



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: FABRICIO SOTO BURITICÁ
Demandados: ACP COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 018 2022 00055 01
Sentencia: S-316

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver el **recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A.**, así como en grado jurisdiccional de **Consulta** a favor de Colpensiones, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín el día 16 de junio de 2023.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES

FABRICIO SOTO BURITICÁ demandó a COLPENSIONES y a las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., pretendiendo se declare la

nulidad, ineficacia o inexistencia, según se demuestre, de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, debiendo estar afiliado al Régimen de Prima Media -RPM- administrado por COLPENSIONES, y entendiéndose que siempre ha permanecido a este régimen sin solución de continuidad.

En consecuencia, solicita se ordene a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibida por aportes obligatorios y rendimientos. Además, pretende se condene en costas a las demandadas.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 1º de noviembre de 1964; que laboró tanto en el sector público como en el privado, que en 1994 cuando entró en vigencia la ley 100 de 1993, no le dieron la oportunidad de seleccionar el régimen para efectos de seguridad social, ya que fue la empresa donde laboraba la que lo seleccionó y lo vinculó a PROTECCIÓN S.A.; que ninguno de los fondos privados le brindaron una debida asesoría, pues solo le manifestaron que se pensionaría mejor que en COLPENSIONES ya que este iba a quebrar; que desde el año 2001 se encuentra afiliado a PORVENIR S.A. y nunca le informaron que su pensión dependía de un capital ahorrado, como tampoco que podría retractarse de su decisión. Que el 21 de diciembre de 2021 elevó petición ante PORVENIR y COLPENSIONES solicitado su traslado de régimen, las cuales fueron negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Al contestar, COLPENSIONES admite la fecha de nacimiento del demandante y que no existió una afiliación válida a Colpensiones pues en la historia laboral no registran semanas; es cierta su petición ante Colpensiones, la cual fue negada y que los demás hechos no le constan

por ser circunstancias ajenas a Colpensiones. Se opuso a las pretensiones por carecer de fundamentación legal y jurídico. Como excepciones propuso carga dinámica de la prueba, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe de Colpensiones, improcedencia de condena en costas y compensación.

PORVENIR S.A. indicó en su contestación que no le constan los hechos relacionados en contra de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES; que la afiliación del demandante a esta administradora para el año 2001 fue producto de una decisión voluntaria, en ejercicio de su derecho de elección de régimen, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de la afiliación, el funcionamiento del RAIS y las condiciones para el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez en el RAIS; que siempre se le brindó una asesoría veraz y oportuna, en donde le informó y garantizó su derecho de retracto. Se opuso a todas las pretensiones. Como excepciones propuso prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

PROTECCIÓN S.A. frente a la demanda contestó que es cierta la fecha de nacimiento del demandante; que no le consta ningún hecho que esté relacionado con terceros; no es cierto que al demandante no se le haya brindado una información integral y completa, pues se le explicaron todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información, con todas las características y funcionamiento del RAIS, como también las diferencias de un régimen y otro. Admite que la primera afiliación fue a PROTECCIÓN S.A. Se opuso a las pretensiones toda vez que se está ante un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento. Como excepciones propuso inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones, innominadas, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguros previsionales,

aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y traslado de aportes a otra administradora de pensiones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 16 de junio de 2023, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, 1) **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. y por ende la movilidad entre administradoras; 2) **ORDENÓ** a PORVENIR S.A. efectuar el traslado inmediato de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones con los rendimientos que se hubieren causado, cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargos a sus propios recursos por el tiempo que el demandante realizó aportes a este fondo, a COLPENSIONES; 3) **ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos y por el tiempo que estuvo afiliado a esta administradora; señaló que al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique; 4) **ORDENÓ** a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación del demandante y recibir las sumas indicadas y continuar como su administradora de pensiones; y 5) **CONDENÓ** en costas a PORVENIR y a PROTECCIÓN.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la apoderada de **PORVENIR S.A.** presentó recurso parcial frente a la sentencia proferida solo respecto a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones, manifestando que dentro de las obligaciones que deben de cumplir las AFP, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuenta de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, por lo que es incompatible y excluyente el haberse ordenado la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación, por el contrario se le ha generado rendimientos muy superiores a los que pudieran garantizar RPM, citando unas sentencia del Tribunal de Cundinamarca y Cali, de manera ilustrativa; por lo que considera que el traslado de los rendimientos financieros compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse presentado respecto de los emolumentos que se ordenaron retornar, y que sin duda alguna de ordenarlo sería imponer una doble sanción

Se conoce igualmente del asunto por **Consulta** a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término legalmente concedido, PORVENIR S.A. expuso que se debe revocar íntegramente la sentencia de primera instancia, toda vez que no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez; que se le garantizó el derecho de retracto y la libre escogencia; que si se acreditó el deber de información; que no se pueden imponer cargas probatorias distintas a las previstas en la ley; que debe ser analizada en conjunto todas las pruebas; que conforme a la línea jurisprudencial de la Corte, no existe norma que prevea tal situación; que se debe mirar la buena o mala fe de las parte en las restituciones mutuas; y que no se debe imponer la indexación en las condenas.

CONSIDERACIONES:

Lo primero que se debe precisar, es que al sustentar el recurso de apelación PORVENIR atacó parcialmente la decisión de primer grado y lo hizo solo por la orden de indexar los valores a trasladar a COLPENSIONES, al paso que en los alegatos de conclusión pide la revocatoria íntegra de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado. Como sea que en los alegatos no es dado incluir nuevos cuestionamientos que no hicieron parte de la apelación, este último tema solo se podrá analizar en perspectiva de lo que pueda perjudicar a COLPENSIONES por razón de la consulta de que se conoce en su favor.

Bien. No se está en este caso en presencia de una eventual ineficacia de 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 ineficacia y/o nulidad de la afiliación primigenia al régimen, o lo que es lo mismo, de la primera vinculación al sistema de pensiones del trabajador que apenas se incorpora a la fuerza económicamente activa.

Ahora, entre los hechos que han quedado acreditados, se encuentra que, **i)** el Sr. FABRICIO SOTO BURITICÁ nació el 1º de noviembre de 1964; **ii)** suscribió formulario de vinculación ante PROTECCIÓN S.A.¹ el 2º de septiembre de 1994, **iii)** y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 17 de enero de 2001², entidad a la cual se encuentra actualmente vinculado.

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

¹ Folio 38 de la contestación de Protección S.A. (SIAFP)

² Folio 73 de la contestación de Porvenir S.A.

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.

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 ¿qué sucede con la ineficacia de la primera afiliación al sistema, cuando no existe entidad alguna a la cual se entienda previamente afiliada la persona?

Al respecto, esta Sala considera que la propia ley trae las herramientas jurídicas necesarias para dar solución al anterior interrogante, 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, se pretende que, una vez se declare la ineficacia *de la afiliación*, se ordene igualmente a COLPENSIONES a tener válidamente afiliado al señor FABRICIO SOTO BURITICÁ sin solución de continuidad, así como a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima, todo esto debidamente indexado, por el tiempo de su afiliación.

De suerte que, en su genuino sentido, lo que 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, 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.

En este orden, se recibió en el proceso el interrogatorio de parte del demandante, quien, en resumen, manifestó que se afilió a PROTECCIÓN porque le manifestaron que en esta administradora tendría mejores beneficios para pensionarse, sin embargo, no lo hizo de forma voluntaria, sino debido a que le habían dicho que el ISS se iba a acabar; que eligió PROTECCIÓN porque es una empresa Antioqueña y por todos los beneficios que le ofrecían; que posteriormente se trasladó de PROTECCIÓN a PORVENIR en el año 2001, pero que en la entrevista que le hizo el asesor parecía una competencia de que administradora era mejor, ofreciendo unos descuentos en productos y negocios, sin ofrecerle más información al respecto.

En los hechos de la demanda la parte demandante enfatiza que al momento de la afiliación no obtuvo una suficiente información sobre las condiciones de su pensión de vejez, las diferencias con el Régimen de

Prima Media, sus características positivas y negativas o las distintas modalidades pensionales en el RAIS.

Ahora; al contestarse la demanda por parte de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., se observa claramente cómo estas entidades son persistentes, reiterativas y pertinaz, en alegar que al demandante le fueron explicadas de manera clara y precisa las diferencias entre los regímenes pensionales existentes y las características propias de cada uno de ellos, con detalle de los conceptos que los conforman, refiriendo con una serie de expresiones a través de las cuales afirman categóricamente que en el caso del demandante, dicha entidad cumplió con su deber de información adecuada, completa y detallada sobre sus expectativas concretas.

Se desplaza con lo anterior la carga de la prueba a cargo del Fondo PORVENIR y PROTECCIÓN S.A., en tanto tal cual lo tiene dicho pacíficamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado – o de la afiliación en este evento concreto - le suministró al afiliado la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo.

La jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, y, adicionalmente, se ha establecido que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que el afiliado no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba que acredite en forma positiva que esa obligación sí se cumplió.

Así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde las sentencias 31.989 y 31.314 ambas del 9 de septiembre de 2008, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años, como ha ocurrido por ejemplo en las sentencias SL 12136 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 1421 de 2019, SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 2611 de 2020, SL 1741 de 2020, SL 1741 de 2021, SL 3537 de 2021 o más recientemente la SL 1055 del 2 de marzo de 2022 y la SL 2058 del 4 de mayo de 2022, entre muchas otras.

Del desarrollo jurisprudencial citado se pueden evidenciar una serie de ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado o de la afiliación, y que se resumen en lo siguiente: *(i)* el juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico; *(ii)* el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado; y *(iii)* no es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no existe ningún rasgo probatorio que permita tener por acreditado que los fondos privados le prestaron al demandante una asesoría integral, oportuna, apropiada y adecuada a sus circunstancias personales, como, en términos generales pero insistentes, lo alegan en la contestación de la demanda. No hay forma de establecer que al 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.

El simple hecho de que se haya suscrito un formulario de afiliación como una formalidad previa para el pago de las cotizaciones no significa que con ello se haya suministrado una asesoría adecuada, relacionada con las ventajas y desventajas de afiliarse a uno u otro régimen. Lo anterior

permite, entonces, dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

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 Ley 100 de 1993 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 rad. 88879 del 20 de octubre de 2021, la Corte Suprema en su Sala Laboral hace las siguientes observaciones, que se acompañan 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.”

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

Conceptos a trasladar.

De otro lado, en cuanto a la decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos, que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

De lo anterior debe indicarse que no es ello más que una consecuencia de la aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando

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

Y así fue concebida la pretensión tercera de condena, en punto a solicitar expresamente el traslado de aportes y demás conceptos a la administradora COLPENSIONES.

Dicha obligación de traslado ha sido considerada en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, que, aunque referidos al tema de la ineficacia del traslado, en lo sustancial puede aplicarse también a los eventos de la afiliación. Esto en el sentido de que el efecto de la ineficacia es volver las cosas a su estado anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Criterio que se ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las ya citadas, pero con mayor énfasis en otras como la SL 4964 de 2018 o la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, rememorada en las sentencias SL 5595 de 2021 y SL 1637 del 11 de mayo de 2022, en las que dijo expresamente lo siguiente, cambiando lo que haya que cambiar:

*“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, 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.
(...)”*

*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."*

Todo lo anterior sin que resulte procedente la declaratoria de prescripción toda vez que no se cumplen las condiciones para tal efecto según ha sido tratado en múltiples providencias como por ejemplo en la sentencia SL 2058 del 4 de mayo de 2022, rad. 89282:

"En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021)."

Además, tampoco puede hablarse de prescripción de los dineros descontados por concepto de cuotas de administración, seguros y reaseguros y fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que cualquier obligación que surja a cargo de la respectiva AFP, como ciertamente lo es la de restituir estos conceptos, se origina con la declaratoria de ineficacia del traslado que solo se produce con la ejecutoria de la sentencia, sumado al hecho de que tales conceptos están llamadas a integrar el capital indispensable para la consolidación y financiación de la prestación, y en consecuencia, al estar ligados de manera indisoluble con el estatus de pensionado, no pueden estar sometidas a la prescripción.

Por otro lado, debe advertirse que la orden dada a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. de trasladar los conceptos referidos en la sentencia de primera instancia anteriormente mencionados, deben incluir la respectiva ***indexación***, contrario a lo señalado por la apoderada de PORVENIR S.A., pero aclarando que dicha indexación se da sobre los conceptos de cuotas de administración, seguros previsionales y lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima, según lo ha indicado la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que además es procedente en tanto el proceso también se conoce en CONSULTA a favor de esta entidad.

En ese aspecto, dicha Corporación ha ordenado tal indexación y lo ha hecho en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara en las sentencias SL 3349-2021, SL359-2021 y SL3394-2022, en las que concluyó, entre otras cosas, que uno de los efectos de la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, es que *“... todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar.”*

Conforme a las ordenes anteriores, no se puede pasar por alto los reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL-843-2022, SL-755-2022 y SL-756-2022, en donde se impone a las AFP privadas la obligación de que junto con las sumas objeto de traslado, se entregue información donde los conceptos trasladados aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así pues, para esta Sala es válido que se exija una claridad en los valores y conceptos a devolver, por lo que se deberá confirmar las

condenas proferidas, reiterando que, al momento de efectuar el traslado de los diferentes valores a COLPENSIONES, todos los conceptos aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, tal y como lo señaló la juez.

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 (v. gr. SL 4211-2021 Rad. 85164), pues, no se trata aquí de disponer el retorno o devolución de los recursos a COLPENSIONES, donde ciertamente el demandante nunca estuvo afiliado, sino de disponer la transferencia de estos con base en el poder jurídico que a ella le otorga el ya varias veces citado artículo 271 de la ley 100, en el sentido de que al dejarse sin efectos la afiliación inicial, el afiliado podrá realizarla de nuevo en forma libre y espontánea.

Con base en lo anterior, la decisión de primera instancia será **CONFIRMADA**.

Las costas de esta instancia son a cargo de PORVENIR S.A. por no salir avante el recurso de apelación, y como agencias en derecho se tasan en la suma de \$1'160.000.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, el día 16 de junio de 2023, pero se **ACLARA** en el sentido que la orden dada a las AFP PORVENIR S.A. y

PROTECCIÓN S.A. en lo que respecta a la indexación, es frente a los conceptos de cuotas por administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes.

Costas como se dijo en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese por EDICTO.

Salvamento parcial de voto.



Radicado: 05001 31 05 018 2022 00055 01

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:

El 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.

A juicio de este servidor judicial, para resolver la 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 el trabajador se encontraba afiliado 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 el actor, no se encontraba previamente afiliado 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 nulidad o 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 acreditado 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 del 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 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.

En el presente asunto, es relevante que el actor, tuvo muchos años para haberse trasladado al RPM, aún en el caso que alguna persona hubiera impedido o atentado contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen pensional de prima media, entre el año 1997 que se afilió al RAIS y el cumplimiento de la edad de 52 años como límite para cambiar de régimen pensional transcurrieron muchos años.

De esta manera, la suscripción del formulario de afiliación sin vicio de error, fuerza o dolo, constituyó un acto jurídico válido, sin que exista prueba alguna en el plenario que persona alguna, natural o jurídica, hubiese atentado contra el derecho del 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 PORVENIR 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, por lo que es inadmisibles que quien escogió por primera vez el RAIS, después muchos años de ser potencial beneficiario de las prerrogativas de este régimen pensional, cuando ya están cerca a obtener la pensión de vejez, motivado en que dicha pensión en el RPM es de mayor valor pidan la ineficacia de su afiliación al RAIS.

Ahora en lo que tiene que ver con el monto de la pensión que obtendría el demandante en el régimen de prima media comparado con el que alcanzaría en el RAIS a la misma edad mínima de 62 años del RPM, en el año 1994 que el demandante se afilió al RAIS, nadie podía predecir si le resultaría más favorable 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 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 al 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 al actor, sobre las características del RPM, es decir los beneficios y perjuicios de la pertenencia a este régimen pensional, en comparación con el del 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 del actor.

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

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

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

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres

Magistrado

Sala Laboral

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Firma Con Salvamento De Voto

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: **592525e2c6c2df984cb94dbc1b8cdc432724f76d2cf119a65412395e3f22e8ff**

Documento generado en 10/11/2023 03:33:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>