



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

**LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL
DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,**

H A C E S A B E R:

Que el cuatro (4) de diciembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2021-00157-01 P.T. No. 20.690

NATURALEZA: ORDINARIO.

DEMANDANTE DORIS REYES GONZALEZ.

DEMANDADO: COLPENSIONES y OTRA.

FECHA PROVIDENCIA: CUATRO (4) DE DICIEMBRE DE 2023.

DECISION: “**PRIMERO:** REVOCAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 26 de abril de 2023, en su lugar, ABSOLVER a las demandas PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante DORIS REYES GONZALEZ **SEGUNDO:** CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P., En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de la parte demandante. **TERCERO:** Esta sentencia deberá ser notificada a través de EDICTO, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy trece (13) de diciembre de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



Departamento Norte de Santander

TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Cúcuta

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE

Dr. JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA

PROCESO ORDINARIO LABORAL

Juzgado Primero Laboral Circuito de Cúcuta

Rad. Juzgado: 54-001-31-05-001-2021-00157-00

Partida Tribunal: 20690

Demandante: DORIS REYES GONZALEZ

Demandada(o): COLPENSIONES Y
PROTECCIÓN

Tema: NULIDAD DE AFILIACION

Ref.: APELACIÓN Y CONSULTA DE
SENTENCIA

San José de Cúcuta, **cuatro (04)** de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta a resolver los recursos de alzada presentados por la parte demandante y los apoderados judiciales de las entidades demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 26 de abril de 2023, dentro del proceso ordinario laboral con Radicado del Juzgado N°54-001-31-05-001-2021-00157-00 y partida de este Tribunal Superior No. 20690 promovido por la señora DORIS REYES GONZALEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Abierto el acto por el Magistrado Ponente, entra la Sala a deliberar y una vez conocido y aprobado el proyecto, se profirió la presente sentencia, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

La demandante DORIS REYES GONZALEZ demanda a las entidades anteriormente mencionadas solicitando principalmente que, previos los trámites del proceso ordinario laboral, se **DECLARE** la NULIDAD de la afiliación efectuada a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por la indebida y nula información que le suministrara el fondo privado para que se trasladara de régimen, y en

consecuencia, se ordene el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a las facultades extra y ultra petita y a la condena en costas procesales.

II. HECHOS

El demandante fundamentó sus pretensiones en los hechos narrados en el libelo originario, los cuales serán expuestos brevemente, de la siguiente manera:

1. Que se afilió al Régimen de Prima media con Prestación definida desde el 16 de febrero de 1998, fecha en la que ingreso por primera vez al sector público en el cargo de Médico del SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO de la ESE.
2. Que se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN S.A., el día 16 de febrero de 1998, por

III. NOTIFICACIÓN A LAS DEMANDADAS

Notificado el libelo a la demandada, **PROTECCIÓN S.A.** indicó que se opone a las pretensiones incoadas por la demandante, ya que en el momento en que la señora DORIS REYES GONZÁLEZ suscribió la afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., no se advierte algún error, dolo o fuerza que vicie el consentimiento de la actora y por ende devenga la nulidad de la vinculación.

Que, así las cosas, es claro que la demandante recibió información detallada, clara, precisa y concisa sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que se puede concluir que el afiliado no suministra prueba alguna del error de hecho o de derecho que vicie el consentimiento, más allá de afirmarlo; contrariando los propios actos, al existir manifestación de voluntad expresa en la firma del formulario de afiliación.

Como mérito propuso las excepciones que denominó DECLARACIÓN DE MANERA LIBRE Y ESPONTÁNEA DE LA DEMANDANTE AL MOMENTO DE LA AFILIACIÓN CON LA AFP PROTECCIÓN S.A., BUENA FE POR PARTE DE AFP PROTECCIÓN S.A., INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER EL SEGURO PREVISIONAL CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA POR AFECTACIÓN A TERCEROS DE BUENA FE, PRESCRIPCIÓN, EXCEPCIÓN GENÉRICA.

Por su parte, **COLPENSIONES, S.A.**, ésta dio formal contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en el entendido que no se puede declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad teniendo en cuenta que, la escogencia y afiliación a un determinado régimen de pensiones, debe ser un acto libre, consciente y voluntario del trabajador. Por lo tanto, en lo referente a la nulidad se tiene que, para que pueda predicarse existencia y validez de la afiliación, ésta debe reunir los requisitos dispuestos en el artículo 1502 del Código Civil, esto es, que la declaración de voluntad debe provenir de una persona legalmente capaz, que preste su consentimiento sin error, fuerza o dolo que lo vicie, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga, además una causa lícita.

Que por parte de COLPENSIONES no se tuvo ninguna intervención al momento de brindar información al demandante, quien fue de manera libre y voluntaria, quien tuvo la facultad para decidir qué fondo le favorecía para obtener su derecho a la pensión; ya que en este momento tenía otras expectativas.

Como excepciones de fondo propuso las que denominó BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA Y FALTA DE DERECHO PARA PEDIR, PRESCRIPCIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO POR FALTA DE PRESUPUESTOS LEGALES PARA SU RECLAMACIÓN, INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SUGERIR UN JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN, NO PROCEDE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA Y/O NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, EN LOS CASOS EN QUE LA PARTE DEMANDANTE SE TRATE DE UNA PERSONA QUE YA SE ENCUENTRE PENSIONADA EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL EN CUALQUIERA DE SUS MODALIDADES, INNOMINADA O GENÉRICA.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la Litis, el Juzgado de conocimiento PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA, en audiencia de fecha 11 de abril del 2023, resolvió lo siguiente:

- 1). SE DISPONE LA NULIDAD E INEFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN QUE HIZO LA DEMANDANTE DORIS REYES GONZALEZ EFECTUO EN FEBRERO 16 DE 1998 A DAVIVIR S.A hoy PROTECCIÓN S.A.

2). SE CONDENA PROTECCIÓN, A DEVOLVER AL SISTEMA PENSIONAL CUENTA PERSONAL DE LA DEMANDANTE DORIS REYES GONZALEZ TODOS LOS VALORES RECIBIDOS DE LA DEMANDANTE, COMO BONOS PENSIONALES Y TODOS LOS MOVIMIENTOS INCURRIDOS AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON SUS RENDIMIENTOS QUE HUBIEREN CAUSADOS.

3). ORDENAR A COLPENSIONES A ACEPTAR LOS DINEROS QUE PONDRAN A DISPOSICIÓN PROTECCIÓN S.A, ARMAR LA HISTORIA LABORAL DE LA DEMANDANTE DORIS REYES GONZALEZ QUEDANDO AFILIADA AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

4). SE CONDENA A LOS DEMANDADOS ASUMIR A SU CARGO TODOS LOS DETERIORES SUFRIDOS POR LOS DAÑOS, ESTO ES LAS MERMAS Y GASTOS INCURRIDOS.

5). NO PROSPERAN LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LAS DEMANDADAS YA QUE LA MISMA SE PUEDE SOLICITAR EN CUALQUIER TIEMPO.

6). COSTAS A CARGO DE LAS DEMANDADAS.

La anterior decisión la fundamentó en el hecho que no existe en el expediente, ninguna prueba que indique el cumplimiento de la obligación de una veraz, completa y cierta información a la afiliada al momento de su traslado al régimen pensional administrado por fondo privado. En relación a lo anterior, para el despacho la entidad demandada DAVIVIR S.A hoy PROTECCIÓN S.A. como Administradora de Fondo de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tenía la obligación de demostrar que en la fecha en que el actor solicitó su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le suministró información clara, suficiente y precisa sobre las consecuencias positivas y negativas de su decisión, que comprendiera no únicamente los beneficios sino los riesgos que este implicaba.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA- COLPENSIONES

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES no se encontró de acuerdo con la anterior decisión, por lo que interpuso recurso de apelación en su contra, manifestando que no es posible aceptar el traslado de la demandante DORIS REYES GONZALEZ teniendo en cuenta lo establecido del art. 2 de la Ley 797 del 2003, el cual modifico el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993.

Señaló, también, que el ISS –hoy Colpensiones, no participó en el traslado de régimen de la demandante y no tiene ninguna responsabilidad en ese hecho.

Que la obligatoriedad que surge de recibir a la demandante dentro del régimen de prima media, genera una inestabilidad financiera para el régimen de pensiones, teniendo en cuenta que la demandante siempre ha cotizado dentro del régimen de ahorro individual, y que el traslado de los fondos pensionales nunca es suficiente para el otorgamiento de las pensiones, por lo que se genera un desbalance dentro de Colpensiones, situación que se debe cuenta al momento de generar los traslados de régimen pensional faltando menos de los 10 años para adquirir la pensión, transgrediendo la normatividad vigente desde la Ley 100.

Por último, se reiteró la excepción de prescripción formulada en la contestación de la demanda y se opone a la condena en costas a cargo de esta.

PARTE DEMANDADA-PROTECCIÓN, S.A.

La parte sustentó su recurso por considerar que la entidad cumplió con la normatividad vigente a la fecha del traslado.

Sobre la condena en torno a los rendimientos y la comisión de administración, señaló que no es procedente, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas y ocurridas por la buena administración de la AFP.

En relación con las cuotas a las primas pagadas por los seguros, comentó que dicho porcentaje fue descontado de acuerdo a la ley, y que fue enviado directamente a un tercero de buena fe, tercero que nada tuvo que ver con la afiliación de la demandante para con la AFP.

Que se desconoció el objeto a resolver en la fijación del litigio que era determinar si se había brindado la información al momento de traslado de régimen a la demandante, por cuanto no se trata de un traslado de régimen toda vez que no existió en ningún momento una afiliación al Fondo Público.

PARTE DEMANDANTE

La parte sustentó su recurso de manera parcial por considerar que la sentencia no se ajusta a los hechos y antecedentes de la demanda, por encontrar en un error de hecho, al no dar por demostrado, que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Colpensiones tal y como consta en la certificación emitida por la anterior entidad mencionada.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, las entidades demandadas presentaron sus alegatos de conclusión, por lo que una vez finalizada dicha etapa, procede la Sala a resolver el asunto conforme a las siguientes,

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. La Sala asume la competencia para decidir los recursos de alzada teniendo presente lo previsto en el artículo 66A del C.P.T y de la S.S., que fue adicionado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001; igualmente, por haber impuesto la sentencia proferida en primera instancia, una carga presupuestaria a COLPENSIONES, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta.

Se procede entonces a plantear los siguientes problemas jurídicos:

1. Con fundamento en el caudal probatorio aportado, establecer si es procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, efectuado por la demandante DORIS REYES GONZALEZ a PROTECCIÓN S.A. –régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. De ser procedente la nulidad del traslado de régimen pensional, establecer cuáles son las consecuencias jurídicas que generarían dicha declaración, tanto para AFP PROTECCIÓN S.A., como para la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- entidad a la que se ordenó la integración a la demandante.
3. Examinar si la acción tendiente a obtener la nulidad del traslado de régimen pensional puede promoverse en cualquier tiempo o si por el contrario está sujeta al fenómeno extintivo de los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.
4. Por último, se revisará la inconformidad de COLPENSIONES para con las costas procesales y agencias en derecho.

ANÁLISIS PROBATORIO

A fin de resolver lo anterior, la Sala acatando lo normado en los artículos 60 y 61 del C.P. del T. y de la S.S., tendrá como pruebas los documentos debidamente allegados al plenario tanto por el demandante como por las

entidades demandadas, advirtiéndole que no se propuso tacha alguna por falsedad respecto de los documentos allegados al plenario. También se tomará en cuenta el interrogatorio efectuado a la demandante en lo concerniente.

SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

Dado que lo pretendido por la demandante es que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que su transferencia a PROTECCION S.A. se dio por engaños, arguyendo que los asesores de dicha AFP no le informaron adecuadamente las implicaciones que generaba el traslado, es menester por parte de esta Sala analizar, si el mencionado traslado se ajustó a las normas reguladoras de este tema y si no estuvo viciado el consentimiento de la señora DORIS REYES GONZALEZ para realizar el cambio advertido.

Aclarado lo anterior, esta colegiatura precisa que los afiliados al sistema de seguridad social están facultados para escoger libremente a qué régimen se afilian, tal como lo preceptúa el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, en el que va inmerso como principio fundamental el consentimiento libre e informado y, en el evento de que se vislumbre un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será posible declarar la nulidad de tal escogencia.

El artículo 97 de la ley 100 de 1.993, enmarcó a los fondos de pensiones como constitutivos de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, lo que conlleva a la exigencia del cuidado de los intereses de quienes se ligan a ellas, el que inicia desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, dada la confiabilidad de quienes van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o una eventual pensión de sobreviviente para sus beneficiarios.

Por tanto se entiende que, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y adecuada la provisión del servicio público de pensiones, con fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1.993; así mismo, se advierte, que el deber de información que le impone la ley a las administradoras de pensiones, se entiende como **obligación de carácter profesional** que se materializa a través de expertos en la materia a quienes le corresponde suministrar toda la información necesaria y relevante según sea el escenario en que se encuentra el afiliado o potencial vinculado, lo que implica un asesoramiento desde la antesala de la afiliación y que se extiende a todas las etapas de este proceso hasta que se garantice el disfrute de la pensión.

Por otra parte, el Decreto 656 de 1.994 *“por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”* impuso en sus artículos 14 y 15 las obligaciones que debe cumplir con decoro y apego a las responsabilidades propias, esto es con diligencia, prudencia y pericia, como también toda que se le integre por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del Código Civil, regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual en ejecución de la buena fe; por lo que es claro que el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015.

Recordemos igualmente que el Decreto 2071 de 2.015 y la circular Externa 016 de 2.016 de la Superintendencia Financiera, persiguen superar las inconsistencias que ha generado el traslado masivo entre regímenes sin ningún tipo de información haciendo obligatorio que el afiliado reciba información veraz de manera simultánea por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al régimen de prima media, garantizando así que en efecto el afiliado conforme a su situación particular tenga una libertad contractual transparente, y pueda adoptar la decisión que mejor le convenga, a tiempo y con la mayor garantía de beneficios con base en la densidad de cotizaciones o capital por él acumulado.

Por lo antes mencionado, los fondos de pensiones son entidades con responsabilidades profesionales, aspecto plenamente respaldado en los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y 1603 de C.C., por su responsabilidad en un tema tan técnico y profesional tienen el deber y la obligación de entregar una información clara y comprensible a las personas interesadas en adquirir sus servicios y afiliarse a las mismas.

Aunado a lo anterior, en reiterados pronunciamientos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dispuso que si al momento de realizarse el acto de afiliación o cambio de régimen pensional, no hay una información clara, completa y comprensible por parte del Fondo de Pensiones hacia el usuario de dichos servicios, tal acto no tendrá la efectividad suficiente y dará lugar a la declaratoria de la ineficacia o nulidad del traslado, no siendo suficiente el simple consentimiento informado expresado en el formulario de afiliación, ya que esto no demuestra que en efecto se cumplió con el deber de suministrar dicha información, demostración esta que por demás se encuentra, dentro de un proceso judicial, en cabeza del Fondo de Pensiones, invirtiéndose la carga de la prueba. (Ver sentencias de radicados N° 31989 de 2008 M.P. Eduardo López Villegas, N° 31314 de 2011. M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; N° 33083 del 22 de noviembre de 2011, la SL 9519 radicado n° 55050 del 22 de julio de 2015, la SL 19447 radicado n° 47125 de 27 de septiembre de 2017, SL 17595 con radicado n° 46292 de 18 de octubre de

2017, la sentencia SL 2372 con radicado n° 45041 de 23 de mayo de 2018, sentencia SL 47990 del 28 de febrero de 2018 y SL1452 de 2019).

En conclusión, para que el operador judicial declare la nulidad de traslado de régimen pensional, deberá realizar un análisis minucioso sobre la actuación administrativa desarrollada por la administradora de pensiones, con el fin de verificar y constatar que el afiliado recibió la información adecuada, suficiente y cierta sobre su traslado, bajo el entendido de que las mencionadas entidades fueron creadas para cumplir un servicio público como lo es la seguridad social, con conocimientos y experiencia que resultan confiables a los ciudadanos quienes les entregan sus ahorros para la previsión a su vejez, invalidez o muerte.

Es de suma importancia resaltar que, este deber conlleva, a que el afiliado goce de un completo y certero conocimiento sobre la posibilidad de elegir voluntariamente, en permanecer en el régimen público o privado de seguridad social en pensión y le permite entender sobre los beneficios y desventajas de cada uno, ya que a pesar de cubrir los mismos riesgos, cada administradora ofrece diferentes alternativas que dependiendo del aporte, de la edad, de la fecha inicial de afiliación y de otras características procesales y sustanciales, los resultados son disímiles respecto al capital ahorrado, la liquidación de las pensiones, requisitos y exigencias para ser beneficiario de las prestaciones.

Y entonces, según lo expuesto, se encuentra en cabeza del fondo de pensiones la obligación de controvertir la declaración de ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado que, en su libelo introductorio, la señora DORIS REYES GONZALEZ afirma que esa decisión aparentemente libre y voluntaria de trasladarse, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de PROTECCION S.A lo que genera, a su juicio, una ausencia de consentimiento de libertado y voluntariedad.

CASO CONCRETO

En este caso, no existe discusión que la afiliación al sistema general de pensiones de la señora DORIS REYES GONZALEZ, inicialmente fue al RAIS, esto es, a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A, **y anterior a ello, no pertenecía a ningún otro régimen**, por lo que, en principio mal podría ordenarse su retorno o ingreso al Régimen de prima media con prestación definida que gobierna Colpensiones, puesto que, en espacio temporal alguno NO fungió como afiliada del mismo.

Por el contrario, la posición jurisprudencial que actualmente continua vigente en la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, es que, la pretensión de ineficacia del traslado de régimen pensional, procura retrotraer la situación del afiliado al estado en que se hallaba antes de que migrara de régimen (statu quo ante) De esta suerte, si la actora nunca formó parte del

modelo de prima media, como está acreditado y no se discute, la desaparición de la inscripción al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, si se quiere, por simple sustracción de materia (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

En efecto, lo avizorado por la activa, es que la afiliación inicial cuya escogencia fue al régimen privado, sea declarado nulo en aras de lograr su afiliación al régimen público administrado por COLPENSIONES, aun teniendo como circunstancia relevante, que actualmente cuenta con 61 años de edad y durante su vida laboral iniciada en el año 1998, y la afiliación al fondo de pensiones ha sido a un fondo privado; argumentación que el Juez A quo decidió acoger parcialmente, al resolver, que era procedente declarar la ineficacia dado que es la sanción que la ley impone a la afiliación desinformada en ambos regímenes, lo que trae como consecuencia la devolución de los aportes por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., a la que se encuentra afiliada la actora, una vez que esta tome la determinación libre de afiliarse, ordenando el traslado de los dineros a COLPENSIONES.

Así las cosas, se reitera que la señora DORIS REYES GONZALEZ el 16 de febrero de 1998, materializó su primera afiliación al sistema general de pensiones, a través del Fondo de Pensiones y Cesantías DAVIVIR (hoy Protección S.A.). espacio temporal y situación fáctica específica, **por lo que no le era exigible a la AFP de naturaleza privada, efectuar un parámetro comparativo con un régimen pensional opuesto al RAIS, en los términos exigidos por la jurisprudencia, habida cuenta de que, la afiliada, no provenía de ninguno en específico.**

Y si bien fue aportado al plenario una certificación emitida por Colpensiones el día 02 de febrero de 2021, en la que manifestó que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, no se evidencia que hubiera realizado aporte alguno a dicho régimen y por tanto, mal podría hablarse de una afiliación válida.

Al respecto, la HCSJ en su sentencia del 13 de marzo de 2013, bajo radicación de proceso número 42787 indicó lo siguiente:

(...) La jurisprudencia tradicional de la Corte ha entendido que tanto en el caso del régimen de prima media, como en el de ahorro individual, para que la afiliación tenga validez, y surta plenos efectos, es menester que vaya acompañada de al menos una cotización, pues de lo contrario el acto jurídico de la afiliación no pasa de ser una mera formalidad y debe ser asimilado a una falta de afiliación.

Conviene precisar que, si lo pretendido por la actora era trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal

e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 la Ley 797 de 2003.

Para lo pertinente, se trae a colación la sentencia Sala Laboral de Descongestión de la CSJ, SL1545 del 11 de mayo de 2022 de radicado No.87952 M.P. Doctor Jorge Prada Sánchez, en la que se señaló, respecto a la afiliación por primera vez lo siguiente:

“Resulta apropiado traer a colación, lo adoctrinado por la Corte en sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, en un asunto relacionado con la existencia de multiafiliación al sistema pensional. Allí precisó, que la primera inscripción al sistema es permanente y, por tanto, vitalicia e irrepitable, de suerte que, para que pueda entenderse la validez de una nueva afiliación, debe efectuarse, como se dijo, dentro de las oportunidades legales dispuestas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

La precisión del concepto 'afiliación' también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina 'alta', y aquellas en las que no lo está (se denomina 'baja').

[...]

(...) cuando entró a regir el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con sus dos regímenes de pensiones, el de prima media con prestación definida y el de ahorro programado, no puede decirse que JULIO CÉSAR RESTREPO RIVAS, ya había seleccionado uno de ellos, pues en ese momento no se encontraba activo en el sistema. Sólo es a partir del 7 de noviembre de 1995, cuando se vinculó nuevamente al ISS, en vigencia de la Ley 100 de 1993, que puede decirse, para efectos de lo previsto en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que hizo su "selección inicial", por lo que solo podía cambiarse de régimen pensional pasados los tres años a que se refiere la norma, esto es, después del 7 de noviembre de 1998 y, como quiera que lo hizo el 31 de enero de 1996, dicha afiliación no cumple con las condiciones y requisitos legales, por lo que no podía producir los efectos previstos en la ley, conforme a lo ya visto.

De otro lado, si bien es cierto que la entidad COLFONDOS no hizo manifestación alguna respecto a la invalidez de la vinculación señalada, no por ello resultaba realizada válidamente, conforme al artículo 12 del Decreto 692 de 1994, tal como lo sostuvo la sala en la ya mencionada sentencia del 1 de septiembre de 2004 (radicación 22029), en donde se dijo:

En criterio de la Corte, la inferencia del sentenciador de segundo grado de considerar válida la última afiliación del causante, es abiertamente equivocada, por cuanto si bien el artículo 12 del Decreto 692 de 1994 expresa que la falta de la aludida comunicación hace válida la afiliación, también lo es, que esa consecuencia legal debe entenderse, no para el caso de la múltiple afiliación, como aquí sucede, sino para cuando no existe una afiliación anterior o ya existiendo una, han transcurrido los tres años de restricción para efectuar el traslado, y se hace lo uno o lo otro sin el lleno de

los supuestos a que se refiere el citado artículo, y la administradora no realiza la comunicación que echó de menos el Tribunal.”

Así las cosas, siendo claro que la 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, y no 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.

Entonces, al no existir un régimen paralelo de equiparación, palmario deviene que la obligación de la extinta Pensiones y Cesantías DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN 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 en el instante de materializarse la afiliación.

Así, resulta errado el argumento sostenido por el juez de primer conocimiento respecto a que, ante una falta de asesoría al momento de perfeccionar el acto de afiliación del actor, da lugar per sé, a aplicar el razonamiento fáctico de nuestro órgano de cierre, que sostiene la tesis de ineficacia del traslado.

Adicionalmente y siguiendo los derroteros de la sentencia SL1545/2022 anteriormente mencionada, adujo que acceder a la solicitud de la libelista podría comprometer la estabilidad financiera del sistema pensional, pues sería imponerle a Colpensiones una carga prestacional que nunca se construyó bajo ese régimen pensional, para lo cual, trajo a colación la sentencia C.1024/2004, que estudió la constitucionalidad de los artículos 2, 3 y 9 de la Ley 797 de 2003, en la que se argumentó:

Desde esta perspectiva, el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. No sobra mencionar en este punto, que el sustento actuarial es el que permite asumir los riesgos que se encuentran involucrados con el sistema y que, en ese orden de ideas, su falta de ajuste con la realidad económica del país, simplemente podría llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional para los actuales y futuros pensionados.
[....]

Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1°), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro Individual, para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida, poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales.

Así las cosas, el problema jurídico quedará resuelto en forma favorable a las demandadas y desfavorable a la parte demandante, esto es, teniendo en cuenta que la afiliación al sistema general de pensiones inicialmente escogido por la demandante DORIS REYES fue al RAIS, y no al RPMDP, de ninguna manera se hace procedente la nulidad de la afiliación y la activación perseguida frente a Colpensiones; razones por las cuales, se REVOCARÁ en su totalidad la sentencia apelada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 26 de abril de 2023, en su lugar, se ABSOLVERÁ a las demandadas, de todas las pretensiones incoadas por la señora DORIS REYES GONZALEZ, como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

En consecuencia, se condenará en costas de ambas instancias a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P., En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA por intermedio de su SALA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

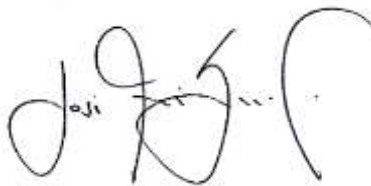
VIII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR en su totalidad la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta el día 26 de abril de 2023, en su lugar, ABSOLVER a las demandas PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante DORIS REYES GONZALEZ

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte vencida en la presente actuación respecto del recurso de apelación, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 365 del C.G. del P., En consecuencia, se fijarán como agencias en derecho correspondientes a la segunda instancia, la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$400.000) a cargo de la parte demandante.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de EDICTO, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE



JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO PONENTE



DAVID A. J. CORREA STEER
MAGISTRADO



NIDIAM BELÉN QUINTERO GÉLVES
MAGISTRADA
SALVA VOTO



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:	54-001-31-05-001-2017-00157-01
RADICADO INTERNO:	20.690
DEMANDANTE:	DORIS REYES GONZÁLEZ
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN

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 26 de abril de 2023 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 la actora 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