



Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	76-001-31-05-018-2022-00491-01
Juzgado de origen:	Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
Demandante:	Liliana Orejuela Lemos
Demandados:	- Colpensiones - Protección S.A.
Asunto:	Revoca sentencia – Ineficacia de traslado de régimen pensional
Sentencia escrita No.	59

I. ASUNTO

Pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve los **recursos de apelación** formulados por los apoderados judiciales de Colpensiones y Protección S.A. contra la sentencia No. 259 emitida el 28 de octubre de 2022. Asimismo, se resuelve el **grado jurisdiccional de consulta** en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura la demandante que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media -RPM-, administrado por Protección S.A. En consecuencia, se condene a dicha entidad a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados

por la demandante tales como cotizaciones y rendimientos que conforme el capital de su cuenta de ahorro individual y gastos de administración. Se condene a a pagar la indemnización plena de perjuicios, daños morales y materiales que le causò el incumplimiento del deber de información. Asimismo, requiere lo ultra y extra petita y el pago de costas procesales y agencias en derecho. (Folios 02 a 15– Archivo 01PDF).

2. Contestaciones de la demanda.

2.1. Colpensiones y Protección S.A.

Colpensiones y Protección S.A., mediante escritos visibles a folios 09 a 23 Archivo 07 PDF y 04 a 18 Archivo 09 PDF, respectivamente, dieron contestación a la demanda, las cuales, en virtud de la brevedad y el principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir (Art. 279 y 280 C.G.P.).

3. Decisión de primera instancia.

3.1. La *A quo* dictó sentencia No 259 emitida el 28 de octubre de 2022. En su parte resolutive, decidió: **Primero**, declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Protección S.A., respecto al pedimento de pago de perjuicios invocados por la demandante. **Segundo**, declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por pasiva. **Segundo**, declarar la ineficacia de la vinculación inicial de la señora Liliana Orejuela Lemos, que realizó del RPM al RAIS en Colmena hoy Protección S.A. **Tercero**, condenar a Protección S.A. para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro; y de manera correlativa, Colpensiones tendrá que aceptar el traslado de la demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a Colpensiones de manera indexada y con cargo a su propio peculio. **Quinto**, ordenar

a Colpensiones que acepte el traslado de la señora Liliana Orejuela Lemos sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado en el numeral cuarto de la presente providencia, deberá actualizar la historia laboral de la demandante dentro de los 2 meses siguientes. **Sexto**, condenar en costas a la parte pasiva **Séptimo**, remitir el expediente a consulta, sino fuere apelado.

3.2. Para adoptar tal determinación, adujo que, de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible a sus afiliados al momento de efectuarse el traslado. Dice que debe probarse que se obró de manera diligente, frente a las obligaciones que le impone la Ley. Por tal motivo, debe declararse la ineficacia del traslado de la vinculación inicial.

Aclara que en este caso no interesa si se trata de un traslado inicial al fondo privado, pues lo importante es la vulneración del deber de información. Frente a la prescripción, adujo que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, pues lo que se busca es la ineficacia del traslado.

En cuanto al pago de perjuicios solicitados en la demanda, dice que no resultan procedentes, dado que no fueron probados. Si bien acreditó la omisión por parte Protección S.A. frente al deber de información, lo cierto es que, no se probó causación de un daño o perjuicio, por lo que absolvió a Protección S.A. de este concepto.

4. La apelación.

Contra esa decisión, los apoderados judiciales de Colpensiones y Protección S.A. formularon recurso de apelación.

4.1. Colpensiones

Se opone a la condena en costas y agencias en derecho, toda vez que la decisión se basa en una conducta desplegada por un tercero que es la entidad del RAIS. Si bien Colpensiones es llamada al proceso, lo es para que reciba los dineros dado la declaratoria de la ineficacia, más no es la generadora de los actos de esta acción.

Luego de fundamentarse en jurisprudencia, afirma que la condena en costas debe revocarse.

4.2. Apelación Protección S.A.

Señala que la parte actora nunca estuvo afiliada a Colpensiones, razón por la cual, no se puede premiar tal situación cuando fue la misma quien de manera libre y voluntaria se afilió a la entidad. Que el deber ser de la ineficacia del traslado, es que por lo menos la demandante haya estado afiliada el RPM. Se opone igualmente a la condena impuesta, pues el argumento central de la demandante para retornar al RPM, es el monto de la pensión que puede obtener en el fondo privado; aunado, no realizó ninguna manifestación tendiente a retornar a Colpensiones.

5. Trámite de segunda instancia

5.1. Alegatos de conclusión

Los apoderados judiciales de las partes, previo traslado para alegatos de conclusión, se pronunciaron de la siguiente manera:

Colpensiones mediante escrito obrante a folio 09 Archivo 04 y la parte demandante 01 a 04 Archivo 05, respectivamente (cuaderno Tribunal), presentaron alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si:

1.1. ¿Es procedente declarar la ineficacia de la primera afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS, toda vez que nunca estuvo afiliada al extinto ISS o a una caja de previsión?

2. Respuesta al primer interrogante.

2.1 ¿Es procedente declarar la ineficacia de la primera afiliación y/o traslado de la demandante al RAIS, toda vez que nunca estuvo afiliada al extinto ISS o a una caja de previsión?

La respuesta al interrogante es **negativa**. No fue acertada la decisión de la *A quo* de declarar la ineficacia del traslado de la señora Liliana Orejuela Lemos. Lo anterior, por cuanto la demandante se afilió por primera vez al RAIS administrado por Colmena hoy Protección S.A. De esta manera, no existe un traslado que deba estudiarse, pues la actora nunca ha estado afiliada al extinto ISS o a una caja de previsión que integrara el RPM. Por ende, se revocará sentencia de primer grado.

2.1.1 Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

La selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993 trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, esa decisión se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador. Esta manifestación se entiende exteriorizada a través del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente diligenciado y suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones, para que la misma se vuelva a realizar en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación.

En ese sentido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellos, en sentencias 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452-2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, señala que la ineficacia se genera cuando se omite el deber de información que les asiste a esta clase de entidades o se efectúa indebidamente.

En esta dirección, en sentencia SL1688-2019, se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se concluyó que este se encontraba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Sobre la inversión de la carga de la prueba, frente a quién le corresponde demostrar la existencia del consentimiento informado, precisó que obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual, no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –*cuando no imposible*- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i)** la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; **(ii)** la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que **(iii)** es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Ahora, si bien en estos casos la Sala mayoritaria anteriormente aplicaba los postulados de la ineficacia de la primera afiliación por la omisión en el suministro de información al afiliado, ante la nueva conformación de la Sala, efectuado un nuevo estudio y revisado el precedente de jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral y su Sala de Descongestión, donde en recientes pronunciamientos han señalado la improcedencia de la ineficacia en estos casos, pues solo resulta oportuno declarar

la nulidad de traslado, cuando el afiliado estando en el RPM decide trasladarse al RAIS, y lo hace, porque existió una indebida asesoría y falta del deber de información, lo que conllevó a su traslado, sin conocer de fondo las implicaciones de este.

En efecto, en sentencia STL 9388 de 2022 sostuvo la Corte:

“Corolario de lo anterior, se tiene que la tutelante perdería su calidad de afiliada al Sistema General de Pensiones, y a quien además debería restituírsele lo que la AFP recibió con ocasión a su vinculación al RAIS, y si bien en virtud del contenido del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 puede efectuar nuevamente su afiliación libre y voluntaria en Colpensiones, ello lo deberá hacer a título de afiliación inicial, situación que haría nugatorio su derecho a la pensión de vejez y, de manera consecuente su derecho a la seguridad social, en consideración a que en la actualidad tiene 54 años de edad y nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones.

Así las cosas, la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede derivar como consecuencia en el traslado de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones; aunado que, acceder a la pretensión de la señora Gil Savastano, es decir, ordenar su afiliación a dicha entidad, correspondería a un traslado llano y simple, que en su caso no está permitido en los términos contenidos en el art. 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto le faltan menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión.”

Asimismo, en sentencia SL1806-2022:

“Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente,

las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).

Conviene precisar que, si lo pretendido 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 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.”

Y en sentencia SL 4211-2021 la Sala de Descongestión sostuvo:

“No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficacia expuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, «cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia», razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera, no ha existido vinculación anterior al otro régimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.

Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legítima para que se declare su ineficacia, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio desinformado, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.

Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos

de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema.

Lo previo no implica que, si el demandante considera que se lesionó su derecho, no pueda obtener la reparación, de conformidad con el artículo 2341 del CC. Sin embargo, como en el examine el objeto de la litis se centró frente a la ineficacia de la afiliación y no se reclamó el resarcimiento de los perjuicios, la Sala esta imposibilitada para valorar de oficio la procedencia de alguna indemnización total por daños ocasionados.”

En consecuencia, esta Sala Primera de Decisión Laboral, acoge el precedente jurisprudencial en comento. De esta manera, si la parte interesada no ha estado afiliada al extinto ISS o a una caja de previsión que integrara el RPM, no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada.

2.3. Caso en concreto.

Descendiendo al *sub lite*, se desprende de la certificación de Colpensiones¹, de la historia laboral de Protección S.A.², de la certificación de Asofondos³, de la certificación de afiliación RAIS⁴ y del certificado de la información laboral para bono pensional⁵ que la demandante ha estado vinculada al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente forma:

- a. Según el formulario de vinculación y el historial de vinculaciones, el 16 de marzo de 2000, la accionante se afilió a la AFP Colmena hoy Protección S.A., con efectividad el 31 de marzo de 2000, administradora en la que ha continuado cotizando.

En la demanda se argumenta que, se afilió en la administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. el 16 de marzo de 2000. Que dicha entidad no cumplió con el deber de información, pues no le explicó de manera clara, cierta,

¹ Fls. 24 Archivo 07 PDF

² Fls.43 a 52 Archivo 01.PDF y 35 a 64 Archivo 09 PDF

³ Archivo 04RespuestaRequerimientoAsofondos.pdf y 65Archivo 09 PDF

⁴ Fl. 30 Archivo 01.PDF

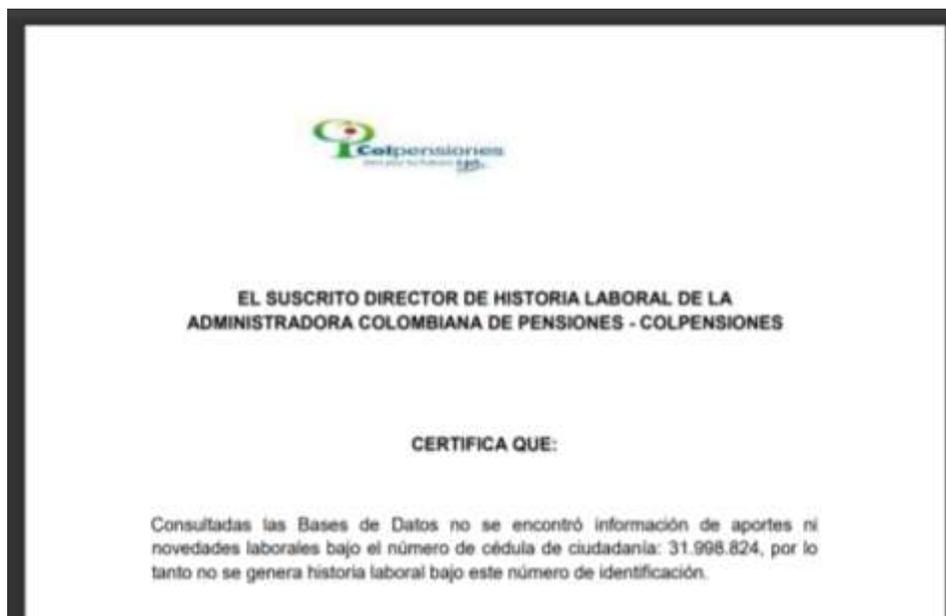
⁵ Fls 33 a 34 Archivo 09 PDF

comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias o consecuencias del régimen de ahorro individual, razón por la cual, se trasladó mediante el formulario de afiliación No.1010550436

En este contexto, conviene precisar que no es viable declarar la ineficacia de la primera vinculación inicial, por las razones que pasan a exponerse:

1. En su interrogatorio de parte, la señora Liliana Orejuela Lemos señaló que nunca cotizó al extinto ISS o a Colpensiones, pues siempre lo hizo ante el fondo privado. Que no se encuentra pensionada; además, desea pertenecer al RPM por las condiciones y beneficios que obtendría en este régimen a diferencia del RAIS, como es el valor de la mesada pensional. Finalmente afirmó, que nunca solicito traslado al régimen público (Mto 14:33 a 30:09 Archivo 14AudioAudienciaNo552.mp4)

2. Obra en el plenario, certificación emitida por Colpensiones donde señala que bajo la cedula de ciudadanía de la demandante no se encuentra aportes o novedades:



3. Conforme a la certificación emitida por Asofondos, se corrobora que la señora Liliana Orejuela Lemos, no realizó afiliación al RPM, como se evidencia a continuación:

INFORMA QUE:

En el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones (SIAFP), administrado por esta Asociación, el (la) señor(a) **LILIANA OREJUELA LEMOS** identificado(a) con cédula de ciudadanía (CC) No. 31998824, figura como afiliado(a) a la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCION, desde el dieciséis (16) de marzo de dos mil (2000). Y presenta los siguientes registros en este régimen.

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	AFP destino	AFP origen	Fecha inicio efectividad	Fecha fin efectividad
Vinculación inicial	2000-03-16	COLMENA		2000-03-17	2000-03-31
Cesión por fusión	2000-04-01	ING	COLMENA	2000-04-01	2012-12-30
Cesión por fusión	2012-12-31	PROTECCION	ING	2012-12-31	

(Cuadro con historial de vinculaciones ordenado por fecha de afiliación)

4. Respuesta emitida por Colpensiones de fecha 25 de febrero de 2022, donde niega la petición de la actora en los siguientes términos:

“En cumplimiento a la Ley 797 de 2003, artículo 2º, literal E:”Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, No. de Radicado, BZ2022_2537700-0509370 Página 2 de 2 estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, 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”. Es procedente manifestar que de acuerdo a la normatividad vigente Colpensiones procede a realizar anulación de traslado cuando: 1. Presuntamente se cometió falsedad en el formulario de afiliación: Es necesario que la Administradora de fondos de Pensiones - AFP en la que presuntamente se cometió la falsedad o el directo interesado interponga la denuncia penal de falsificación en documento (público o privado) ante la Fiscalía General de la Nación con el fin de determinar la veracidad o falsedad del documento, de conformidad con lo establecido en el Título IX Capítulo III de la Ley 599 de 2000 referente a los delitos contra la fe pública, en especial a la falsedad en documentos. Una vez la autoridad competente se pronuncie sobre el asunto, el ciudadano o la AFP respectiva podrán solicitar la anulación del traslado diligenciando los formularios de la Entidad y allegando copia del pronunciamiento emitido por parte de la Fiscalía. De otra parte, es importante anotar que el informe grafológico puede constituirse como un elemento probatorio de la presunta falsedad que se alega, más no como

documento que declare la falsedad, situación que solo puede ser declarada por la autoridad competente para tal efecto” (folios 41 a 42 Archivo 01PDF)

Los anteriores documentos, y la afirmación dada por la señora la señora Liliana Orejuela Lemos en su interrogatorio de parte, demuestran que nunca estuvo afiliada al extinto ISS o a una caja de previsión, pues su traslado inicial fue en Protección S.A., antes ING y Colmena, sin que haya materializado aportes en el RPM. De esta manera, si los efectos de la ineficacia es retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, lo cierto es que, en casos como el que se estudia, no existiría una situación jurídica que invalidar, pues no existe antes de la primera afiliación vinculación al Sistema General de Pensiones.

Ahora, 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 2 la Ley 797 de 2003, sin embargo, no lo hizo. En ese sentido, no se aviene procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues aceptarlo, afectaría los derechos e intereses de los diferentes actores del Sistema General de Pensiones, circunstancia que, además, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado inicial administrado por Protección S.A.

3. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., se condenará en ambas instancias a la parte actora.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su totalidad la sentencia del 28 de octubre de 2022, dictada por la Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ABSOLVER a Colpensiones y Protección S.A. de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante, señora Liliana Orejuela Lemos en las dos instancias y en favor de los demandados. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: Notifíquese esta decisión por edicto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO


Firma digitalizada para:
Acto Judicial
Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Magistrado Ponente:
Fabio Hernán Bastidas Villota

SALVAMENTO DE VOTO

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

Estando de acuerdo con el declarado y cierto incumplimiento de la administradora de fondos de pensiones en el caso presente, de no dar al reclamante la debida información a la hora de la pretendida afiliación a la seguridad social, y en particular al Rais, se considera comprometerse jurídicamente por sí solo la validez del acto de afiliación, al impedirle desarrollar al ciudadano su derecho a la libre selección de régimen pensional, del que sin duda se reclama ser un acto informado, se cree no poderse compartir la decisión de no declarar la ineficacia del citado acto, si tal acontecer de modo pleno ya ha tenido lugar.

Es que las motivaciones que fundamentan esa abstención- no afiliación previa- en nada permean o desalientan las razones estructurales de la ineficacia ya advertida, por el contrario, éstas, las vigorosas y estructurales columnas de la nociva afiliación, siguen existiendo a plenitud con toda su precariedad, continúan incólumes, cabalgan o campean en el mundo jurídico, sin haberse podido corregir la desconfiguración de esa afiliación.

Si ello es así, como en efecto lo es, se considera sin sentido, animar tal contrariedad, permitiendo la continuidad de esa afiliación que ya se sabe es ineficaz.

Con esa realidad desalentadora, la seguridad social, en pensiones, como derecho fundamental en nada se fortalece, pero que, por el contrario, si se propician desequilibrios sistémicos en su interior: la pervivencia jurídica de una sinrazón, y el también averiguado desfase pensional para el afiliado, de ahí que se crea que la judicatura no la deba auspiciar.

Pensar en contrario, daría lugar a la adopción de soluciones contrarias a la razón de ser de la seguridad social, que lo sea un servicio público y un derecho, y de otro lado, tampoco se espera que las autoridades instituidas les den cobijo o respaldo a esas soluciones. Es que, en los casos análogos ya decididos con férrea cimentación, se daba acompañamiento a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, sin que se

avisen por ese sendero aplicaciones desnaturalizantes de la seguridad social, por el contrario, dada esa ineficacia, la recomposición del acontecer, con lógica vivencial y sin ofensas o contrariedad del ordenamiento, le permite al ciudadano un blindaje financiero pensional, pero ahora, a un afiliado informado, sin gravar al sistema pensional, tal como también ya se ha decidido, por cuanto no se afecta el sistema pensional, por cuanto el otro, único sistema, recibe a ese afiliado con su caudal dinerario correspondiente.

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA