenido especifica que la consecuencia se deriva cuando el acto provenga de cualquier persona natural o jurídica; así se explica en SL1637 de 2022:

*“Para la Corte resulta claro con lo hasta aquí dicho, que el supuesto de hecho que el Tribunal echa de menos está en las normas que regulan el caso y debieron aplicarse, y que de la lectura de los pluricitados artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, **no se infiere que sólo el empleador o quien funja como tal es el único que puede desconocer el derecho de libre elección de régimen pensional por parte del afiliado, pues la falta de información de la AFP puede afectarlo**, como se ha sostenido jurisprudencialmente y se ha explicado a lo largo de este proveído.”*

Lo anterior se explica con mayor profundidad en SL3871 de 2021:

*“(…) **el razonamiento del Tribunal según el cual el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 aplica exclusivamente en el marco de relaciones de trabajo subordinadas, es errado y restringe injustificadamente la protección de los derechos de los trabajadores en otros contextos donde se desenvuelven relaciones de poder entre sujetos que ocupan una posición preeminente y otros***

que por ausencia de conocimiento, información, recursos o experticia se encuentran en un rango de inferioridad.

Adicionalmente, el juez de segundo grado pasó por alto que la sanción de ineficacia también encuentra respaldo en los artículos 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política (CSJ SL4360-2019). En efecto, si se asume que existe un derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, se sigue que su vulneración debe encontrar respuesta en el artículo 53 de la Constitución Política y, especialmente, en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto». Lo anterior, en armonía con el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, que expresamente involucra los principios mínimos fundamentales del trabajo en la interpretación y aplicación de las normas del sistema de seguridad social.»

Siguiendo estas nociones jurisprudenciales, queda claro que la noción de ineficacia de la afiliación también se rige por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto, si el demandante alega que su elección de régimen del sistema de seguridad social estuvo afectado por el incumplimiento de la administradora en su deber de suministrar información, así debe analizarse para lo cual es procedente seguir las mismas reglas de cargas probatorias consagradas para las ineficacias de traslado. Así, en caso de no desmontar la demandada esa negación indefinida como es su deber procesal, se aplicará la consecuencia normativa que es declarar la ineficacia del acto de afiliación y permitir al demandante la libre elección de régimen, con el deber de traslado a cargo de unas y la de recibir por parte de la seleccionada.

En respaldo de lo anterior, se advierte que la Sala de Casación Laboral en providencia SL1637 de 2022 señala:

*“La Corte, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5630-2019, entre otras, **determinó en qué casos existirá ineficacia de la afiliación**, precisando que tal figura operará cuando quiera que: i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

Así las cosas, el cumplimiento del deber de suministrar información no se disminuye cuando se realiza la primera selección o ingreso al sistema, ni se restringe exclusivamente a comparar los aspectos del régimen de donde proviene el interesado.

Estimo entonces que la decisión adecuada hubiera sido valorar la pretensión de *ineficacia de la afiliación* sin exigir una permanencia previa en el régimen de prima media, pues esta condición no existe en el parámetro normativo aplicable y por el contrario, la norma protege la libertad de escogencia sin distinción; de manera que, el análisis probatorio debió seguir la misma línea o sentido de las ineficacias de traslado sobre que se invierte la carga de la prueba hacia las administradoras demandadas para que demuestren el cumplimiento en el deber de información y como no se cumplió dicho deber,

se debió acceder a las pretensiones confirmando la decisión de primera instancia.

Por estas razones, salvo mi voto sobre la decisión adoptada por la Sala Mayoritaria.

Atentamente.



NIDIA BELEN QUINTERO GELVES
Magistrada