

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 005 001 31 05 002 2020 00060 00, promovido por la señora **ÁNGELA VICTORIA ARANGO GUTIÉRREZ**, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE ANTIOQUIA LTDA.**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. – PROTECCIÓN**, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. y de Protección frente a la sentencia emitida el 2 de febrero de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, y revisar en consulta la misma providencia en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los

procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...” se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **135**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

La señora Ángela Victoria Arango Gutiérrez demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda., (Antes Cooperativa de Caficultores de Jericó Ltda.) y a Protección pretendiendo se declare: i) la existencia de un contrato de trabajo con la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. desde el 4 de septiembre de 1989 hasta el 3 de septiembre de 1990, y que en consecuencia se condene a dicha sociedad al pago de los aportes al sistema general de pensiones por el tiempo laborado, ii) se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección, y como consecuencia, se disponga el restablecimiento de su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad, la devolución a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones de los aportes de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración, la validación de estos aportes por parte de Colpensiones y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones se expuso, que nació el 17 de abril de 1965. Trabajó para la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. desde el 4 de septiembre de 1989 hasta el 3 de octubre de 1990, en el cargo de odontóloga. La Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. no realizó los correspondientes aportes al sistema general de pensiones por el tiempo laborado, que para la época se debieron efectuar al ISS, hoy Colpensiones. Aduce que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se afilió a Protección. Para el momento del traslado, la AFP le indicó que las condiciones para acceder a la pensión de vejez eran más favorables que en el RPMPD. Agrega que no se le suministró información cierta, completa y comprensible, ni se le realizó proyección pensional que permitiera

visualizar el valor de su pesada pensional. Además, le aseguraron que podía pensionarse a cualquier edad. El 6 de agosto de 2019, solicitó el traslado de régimen y la reactivación de la afiliación ante Colpensiones.

Colpensiones en el escrito de réplica aceptó la fecha de nacimiento de la actora y lo referente a la reclamación administrativa. Frente a los demás hechos adujo no constarle y otros los dio por no ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación de Colpensiones de recibir aportes a seguridad social retroactivamente hasta tanto se acredite judicialmente la existencia de una relación laboral, inexistencia de la obligación por falta de legitimación en la causa por pasiva, carga dinámica de la prueba – particularidades del caso, inexistencia de vicio en el consentimiento, devolución de cuotas de administración, seguros previsionales, comisiones, indexados, prescripción, descuentos en salud, imposibilidad de condena en costas y compensación.

Protección por su parte dio por cierta la edad de la accionante y el traslado a la AFP, mismo que ocurrió el 15 de enero de 1996. Respecto de los demás hechos aseveró no constarle y otros dijo que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones relacionadas con la declaratoria de ineficacia. Y formuló las excepciones de buena fe, hecho exclusivo de un tercero, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, e inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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.

La Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. dio respuesta a la demanda. Indicando que el servicio de la señora Arango Gutiérrez como odontóloga para la Cooperativa de Caficultores de Jericó, se realizó en el periodo comprendido entre el 4 de septiembre de 1989 y el 3 de septiembre de 1990 en el municipio de

PUEBLORRICO, ello en ejecución del servicio social obligatorio por designación del Servicio Seccional de Salud de Antioquia (año rural). Que para dicho lapso no había cobertura del ISS en la mayoría de los municipios del Departamento de Antioquia, incluido el municipio de PUEBLORRICO, de modo que la Cooperativa estaba imposibilitada para adelantar cualquier diligencia de inscripción al Seguro Social de haber sido la demandante trabajadora de aquella entidad sin ánimo de lucro. Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que está prescrito el derecho a reclamar la existencia del vínculo laboral, y que la Cooperativa no adeuda algún valor por concepto de aportes pensionales, menos aún que existió una omisión de afiliar al ISS a la trabajadora, pues en el municipio de PUEBLORRICO donde la demandante alega que prestó servicio para la Cooperativa de Caficultores de Jericó y durante el periodo comprendido entre 4 de septiembre de 1989 y 3 de septiembre de 1990 no había cobertura del Seguro Social ni autorización para inscribir a los trabajadores. Y formuló las excepciones de prescripción del derecho a reclamar la existencia del contrato de trabajo en los extremos temporales que alega la parte actora, cobro de lo no debido, falta de cobertura del ISS en Pueblorrico - Antioquia e imposibilidad de inscribir a la trabajadora, pago, buena fe y prescripción.

La Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda., presentó además, demanda de reconvención señalando que la señora Angela Victoria Arango Gutiérrez, debe en su condición de trabajadora y también de obligada a contribuir en la cotización o aporte por concepto de pensión ante el Sistema General de Pensiones, a pagar a entera satisfacción de la entidad competente, el 25% de la reserva actuarial y/o cálculo actuarial a que sea condenada la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda., según liquidación que realice la administradora de pensiones competente.

La parte actora al dar respuesta a la demanda de reconvención expuso que no existe sustento legal para que se obligue a la accionante que de un acto de la codemandada ella deba de cubrir las consecuencias negativas del mismo, toda vez que quien omitió realizar los pagos de manera injustificada, fue precisamente el empleador, quien en estos momentos no puede hacer uso de su propia negligencia para realizar el cobro de esta obligación.

En sentencia proferida el 2 de febrero de 2022, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, condenó a la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. a cancelar el valor del cálculo actuarial a satisfacción de Colpensiones, que corresponde a la extrabajadora Angela Victoria Arango Gutiérrez por el periodo comprendido entre el 4 de septiembre de 1989 y el 3 de septiembre de 1990, equivalente a 51.48 semanas, teniendo en cuenta para ello, un IBC de \$42.000, debidamente actualizado, obligación que deberá cumplir dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, realizando el respectivo trámite ante Colpensiones y realizando el pago en el mismo término. Declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Angela Victoria Arango Gutiérrez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección., entendiéndose que la demandante ha estado afiliada válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, y ordenó: i) A Protección, a trasladar, a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, y los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y ii) A Colpensiones, recibir de la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. y de Protección, los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la accionante. Y condenó a la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. y a Protección a pagar las costas del proceso.

El Juzgador de primera instancia para motivar su decisión acogió lo expuesto en la Sentencia SL 4921 de octubre de 2021, donde se reiteró la línea pacífica que ha tenido la Alta Corporación desde el 2014 respecto a la tesis de que el empleador que omite afiliar a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso si el ISS no tenía cobertura, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores. Que según el Decreto 1887 de 1994 el cálculo de la reserva actuarial está a cargo de los empleadores sin necesidad de que el vínculo laboral estuviera vigente, según sentencias SL 2138 de 2016 y SL 1144 de 2021. Y que, dado que en el presente caso no se discute la existencia de la relación laboral, ni los extremos de la misma, le corresponde a la Cooperativa demandada responder ante

Colpensiones por el periodo que tenía a su cargo asumir por el riesgo de vejez de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. inconforme con la decisión de primera instancia precisó que *“...para la fecha en que la demandante prestó servicio en el municipio de Pueblorrico para la Cooperativa de Caficultores de Jericó, no existía por parte del ISS, el llamamiento al empleador a efectos de realizar la inscripción o afiliación de sus trabajadores, en ese momento nos encontramos ante una imposibilidad material y estructural para que el empleador cumpliera con una obligación que a la fecha no existía, es más, concordante con lo establecido en el Decreto 433 de 1971, donde se estableció con entrada en operación y de manera gradual de la cobertura de los seguros sociales obligatorios, que no podían existir afiliaciones irretroactivas, téngase en cuenta, que solo hasta el año 94 se estableció a nivel nacional, la obligatoriedad de afiliar a todos los trabajadores al ISS o a los fondos privados con cobertura nacional.*

En ese orden, si bien se ha adoptado la fórmula que establece el parágrafo 1 del artículo 33 como medida para sanear y convalidar los tiempos pensionales, debe tenerse en cuenta que esta fórmula se adoptó en efecto de vigencia de la nueva Ley de seguridad social vigente desde la Ley 100 de 1993 y a pesar de la posición reiterada de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-506 de 2001, estableció que existía una medida aceptable a través del test de diferenciación que hizo entre los trabajadores que estaban vinculados a determinada fecha y los que no, para efectos de aplicar esta fórmula.

Téngase en cuenta, además, que esta fórmula obedece no al arbitrio de la demandada ni el de la entidad de seguridad social, sino que está taxativamente regulada en el Decreto 1887 de 1994, en donde nos establecen:

- 1. Los factores a determinarse para calcular la reserva actuarial de los aportes a pensión que en su momento se debieron efectuar cuando hay omisión en la afiliación.*

Pero esta omisión en la afiliación debe analizarse desde el punto si había o no la obligación de realizarla por parte del empleador, en el caso, la Cooperativa de Caficultores de Antioquia, lo que esta recibió con la incorporación de la Cooperativa de Caficultores de Jericó, no fue una obligación cierta ni exigible teniendo en cuenta que en su momento, la Cooperativa de Caficultores de Jericó estaba imposibilitada materialmente para afiliar a la trabajadora, también esa imposibilidad la tenía la Cooperativa de Caficultores de Antioquia, teniendo en cuenta que no puede realizar afiliaciones irretroactivas o realizar el saneamiento de respecto una trabajadora con la cual no tuvo vinculo; es más, frente al principio de solidaridad que consagra nuestra Ley 100 de 93 con todas sus modificaciones, es perfectamente admisible que tanto empleador como trabajador, contribuyan a la financiación de la pensión de vejez y si a mi representada se le va a calificar como omisa en cuanto que incumplió una obligación que solo nació a partir del año 1994 y frente a la trabajadora no la tuvo el empleado en su momento, pues es correlativa esa obligación correspondiente en que la trabajadora asuma el 25% de la reserva del cálculo actuarial que debe liquidar en entera satisfacción la entidad de seguridad social en los términos del Decreto 1887 de 1994.

Esta posición si bien no ha sido línea jurisprudencial y tampoco se ha tomado como doctrina probable, si la encontramos regulada o desarrollada en múltiples sentencias del mismo órgano del cierre de la jurisdicción constitucional donde se ha establecido que esta cooperación entre los obligados a aportar al sistema y en desarrollo del principio de solidaridad, es admisible y en efecto, se considera una formula razonable y equitativa para sanear el vacío de aquellas relaciones laborales que no estaban vigentes en el momento en el que entró en vigencia la ley de seguridad social y en el momento en el que los empleadores no tenían una carga dispuesta por ley frente a la afiliación.

Téngase en cuenta además, que el tiempo que se está convalidando a través de la condena a la Cooperativa de Caficultores de Antioquia, es un tiempo que no tiene incidencia en la consolidación del derecho pensional, ni tampoco se ha demostrado que sea necesario para acceder a la pensión de vejez y menos aún para aumentar el monto de la pensión de vejez mejorando el IBL, es más, si tomamos en cuenta al régimen pensional que ella escogió a partir del año 1996, no se pensionaba la persona a través de semanas ni de tiempo, sino de capital y en su momento, la demandante no acreditó que ese capital fuera necesario para consolidar una pensión de vejez en el RAIS y tampoco se demuestra ahora que es obligatorio y/o indispensable para consolidar la pensión de vejez...”.

Y solicita que en caso de no acogerse al recurso de apelación se acceda a las pretensiones de la demanda de reconvención en cuanto a que el pago de la reserva actuarial, debe ser compartido y debe ser cancelado a entera satisfacción de la entidad de seguridad social en los términos que establece el Decreto 1887 de 1994 y en las normas que lo complementan.

La apoderada de Protección no comparte la orden de devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales. Primero, porque tales descuentos son legales, exequibles y se realizan en ambos regímenes. Segundo, porque han generado rendimientos en favor de la afiliada, por lo que su reintegro ocasiona un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones. Tercero, porque los seguros previsionales fueron destinados a terceros de buena fe para el cubrimiento de las contingencias de invalidez y muerte. Y cuarto, porque dichos rubros son obligaciones de tracto sucesivo y no tienen como finalidad financiar la mesada pensional, por lo que son susceptibles de prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones allegó escrito de alegatos de conclusión precisando que la accionante se encuentra incurso en la prohibición legal prevista en el literal e. del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es viable el traslado, que no se probó el vicio en el consentimiento alegado, y que la voluntad de cambio de régimen de la afiliada quedó plasmada en el formulario de afiliación.

Dado que la Cooperativa Caficultores de Antioquia Ltda. presentó alegaos de forma extemporánea, los mismos no serán tenidos en cuenta.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta segunda instancia, consiste en determinar si resulta procedente que la Cooperativa Caficultores de Antioquia Ltda. pague con destino a Colpensiones y en favor de la demandante el 100% de los aportes al sistema de seguridad en pensiones por el periodo comprendido entre el entre el 4 de septiembre de 1989 y el 3 de septiembre de 1990.

Como problema jurídico asociado, la Sala establecerá si el traslado entre administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la actora se torna ineficaz como lo precisó el Juzgador de primera instancia, y en caso afirmativo, se abordará como problema jurídico asociado, si ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, así como definir las restituciones a que haya lugar entre entidades pensionales.

CONSIDERACIONES

Primeramente, ha de precisarse que en este juicio no se encuentra en discusión que la señora Ángela Victoria Arango Gutiérrez laboró para la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. mediante un contrato de trabajo a término fijo de un año, para desempeñar el cargo de odontóloga entre el 4 de septiembre de 1989 y el 3 de septiembre de 1990, con un salario mensual de \$42.000, sin aportes a pensiones.

DEL DEBER DE APROVISIONAMIENTO Y DEL CÁLCULO ACTUARIAL

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir de la expedición de sentencia SL 9856 de 2014, abandonó la tesis en la que se predicaba una inmunidad total del empleador ante la falta de aportes por ausencia de cobertura territorial del ISS, para dar paso a una nueva postura, en la que sí tiene responsabilidad desde el punto de vista financiero por el tiempo en el cual el asalariado le brindó su fuerza de trabajo.

En la providencia aludida, estimó la Corte que, ante la omisión legislativa, no resultaba razonable cargarle las consecuencias a la parte débil de la relación laboral; de suerte que *“el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes”*.

Este criterio se ha mantenido invariable y ha sido sostenido, entre otras, en las sentencias SL-14388 de 2015, SL-2138 de 2016, SL-18398 de 2017, SL-361-de 2018, SL-287 de 2018, SL-1358 de 2018, SL-1342 de 2019 y SL-1356 de 2019. En esta última, reiterada en la sentencia SL-244 de 2023, se consideró:

“...Con ese objeto, conviene señalar que, a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL 41745, 16 jul. 2014, la postura que adoptó esta Corporación, es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.

Ello implica que, en los periodos no cotizados por falta de cobertura, son ellos —los empleadores— quienes asumen a través de un cálculo actuarial las contingencias que se originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo del ISS hoy Colpensiones.

Esta tesis se reiteró recientemente en la sentencia CSJ SL5535-2018, en la que se enseñó:

En efecto, desde hace más de dos décadas (CSJ SL, 8453 de 1996) y desde entonces hasta el 2014, la Corte fluctuó entre dos criterios; uno, según el cual el empleador no es responsable de la ausencia de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no alcanzó una zona del territorio nacional y, otro, que en oposición, considera que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, a través del pago del valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas.

Sin embargo, en el 2014, la Corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador, en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.

Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala, por mayoría, estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la

ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.

Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL9856-2014, luego reiterada en sentencia CSJ SL10122-2017, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones; (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, y (iii) que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social...».

La Corporación mencionada en la sentencia SL-244 de 2023, reitera lo expuesto en las sentencias SL-3506 de 2019, SL-069 de 2018 y SL-1358 de 2018, donde se sostuvo que:

*“...la Corte ya ha determinado que en desarrollo de reglas tales como las establecidas en los literales c) y d) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9.º de la Ley 797 de 2003, y de principios de la seguridad social como los de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia, **todas las hipótesis de omisión en la afiliación, sea cual sea la razón a la que obedezcan, deben encontrar una solución común, que consiste en que las entidades de seguridad social tengan en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, con la obligación correlativa del empleador de pagar el título pensional que corresponda, por los tiempos omitidos, tal y como lo dedujo el Tribunal...**”* (Negrillas fuera del texto original).

Conforme la jurisprudencia citada el empleador está en la obligación de sufragar el valor del cálculo actuarial a la entidad de seguridad social, por aquellos periodos en los que el trabajador le hubiere servido, sin que importe si se había iniciado la cobertura de afiliación, a fin de contribuir con la conformación del capital necesario para el financiamiento de la prestación del trabajador.

Conforme lo anterior, se tiene que los tiempos servidos no cotizados por falta de cobertura, deben reconocerse a través de un cálculo actuarial, así se itera en la

sentencia SL-2465 de 2021, “...corresponde al empleador efectuar el pago de la totalidad del cálculo actuarial por falta de afiliación, teniendo en cuenta que el mismo difiere sustancialmente de las simples cotizaciones o aportes indexados o con intereses moratorios, como si se tratara de periodos en mora de pago, pues representa la proporción de capital necesario para sufragar la pensión, con relación al tiempo de servicios en el que el empleador fue el único responsable de la prestación...”.

Luego. **Respecto de la participación del extrabajador en el pago del cálculo actuarial**, se señala lo siguiente.

El párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, consagra que es el empleador o la caja quien debe trasladar, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente, representada en un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de tales sumas.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL-2584 de 2020, SL-673 de 2021, reiteradas en la sentencia SL-244 de 2023, dijo:

“...La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Además, el párrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma

correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.

En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional...».

Y en la sentencia SL-672 de 2023, el Alto Tribunal replicó lo expuesto en la sentencia SL-1579 de 2022, en la cual se precisó:

“...Indicó la Sala en un caso similar al que aquí se analiza, fungiendo como pasiva la misma sociedad demandada, en sentencia CSJ SL673-2021, lo siguiente:

El cálculo actuarial que debe trasladar el empleador representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el sistema general de pensiones, proporcional por supuesto al tiempo durante el cual recibió el servicio cuando tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En consecuencia, si el tiempo trabajado fue menor al exigido para que la prestación quedara en su totalidad a cargo del empleador, lo razonable es que transfiera al pagador de la pensión el valor que corresponde en proporción al tiempo trabajado, sin estar obligado el trabajador a realizar aporte alguno para la financiación de la pensión, como no lo está quien es pensionado directamente por el empleador.

Si las pensiones cuyo reconocimiento y pago estaba a cargo de los empleadores fueron entendidas como una prestación que hacía parte de la retribución por el servicio prestado por el trabajador o se consideraban como un salario diferido, no se encuentra ninguna razón válida para que en la misma situación el trabajador asuma una obligación que estaba exclusivamente a cargo del empleador, menos, aceptar que por ello se configura un enriquecimiento sin causa por parte del trabajador. No puede olvidarse que el cálculo actuarial no es una dadiva del empleador, sino fruto de la prestación de servicios al empleador.

Finalmente, reitera la Sala en esta oportunidad, que de conformidad con el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social, está exclusivamente a su cargo, sin que se haya dispuesto contribuir alguna para el trabajador, como se precisó en sentencia CSJ SL 2584-2020:

La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente.

Por tal razón, las disposiciones que transcribe la censura para respaldar su tesis no resultan aplicables en este asunto, toda vez que la condena cuyo pago le fue impuesta en las instancias consiste en el título pensional correspondiente al lapso de vinculación, más no el pago de cotizaciones al sistema de pensiones que es lo que aquellas regulan.

Además, el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la dicha ley tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión debe tenerse en cuenta para efectos de la misma, para lo cual «el empleador o la caja» deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que en modo alguno la norma establezca la contribución por parte del trabajador.

En efecto, la referida disposición dispone «En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional...».

Corolario de lo anterior, no son de recibo los argumentos expuestos por la apoderada de la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. en el recurso de alzada.

En consecuencia, en criterio de la Sala, conforme la normatividad y la jurisprudencia citadas en precedentes la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. debe pagar con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y en favor de la demandante el cálculo actuarial exclusivamente a su cargo por el tiempo laborado con dicha sociedad entre el 4 de septiembre de 1989 y el 3 de septiembre de 1990 y que no fue objeto de aportes, toda vez que éstos períodos representan un total de 51.48 semanas, teniendo en cuenta para ello, un salario de \$42.000, como lo precisó la A quo.

Por ende, se confirmará en este aspecto la providencia.

DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Lo primero que interesa precisar, es que no se está en este caso en presencia de una eventual ineficacia por un **traslado** desde el régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS - al régimen de prima media con prestación definida – RPMPD –, sino de una petición de nulidad y/o ineficacia de la afiliación primigenia al régimen, o lo que es lo mismo, de la primera vinculación al sistema de pensiones del trabajador (a) que apenas se incorpora a la fuerza económicamente activa.

El caso clásico del traslado de régimen, el cual ha sido profusamente desarrollado por nuestra jurisprudencia ordinaria laboral, se ha caracterizado porque, en general, los asesores o promotores de los Fondos Privados de pensiones despliegan una conducta pro activa en la búsqueda de nuevos clientes, en cuyo ejercicio invitan e intentan convencer a las personas afiliadas al RPMPD de Colpensiones, para que migren al RAIS administrado por los distintos fondos privados. Y ha sido allí, en las falencias que presentan las informaciones que sobre el sistema se les prodiga a los afiliados, donde se ha sustentado la ineficacia del traslado. Formas estas que no siempre se suceden en los casos de la primera afiliación al sistema pensional, a menos que se demuestre lo contrario.

Como distintas son las consecuencias de la ineficacia, pues es de la esencia de esta figura que las cosas vuelvan a su estado inicial, como si el acto declarado ineficaz nunca se hubiere producido. Se traduce lo anterior en que, en el evento de la ineficacia del traslado, el afiliado retorna sencillamente a la misma entidad a la cual se hallaba vinculado antes del acto del traslado, esto es, a Colpensiones o a cualquier otro Fondo Público en el que viniera afiliado, pero en igual sentido cuando no existe entidad alguna a la cual se entienda previamente afiliada la persona, se prevé por la ley la ineficacia, concretamente el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que establece:

“...Artículo 271. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección

de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. (...)

La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador... (subrayas y negrilla de la Sala)

En el caso bajo estudio, desde la demanda misma y en armonía con la norma anterior, la actora pretende que, una vez se declare la nulidad y/o ineficacia *de la afiliación*, se declare igualmente que queda ella *“en completa libertad de escoger su entidad administradora de pensiones y régimen pensional de forma libre y espontánea que para el efecto será escogida la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, sin solución de continuidad”*. Libertad que incluye el estar debidamente informado.

Siendo así, la norma previó fue la posibilidad de que desde el acto de afiliación o selección de la entidad a la cual desee vincularse el trabajador (a), pueda verse afectado por acciones del empleador, o en general de cualquier persona natural o jurídica, que impidan o atenten en cualquier forma contra su derecho de libre elección o selección. Norma expresa en este sentido, aún por encima de los **traslados** de régimen que ha aplicado la jurisprudencia del trabajo.

Según se desprende de los fundamentos fácticos de la acción, se duele la parte actora de la omisión por parte de Protección, del deber de información, por tanto, se hace necesario abordar bajo tal óptica la situación del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, llevado a cabo el 15 de enero de 1996.

Respecto a la información que deben brindar los fondos de pensiones a quienes pretenden captar como sus afiliados, es importante tener en cuenta que el mismo no tiene como fuente primigenia la llamada ley de doble asesoría 1748 del 2014, con su Decreto Reglamentario 2071 de 2015, pues dicha obligación existe desde el estatuto orgánico del sistema financiero, Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, al igual que el Decreto 720 de 1994 en sus artículos 10 y 12, que determina que la información suministrada debe ser suficiente, amplia y oportuna, trasladando

además las responsabilidades del asesor de los fondos pensionales a las entidades que representan.

Ahora bien, es importante precisar que, al tratarse de la multicitada figura de la *ineficacia*, esta no es susceptible de saneamiento, a más que lo se pretende es dejar sin efectos el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto es, el acto jurídico realizado por la asegurada el 15 de enero de 1996 ante Protección por tanto, el análisis debe centrarse exclusivamente al cumplimiento o no del deber de información de dicho momento lo cual tiene su sustento en la sentencia SL 1688 de 2019, que como su referente lo indica proviene de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

El análisis del tema pensional, bajo la perspectiva del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es un tema complejo, pues refiere múltiples aspectos y variables como lo son la forma de liquidación de las prestaciones en el caso que el afiliado tenga o no beneficiarios, los capitales requeridos para pensión ordinaria o anticipada, las condiciones de la garantía de pensión mínima, las modalidades de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, la forma en general como se financia la prestación, la incidencia de las fluctuaciones de los mercados en cada cuenta de ahorro individual, y en general, en principio, más que un comparativo de los montos pensionales su diferentes aspectos de un régimen frente al otro, situaciones estas básicas que son comprendidas dentro de los mandatos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 que disponía para el momento del traslado de la actora: “Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicios claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado” y, por su parte, el Decreto 720 de 1994 en su artículo 12, cuyo texto preceptúa: “...Obligación de los promotores. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado...”, por lo que la Honorable

Corte Suprema de Justicia delimitó como un primer momento frente al deber de información.

Dado el anterior precedente, es claro para la Sala de Decisión, que a la señora Ángela Victoria Arango Gutiérrez no se le suministró la información de la forma que ha determinado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional, o al menos no obra como una verdad procesal, pues la única referencia que se tiene al respecto es lo narrado por la actora en el interrogatorio de parte, donde advierte que se afilió a Protección desde 1996 cuando empezó a trabajar en el municipio de Itagüí, donde le entregaron toda la documentación para la afiliación a seguridad social para que la firmara. Que no fue coaccionada para la firma. Que nunca estuvo afiliada al ISS. Que no se acercó a algún canal de Protección o del ISS para resolver dudas o indagar sobre su situación pensional. Que desea trasladarse a Colpensiones porque al hacer una proyección de la mesada pensional, encontró que se jubilaría con un salario mínimo estando en Protección y que no tuvo la oportunidad de hacer preguntas al fondo privado.

Ahora; al contestarse la demanda por parte de las APF, se observa claramente cómo estas entidades son persistentes, reiterativas, en alegar que cumplieron con su deber de información adecuada, completa y detallada, respecto de las características del RAIS.

Para definir lo anterior, se hace imperioso determinar a quién corresponde la carga de la prueba de la omisión total o parcial al deber de información al momento de la afiliación o traslado, y en dicho sentido la Sala acoge el precedente reiterado de la inversión de la carga de la prueba, con fundamento en las Sentencias SL 1.452 y SL 1.688 de 2019 donde la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, explicó, que en los procesos en los cuales se controvierte la eficacia del traslado entre regímenes pensionales, la demostración del consentimiento informado es el que tiene la virtud de generar la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez; "...si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. Entonces, como el

trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó...”.

Según la Corporación mencionada, la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado 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...”.

Conforme al criterio expuesto, lo afirmado en un formulario de traslado de régimen pensional acerca de la selección libre y voluntaria de régimen por parte de un afiliado, no puede calificarse como tal si éste no recibe información veraz, oportuna, clara, comprensible y completa sobre los alcances de dicha decisión, ni el traslado se convalida en fecha posterior con la simple firma de otro formato o con la sola presentación de un cálculo actuarial, considerando el cambio sensible que ese acto jurídico genera en el derecho pensional de los afiliados al sistema, y considerando que el acto del cual se estudia la ineficacia es el de traslado de régimen.

Además, el deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones no es un privilegio de quienes se benefician del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (véase sentencias SL 19447 de 2017 y SL 1452 de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia), porque el ordenamiento constitucional y legal colombiano no hace esa distinción, a más que las razones expuestas por la Corte Suprema de Justicia tienen aplicabilidad tanto para beneficiarios como no del régimen de transición.

Contrario a lo afirmado por Colpensiones, así tenga la constancia que su suscripción y elección ha sido libre y voluntaria, de modo alguno suple el deber de información que tenía a su cargo el Fondo Privado, pues a Juicio de la Sala allí no consta que la información entregada al ciudadano cumpla con los mandatos legales contenidas en los Decretos 663 de 1994, artículo 97, y 720 de 1994, en su artículo 12.

A juicio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, “...no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición...” (Sentencias SL 19.447 de 2017 y SL 1.452 y SL 1.688 de 2019), lo que significa que la firma del formulario no es suficiente para agotar el deber de información a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones que pretende captar un afiliado.

En el presente caso, no existe ningún rasgo probatorio que permita tener por acreditado que el fondo privado le prestó a la demandante una asesoría integral, oportuna, apropiada y adecuada a sus circunstancias personales, como, en términos generales pero insistentes, lo alega en la contestación de la demanda. No hay forma de establecer que a la demandante se le hubieren explicado los contenidos de cada uno de los regímenes pensionales, de tal manera que pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas y así tomar una decisión informada.

En consecuencia, en este puntual aspecto se confirmará la decisión adoptada en primera instancia.

Es de advertir que, con esta posición, se recoge por la mayoría de los integrantes de esta Sala de Decisión, cualquier decisión contraria que en casos análogos se hubiere acogido en el pasado, puesto que estudiado de nuevo el problema jurídico y por las razones expuestas, encontramos argumentos valederos para admitir las pretensiones de la demanda. Postura adoptada a partir de los procesos con radicación 05001310500420190028301 y 05001310500520200029001, con ponencia del magistrado JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ.

Lo anterior por cuanto no solo el ya citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 así lo permite, según el análisis que del mismo se hizo con anterioridad, sino que también el artículo 13 literal b) de la citada ley lo posibilita en los siguientes términos:

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

En la sentencia 4803-2021 radicado 88879 del 20 de octubre de 2021, la Corte Suprema en su Sala Laboral hace las siguientes observaciones, que se acompasan con el tema que aquí se trata:

*“...La sentencia CSJ SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados **y a quienes potencialmente puedan serlo**, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto. (Destaca esta Sala)*

(...)

“Por ello se ha sostenido que existe toda una batería normativa de carácter especial que reguló la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, lo cual concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado, como se explicó, entre otras, en la misma providencia que se viene citando:

“En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario,

esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo...”

Para la Sala, el constreñimiento que alega haber sufrido la accionante, para su afiliación al Régimen de ahorro Individual con Solidaridad, no releva a las Administradoras del Fondo de Pensiones de su deber de información, el cual debió ser suministrado a la accionante en el momento de la afiliación respectiva, con base en los mandatos legales expuestos de precedencia.

La apoderada de Protección no comparte la orden de devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales. Al respecto, precisa que las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, conllevan que se impongan las restituciones, las cuales implican el traslado de la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos generados por éstos en el Fondo Privado, así como los descuentos efectuados para garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, los cuales deben asumir la AFP con cargo a sus propios recursos, por los periodos durante los cuales la accionante permaneció afiliada a dicho Fondo Privado, a la administradora cuya afiliación es válida (Corte Constitucional, Sentencia C-1024 de 2004, y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias SL4.964 de 2018, SL4.989 de 2018, SL1.421 de 2019 y SL1.688 de 2019).

A criterio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la administradora debe devolver al sistema la totalidad de los valores que haya recibido en razón de la afiliación, “...como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado...”. En tanto que “...al haber sido una conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales

serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...” (Sentencia de 8 de septiembre de 2008, Radicado 31.989), postura esta que justifica la orden de devolución no solo de las cuotas de administración, sino además de las sumas que hayan sido destinadas al pago de los seguros previsionales, así como se indica estos hayan sido entregados por la AFP a una aseguradora, evento en el cual debe ser asumido su reintegro por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones.

Es importante relieves como la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala Laboral, en la sentencia SL2877-2020, radicación 78667 del 20 de julio, se refirió reciente y puntualmente al tema de las cuotas de administración, al siguiente tenor:

“...De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub-lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional...”.

Finalmente, no desconoce la Sala la tesis según la cual, cuando de la primera afiliación se trata, no es factible acudir a la ficción legal construida en materia de ineficacia del **traslado** pues no existiría una afiliación previa a otro régimen al cual se le pudiesen remitir las cotizaciones y montos determinados (Sentencia SL 4211 de 2021, Radicado 85164), pues, no se trata aquí de disponer el retorno o devolución de los recursos a Colpensiones, donde ciertamente la demandante nunca estuvo afiliada, sino de disponer la transferencia de los mismos con base en el poder jurídico que a ella le otorga el ya varias veces citado artículo 271 de la Ley

100 de 1993, en el sentido de que al dejarse sin efectos la afiliación inicial, el afiliado podrá realizarla de nuevo en forma libre y espontánea.

Lo anterior deja claro, que el hecho de “una buena gestión y administración de recursos” expuestos por la apoderada de Protección en el recurso de alzada, no es eximente de la devolución de la totalidad de recursos que haya recibido en virtud de la afiliación que se declara ineficaz, tratándose de gastos de administración, pues el Fondo privado debe entregar a Colpensiones la totalidad de sumas recibidas por la afiliación ineficaz sin deterioro alguno, como quedó anotado en precedentes.

En consecuencia, se confirmará en este aspecto la providencia.

En el sentido antes mencionado, esta Sala de Decisión, acoge la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en lo relacionado con los reintegros que tendrá que hacer la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con destino a Colpensiones una vez declarada la ineficacia, pues las equivalencias ente uno y otro régimen no tiene por qué asumirla un afiliado frente al cual se han realizado cotizaciones en la forma dispuesta por ley, y de modo alguno puede trasladársele el detrimento en sus cotizaciones bien sea por el transcurso del tiempo, ora por deducción por concepto de cuotas de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y/o seguros previsionales, los cuales por lo antes expuesto debe asumirla la administradora del RAIS con cargo a su propio patrimonio. Tampoco es procedente que sea el administrador, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien asuma los deterioros por cualquier causa de las cotizaciones de los afiliados, pues la ineficacia se causa por la conducta de la AFP privada, dada la omisión del deber de información que le incumbe.

Sumado a lo anterior, y tal y como lo ordenó la *a quo*, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 2308, Radicado 81630 de 7 de julio, SL 2932, Radicado 71679 de 12 de agosto de 2020, SL 3202, 3571, 3706, 3707, 3708, 3709 y 3769 de 2021 precisó que las Administradoras de Pensiones deben devolver a Colpensiones la totalidad de los conceptos objeto de restitución,

debidamente indexados, por el periodo en que el asegurado permaneció afiliado a dichas AFP.

Al respecto en la sentencia SL 3709 de 2021, la Corporación mencionada refirió que *“...como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de aborro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima...”*.

Razón por la cual se confirmará en este punto la decisión.

Por lo anterior, se itera, así los cobros de los llamados gastos de administración tengan su sustento legal en la Ley 100 de 1993 como lo indica la apelante Protección, y las mismas se causen igualmente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la declaratoria de ineficacia del traslado impone su reintegro al fondo público cuya afiliación es válida.

Asimismo, se debe anotar que la regla del artículo 1746 del Código Civil no se limita al caso de pérdidas o deterioros, la misma es una previsión legal adicional a las restituciones a que hubiese legal, y es por ello que se reitera, esta Sala acoge en las restituciones las reglas pacíficas al respecto dictadas por la Honorable Corte Suprema de Justicia en las anteriores referencias de esta providencia, para lo cual además no puede perderse del horizonte que los rendimientos son generados por un capital aportado a título de cotizaciones del trabajador y su empleador.

Conforme a lo antes expuesto, resulta claro, que no se vislumbra enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones como lo indica la coaccionada Protección en su recurso de alzada.

En lo referente a lo expuesto en los alegatos ante esta instancia por Colpensiones su argumento no tiene vocación de prosperidad para la Sala, toda vez que la prohibición de traslados prevista en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 se refiere a los casos cuando el afiliado acude a tal figura de modo voluntario y frente a un traslado con validez jurídica, lo cual no ocurre en el caso que nos ocupa, pues se trata de una declaratoria judicial de ineficacia.

Ahora bien, se debe ocupar la Sala del análisis de la excepción de mérito de prescripción, la cual fue alegada por las codemandadas. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que desde la existencia del Tribunal Supremo del Trabajo la jurisprudencia ha sostenido de manera invariable que el derecho a la pensión en sí mismo no prescribe, por ser una prestación social cuyo disfrute obedece al hecho de ser de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, empero prescriben las mesadas o los reajustes pensionales exigibles que no se hubiesen cobrado por su beneficiario dentro del lapso trienal previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (Sentencias de 18 de diciembre de 1954; y 18 de febrero de 2005, Radicado 21.378).

Adicionalmente, en la Sentencia SL 68.838 de 8 de mayo de 2019, la Sala de Casación Laboral explicó: **i)** que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar en cualquier tiempo un derecho pensional, o a mejorar su prestación; **ii)** que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que pretenden reivindicarse a través de su reconocimiento; **iii)** que los hechos o estados jurídicos no prescriben, “a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello”; y **iv)** que esta última tesis cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, porque la sentencia que la declara, en realidad lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la Litis.

De lo anterior se concluye, entonces, que no ha operado plazo extintivo alguno frente a la acción que dio origen al proceso, y tampoco prospera la excepción de

prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico propuesta por las codemandadas, se reitera, por encontrarse en estudio el tema bajo los presupuestos de la ineficacia.

La Sala no accede a la prescripción extintiva del reintegro de los gastos de administración y seguros previsionales, invocada por la apoderada del fondo privado, en razón a que aquellas hacen parte de la cotización para pensión, y por tanto hacen parte de esta tornándose imprescriptible al estar relacionada con el derecho pensional del actor, y como se ha manifestado reiteradamente el reintegro de sumas ha de ser completo sin ninguna clase de deterioro, más si con sus intereses y frutos.

DE LAS COSTAS

Ante la desventura del recurso de apelación, las costas en esta instancia corren en favor de la señora Ángela Victoria Arango Gutiérrez y a cargo de la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. y de Protección.

Se fijan las agencias en derecho, en la suma total de \$1.160.000 para esta instancia.

Así las cosas, se confirmará la providencia que se revisa en apelación y consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

PRIMERO: Confirmar la providencia que se revisa en apelación y consulta.

SEGUNDO: Ante la desventura del recurso de apelación, las costas en esta instancia corren en favor de la señora Ángela Victoria Arango Gutiérrez y a cargo de la Cooperativa de Caficultores de Antioquia Ltda. y de Protección.

Se fijan las agencias en derecho, en la suma total de \$1.160.000 para esta instancia.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el proceso al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres
Con salvamento de voto



**SALA PRIMERA DE
DECISIÓN LABORAL**

Demandante: ÁNGELA VICTORIA ARANGO GUTIÉRREZ

Demandados: PROTECCIÓN S.A. Y OTROS

Radicado: 05 001 31 05 002 2020 00060 01

Medellín, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

FRANCISCO ARANGO TORRES, magistrado de la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, presento **SALVAMENTO DE VOTO** en la sentencia del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

La demandante pretende con la presente acción judicial, que se declare la ineficacia de su afiliación al régimen pensional de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), ordenando la afiliación al régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) administrado por Colpensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones relata la actora, que, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se afilió a Protección S.A., y que para el momento del traslado, la AFP le indicó que las condiciones para acceder a la pensión de vejez eran más favorables que en el RPMPD. Agrega que no se le suministró información cierta, completa y comprensible, ni se le realizó proyección pensional que permitiera visualizar el valor de su pesada pensional. Además, le aseguraron que podía pensionarse a cualquier edad.

A juicio de este servidor judicial, para resolver controversia planteada, es necesario tener en cuenta que la afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone en el literal b) lo siguiente:

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

Así mismo, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dispone:

“Artículo 271: El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario.

(...)

La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”

De igual forma, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993, hoy compilado en el artículo 2.2.2.1.8 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, establece:

“DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCIÓN Y VINCULACIÓN. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.”

Del análisis de las normas legales antes transcritas, se concluye que la afiliación a cualquier régimen pensional es libre y voluntaria y se concreta mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario, lo cual es un requisito necesario para poder acceder a las prestaciones del Sistema General de Pensiones. No obstante, en caso que cualquier persona impida o atente contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen, se hará acreedor las sanciones previstas en el Art. 271 de la citada Ley 100, que dispone que dicha afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente.

Ahora, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha consolidado una línea jurisprudencial para los casos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es decir, en aquellos eventos en que las personas se encontraba afiliada

a un régimen pensional (usualmente el de prima media con prestación definida) y que por omisión o falta de información, los asesores promovieron el traslado a otro régimen pensional usualmente el de ahorro individual con solidaridad), jurisprudencia que no puede ser aplicada a este caso, pues la actora no se encontraba previamente afiliada a ningún régimen pensional, toda vez que su primera afiliación la realizó en el RAIS, por lo que para que su afiliación pudiera estar afectada por ineficacia, se requeriría que cualquier persona hubiera **impedido o atentado** contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen, no que no le hubiera suministrado asesoría para escoger uno u otro régimen pensional, pues en este caso no hay con qué otro compararlo al que ya hubiera estado afiliada la demandante, del que tuviera una expectativa creada.

En este orden, contrario a lo que sucede con la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se trate de la primera afiliación, es carga del trabajador probar que su empleador o algún empleado de la AFP de cualquiera de los dos regímenes al que se afilió, **le impidió afiliarse al otro, o atentó contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen**, lo que no está probado en el proceso, pues en el mismo ninguna prueba existe que el empleador de la demandante haya sido quien le indicó que se afiliara al RAIS o a una determinada AFP, e incluso si estuviera ello probado, tal acto no se podría considerar como una acción que le hubiera impedido a la actora afiliarse al régimen pensional de prima media, pues bien había podido rechazar la sugerencia de afiliación, y solo en caso de fuerza para aceptarla, se podría considerar que se atentó **contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen**.

Así, la situación de la accionante, dista de los casos analizados por la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de ineficacia del traslado de régimen pensional y en ese sentido, no sería posible hacer una inversión de la carga de la prueba que ha establecido la jurisprudencia de la CSJ para los casos de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino que es la parte demandante quien a la luz del artículo 167 del CGP aplicable al proceso laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS, a quien le incumbe demostrar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, es decir probar en este caso, que la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. o su empleador atentaron contra el derecho a la libre afiliación y selección del régimen pensional, o le impidieron escoger libremente, aspectos que ni siquiera los fundamentos de hecho de la demanda contemplan.

De esta manera, la suscripción del formulario de afiliación sin vicio de error, fuerza o dolo, constituyeron actos jurídicos válidos, sin que exista prueba alguna en el plenario que persona alguna, natural o jurídica, hubiese atentado contra el derecho de la demandante a seleccionar el régimen pensional que quisiera, es decir que su vinculación al RAIS, es completamente eficaz, pues de forma libre y voluntaria, sin prueba de presión alguna suscribió el formulario de afiliación con la AFP PROTECCIÓN S.A., en cumplimiento de estas solemnidades que legalmente se exigía en el momento, razón por la cual produjo los efectos de una afiliación válida al RAIS.

No sobra manifestar que quienes se afilian al RAIS, objetivamente les representa algunas ventajas frente a quienes se afilian al RPM como son: **i)** La devolución de saldos, de no cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, es mucho más favorable en su monto que la indemnización sustitutiva que reciben en el RPM. **ii)** Tienen la garantía de pensión mínima de vejez con 1150 semanas cotizadas que no la tienen quienes escogieron el RPM, los que con posterioridad al año 2010 no pueden acceder a la pensión si no cuentan al menos con 1175 semanas las que se incrementaron en los años siguientes hasta 1300 semanas en el año 2015. **iii)** En el evento que fallezca un afiliado al RAIS sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a la pensión de sobrevivientes los dineros existentes en su cuenta de ahorro pensional pasan a sus herederos, lo que no ocurre en el régimen pensional de prima media, pues los dineros cotizados no son devueltos. **iv)** Si el pensionado en el RAIS ha escogido la modalidad de retiro programado y fallece sin tener beneficios de la pensión de sobrevivientes, los saldos existentes en su cuenta de ahorro pensional, pasan a sus herederos, lo que no ocurre en el régimen pensional de prima media, pues los dineros cotizados no son devueltos.

Ahora en lo que tiene que ver con el monto de la pensión que obtendría la demandante en el régimen de prima media comparado con el que alcanzaría en el RAIS a la misma edad mínima de 57 años del RPM, en el año 1996 que la demandante se afilió al RAIS, nadie podía predecir si le resultaría más favorable el valor de la pensión de vejez que obtendría en el régimen de prima media o el de ahorro individual, pues el monto de los ahorros pensionales con la que se financia esta prestación en el RAIS y del que se deriva el monto de esta prestación, depende de situaciones económicas y financieras favorables o no respecto de los negocios que realizan los fondos de pensiones privados en el mercado para obtener dividendos o rendimientos financieros sobre los ahorros de las cuentas pensionales de sus afiliados.

Pero es más, tanto en el RAIS como en el RPM, el monto de la pensión, influyen situaciones futuras del afiliado, que pertenecen al mundo del azar, unas y a decisiones libres del afiliado otras, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona de muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en el monto de la pensión, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando con un buen ingreso base de cotización en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Es decir que el monto de la pensión en el RAIS, puede ser favorable o perjudicial al afiliado comparado con el monto de la citada prestación en el RPM dependiendo de los vaivenes de la economía, no pudiéndose entonces, como en el caso de la accionante esperar casi veinticinco años para saber si le fue o no más favorable la afiliación al RAIS en lo que concierne al monto de la pensión, para solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues ello conduciría a que los afiliados a uno u otro régimen pensional manipularan el sistema pensional a conveniencia según las circunstancias del momento en el que puedan sacar provecho, pues por ejemplo su un afiliado al RAIS después de largos años de haber escogido este régimen pensional encuentra que el monto de la pensión de vejez le fue perjudicial de ello derivaría una nulidad o ineficacia de la afiliación, pero si le resulta favorables obtener una de las ventajas antes descritas en el RAIS su afiliación no es nula o ineficaz.

Lo mismo ocurriría con un afiliado al RPM que al no tener las ventajas de los afiliados al RAIS antes mencionas, después de largos años de haberse afiliado por primera vez y permanecer en el RPM, si ve la conveniencia de aprovecharse los benéficos del RAIS, demandaría la ineficacia de su afiliación la RPM aduciendo que no le explicaron o no supo de las ventajas del RAIS; como por ejemplo quien cuenta con 1150 semanas cotizadas con las que no puede obtener la pensión de vejez en el RPM, pero sí en el RAIS, o en el caso de quien no alcanzó el derecho a una pensión en el RPM, resultándole más conveniente la devolución de saldos del RAIS que la indemnización sustitutiva del RPM, caso en el cual demandaría la ineficacia o nulidad de su afiliación al RPM, para poderse beneficiar de las prerrogativas del RAIS, manipulado así a su antojo y conveniencia el sistema pensional.

Respecto del posible monto de la pensión en el RAIS, frente al que obtendría en el RPM que es lo que motiva a la actora a solicitar la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede constituirse en motivo de ineficacia de la afiliación. Al respecto se

pronunció la SCL de H. CSJ en la sentencia de radicación 31.989 de septiembre 9 de 2008, MP: Dr. Eduardo López Villegas, en los siguientes términos:

“Un segundo conjunto de elementos son las proyecciones que, a partir de los datos anteriores, se construyen con fórmulas actuariales, y que dan cuenta del posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, y su comparación con la que recibiría en el régimen de prima media; el valor de la primera, dando por admitida la corrección de las fórmulas, de su aplicación y de su pertinencia, es una proyección cuyo resultado final, depende del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, razón por la cual, del mero hecho de no cumplirse las expectativas, no puede predicarse engaño.”

Igualmente, sobre la no procedencia de la ineficacia de la primera afiliación al RAIS, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias SL 3414 de 2022 y SL- 1806 de 2022. En esta última adujo la Corte lo siguiente:

“Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.”

Finalmente, es necesario manifestar que si la razón para declarar la ineficacia, es que la AFP del RAIS, no le suministró información a la demandante sobre las características del RAIS, igual ineficacia comportaría la afiliación que se ordena en el fallo de primera y segunda instancia al RPM de COLPENSIONES, pues no existe prueba en el proceso que esta entidad le haya otorgado información a la actora, sobre las características del RPM, es decir beneficios y perjuicios de la pertenencia a este régimen pensional, en comparación con el RAIS.

Por las razones anteriormente explicadas, respetuosamente me aparto de la decisión de la Sala mayoritaria de CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pues por las razones explicadas considero que debió ser revocada, para en su lugar absolver a las demandadas de todas las pretensiones de la actora.

En los anteriores términos dejo salvado mi voto en la decisión de la Sala mayoritaria.

FRANCISCO ARANGO TORRES

Magistrado

Firmado Por:

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4a3d9ca39c395fd6f077da2a4fd00bbaf7393eb724dad54e752706d0d13fbdac**

Documento generado en 19/05/2023 03:35:42 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>