



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, cuatro (4) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Demandante: NORA DEL SOCORRO TORRES IBARRA
Demandados: ACP COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.
y COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR -
COOCAFISA-
Radicado: **05001 31 05 011 2020 00214 01**
Sentencia: S-027

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 este acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver los **recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR -COOCAFISA- y COLPENSIONES**, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín el día 12 de julio de 2023.

De acuerdo con 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

NORA DEL SOCORRO TORRES IBARRA demandó a COLPENSIONES, a PORVENIR S.A., a COLFONDOS S.A. y a la COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR (COOCAFISA) pretendiendo, en primer lugar, que se condene a COOCAFISA a pagar el cálculo actuarial ante COLPENSIONES por los tiempos laborados, debiendo este fondo público liquidar las sumas actualizadas, de acuerdo con el salario devengado durante los periodos del **16 de octubre de 1986 al 30 de abril de 1994**, laborados con dicha Cooperativa.

Solicita además que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y como consecuencia, dice que se tiene la libertad de afiliarse al Régimen de Prima Media, y se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes en pensión realizados, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y los rendimientos que se hayan causado. Y que se condene a COLPENSIONES a que valide en los aportes en pensiones trasladados por PORVENIR S.A. e incorporarlos en la historia laboral.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 25 de noviembre de 1955, que cotizó un total de 1.254 semanas, que laboró en COOCAFISA por contrato a término fijo desde el 16 de octubre de 1986 al 15 de febrero de 1996, y con contrato a término indefinido entre los periodos del 16 de febrero de 1996 al 1° de enero de 1999. Indica que presentó derecho de petición frente a COOCAFISA solicitando el cálculo actuarial y no ha obtenido respuesta. Que se afilió a COLFONDOS S.A. mientras laboraba en el municipio de Anzá (Antioquia) y que actualmente se encuentra afiliada en PORVENIR S.A. Alega que al momento de afiliarse a COLFONDOS S.A. le indicaron que tendría una mejor pensión, que podría obtener su derecho antes de la edad, que el RPM iba a desaparecer y que la mesada pensional sería mayor; que antes de su afiliación no se le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría

afiliarse con estos o afiliarse con el régimen de prima media con prestación definida; que no le informaron de las consecuencias de la afiliación ni le dieron información de cada uno de los regímenes; que no le informaron acerca de las características del fondo privado ni de la posibilidad de ejercer el derecho de retracto; que el fondo accionado no le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado, por lo que no estuvo precedido de una libertad informada. Afirma que presentó derecho de petición ante COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., con respuestas del 10 de octubre de 2019 y 29 de octubre de 2019, respectivamente, y que el 11 de octubre de 2019 presentó formulario de afiliación ante COLPENSIONES el cual fue rechazado de plano.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES admite la fecha de nacimiento de la accionante, pero indica que no le constan los hechos que van dirigidos en contra tanto de PORVENIR S.A. como de COOCAFISA; acepta igualmente la solicitud de traslado, la cual fue rechazada. Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en razón a que carecen de sustento fáctico y jurídico. Como excepciones de mérito propone falta de causa para demandar, inexistencia de la obligación de liquidar el cálculo actuarial, inexistencia de la obligación de reconocer periodos no cotizados por el empleador, inexistencia de la obligación de aceptar la vinculación al RPM, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensión, prescripción, compensación, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

PORVENIR S.A. en su contestación manifiesta que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante, tampoco el vínculo laboral sostenido con COOCAFISA, ni los hechos que van dirigidos en contra de COLFONDOS; no es cierto que no se le brindara información suficiente sobre las características del fondo y la posibilidad de retracto al momento de efectuarse el traslado a esta entidad; y que es cierto que

la actora presentó derecho de petición frente al fondo, así como la respuesta que se le dio. Se opone a las pretensiones en las que se encuentra vinculado, ya que la afiliación de la demandante fue realizada de forma libre e informada después de haber sido asesorada sobre las implicaciones de su decisión. Propuso como excepciones de mérito prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

COLFONDOS S.A. expone que no le consta la fecha de nacimiento de la actora, ni le constan los hechos que van dirigidos contra terceros; señala que es cierta la respuesta al derecho de petición presentado ante este fondo; no es cierto que no se le brindó información suficiente y completa sobre las características del fondo, pues se le habló e informó sobre las consecuencias del traslado de régimen, lo que respecta al régimen de transición y de la posibilidad de ejercer el derecho de retracto al momento de efectuarse el traslado. Se opuso a las pretensiones en las que este se encuentra vinculado. Y propone como excepciones inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación y pago.

Por último, la COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR – COOCAFISA, manifiesta que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante por ser ajena a la entidad; que es cierta la relación laboral sostenida con la actora y las fechas en que la misma laboró para la Cooperativa, señalando que en el municipio de Anzá donde laboraba la demandante, no había cobertura del Seguro Social ni autorización para inscribir a los trabajadores, en consecuencia, no existió la obligación de afiliación y cotización de aportes a pensión, es decir, no existió negligencia u omisión o error alguno por parte de la Cooperativa, pues su actuar se sujetó a la reglamentación que en este sentido ordenó el Seguro Social; que a partir del 08 de abril de 1994 se realizaron las respectivas cotizaciones al subsistema de pensión, al Fondo de

Pensiones Obligatorias – INVERTIR – Futuro Pensiones, tal y como puede observarse en las pruebas documentales allegadas con la demanda; y que no le constan los hechos que van dirigidos en contra de los fondos privados y Colpensiones. Se opuso a la pretensión respecto de la condena al reconocimiento y pago del cálculo actuarial y la liquidación de las sumas actualizadas, enfatizando que en el lugar de trabajo de la demandante no había cobertura del Seguro Social ni autorización para inscribir a los trabajadores. Planteó como excepciones prescripción, falta de cobertura del ISS en el municipio de Anzá, imposibilidad de inscribir a los trabajadores y buena fe.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

COOCAFISA presenta demanda de reconvención en contra de la señora NORA DEL SOCORRO TORRES IBARRA, pretendiendo se DECLARE que en su calidad de trabajadora y obligada a contribuir en la cotización o aporte por concepto de pensión, debe concurrir con el pago del 25% de la reserva actuarial a la que sea condenada esta Cooperativa y, consecuentemente, que se le ordene el pago de las costas procesales de la demanda reconvención.

Expone como fundamento de las anteriores peticiones, que el 16 de octubre de 1986, COOCAFISA celebró contrato de trabajo a término fijo con la actora para desempeñarse como Auxiliar del Punto de Servicio de compras de café Anzá, el cual finalizó el 15 de febrero de 1996; que desde el 8 de abril de 1994 se realizaron las cotizaciones obligatorias al subsistema de pensión, específicamente a la AFP INVERTIR; que la finalización de la relación contractual se realizó por parte de la Cooperativa, en la cual se realizó liquidación final de prestaciones sociales y se pagó a conformidad de la parte demandante; que COOCAFISA no adeuda ningún valor a la demandante, ni se omitió la afiliación de la misma al ISS, pues en el periodo comprendido entre la fecha de inicio de la relación laboral hasta el 07 de abril de 1994, no había cobertura del Seguro Social, ni autorización para inscribir

trabajadores; y que entre estos periodos, la demandante recibía su salario sin ningún tipo de descuento por concepto de cotización a pensión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

NORA DEL SOCORRO TORRES IBARRA manifiesta que es cierto que recibía su salario sin ningún tipo de descuento desde el 16 de febrero de 1986 al 07 de abril de 1994; que no es cierto la fecha en la cual se iniciaron las cotizaciones al sistema, como tampoco el pago de la liquidación de las prestaciones sociales a la finalización de la relación laboral; que se debe demostrar la inexistencia de cobertura en el municipio de Anzá; frente a los demás hechos, manifiesta que no tienen esta naturaleza, pues son apreciaciones jurídicas realizadas por el apoderado. Se opone a todas y cada una de las pretensiones, indicando que no está en la obligación de contribuir en la cotización por concepto de pago de pensión de cálculo actuarial, pues es el empleador el que debe asumir el riesgo pensional de sus empleadores. Propone como excepciones de mérito buena fe, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 12 de julio de 2023, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Medellín,

- i) **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual;
- ii) **ORDENÓ** a PORVENIR S.A. que proceda a devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, porcentaje cobrado por comisiones, 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 con cargo a sus propios recursos a COLPENSIONES;

- iii) **CONDENÓ** a COLFONDOS S.A. trasladar el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos;
- iv) **ORDENÓ**, que al momento de cumplir la orden los conceptos deberán aparecer discriminados con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique;
- v) **ORDENÓ** a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante, sin solución de continuidad y actualizando la historia laboral;
- vi) **CONDENÓ** a COOCAFISA a reconocer y pagar los aportes a pensión a favor de la demandante en los periodos del 16 de octubre 1986 al 31 de diciembre de 1991, previo cálculo actuarial realizado por COLPENSIONES, y los periodos del 1º de abril de 1992 al 30 de abril de 1994; del 1º de marzo al 31 de octubre de 1995; febrero y diciembre de 1996; 22 días del mes de mayo de 1994; 12 días de junio de 1994; 8 días de julio de 1994; 12 días de agosto de 1994, y 8 días de septiembre de 1994, junto con los intereses moratorios del artículo 23 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta los IBC señalados;
- vii) **ABSOLVIÓ** a la demandante de la demanda de reconvención Y,

- viii) **CONDENÓ** en costas a la AFP PORVENIR S.A y la Cooperativa COOCAFISA en la demanda principal, y a COOCAFISA en la demanda de reconvención.

DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la anterior decisión, **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la condena i) por los conceptos a trasladar, ya que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 resalta que estos descuentos se realizan con base a un mandato legal, además, el literal b del artículo 113 de la Ley 100, menciona cuáles son los valores que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen al igual que lo manifiesta la Superfinanciera, lo que impide que se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas, pues las mismas no están destinadas a financiar la pensión del afiliado, no entran a ser parte integral de la pensión, por lo que se generarían un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES y un detrimento patrimonial para el fondo privado. ii) Que no procede el retorno del seguro previsional, ya que la aseguradora es un tercero de buena fe, el cual mantiene la cobertura durante la vigencia de la póliza, y que no procede la condena indexada, ya que ésta es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la pérdida de valor, lo cual se compensa con los rendimientos generados.

COLFONDOS S.A. pide revocar la sentencia i) pues los dineros descontados se efectúan por disposición legal y no por capricho de la entidad; que todos estos dineros descontados tienen una destinación específica, ya que las cuotas de administración son para garantizar la defensa judicial del fondo, el otro para la compra de los seguros de invalidez y sobrevivencia para ser amparada por los riesgo de invalidez y muerte, las cuales cumplen su especificación, y que al realizar inversiones el fondo genera rendimientos, siendo la de este fondo la mayor del mercado y mucho mayor a la que genera Colpensiones; que el retornar los gastos de administración a COLPENSIONES genera un enriquecimiento sin justa causa, máxime que estos dineros sumados a

los seguros previsionales, no son porcentajes que conforman la pensión de vejez en el RPM y que están en manos de terceros; que estos valores se tratan de conceptos de tracto sucesivo causados en una periodicidad que requiere la ley, por lo cual, *ii)* si estos no se reclamaron en los 3 años siguientes, se encuentran prescritos, además de que no fue solicitado en la demanda violándose el derecho de defensa y contradicción. *iii)* Que no es posible ordenar la indexación, ya que los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la actora, son superiores a los que se pudieron generar en COLPENSIONES.

COOCAFISA en su recurso manifiesta que *i)* se debe tener en cuenta que con la Resolución 831 de 1966 se impuso la obligación de inscribir a los trabajadores desde el 1° de enero de 1967, sin embargo, no se tuvo en cuenta que esta obligación se creó frente a los empleadores de las cajas seccionales de los Seguros Sociales de Antioquia, Cundinamarca, Quindío y Valle del Cauca, y que la obligación únicamente surgió a partir de la aprobación del reglamento de inscripciones, aportes y recaudos para los seguros de vejez, invalidez y muerte, por lo que una vez este fue notificado se inscribieron de manera diligente y de buena fe a los trabajadores que laboraban en la cooperativa, razón por la cual la obligación de pagar de forma retroactiva del cálculo actuarial desde 1986 hasta 1994, no puede hacerse efectiva. *ii)* Que no se tuvo en cuenta la previsión que dispone la irretroactividad de la afiliación y de la inscripción, el decir que solo rige hacía el futuro, por lo que no se puede condenar a reconocer de forma retroactiva el cálculo actuarial. *iii)* Que se estaba en una imposibilidad jurídica y material de realizar la afiliación de la actora al Seguro Social, por lo que no se debían realizar esos aportes. *iv)* Pero, si se considera que se debe ordenar el cálculo actuarial, se debe tener en cuenta el pago de forma solidaria entre la trabajadora y la empresa en los porcentajes que ordena el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, es decir 75% a cargo de esta parte y 25% a cargo de la demandante, y que se debe revocar la condena por intereses moratorios, siguiendo la suerte de lo principal.

Por último, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia, con el fin de que i) se revoque la condena de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación inicial, pues la actora no estuvo afiliada con anterioridad al ISS y se realizó de forma horizontal algunos traslados en el RAIS, realizados de forma libre y espontánea tal como se pudo constatar en el curso del proceso; señala, ii) además, que si la actora pretendía el traslado al RPM, debió hacerlo en el tiempo indicado en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; y iii) que no se le debe condenar en costas, pues es un tercero ajeno a lo celebrado entre las partes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el respectivo traslado, la parte **DEMANDANTE** solicitó que se confirme la sentencia de primer grado en razón a que la actora se vinculó inicialmente con PORVENIR S.A. por lo que esta administradora tenía la obligación de brindar una información necesaria y transparente al momento de la afiliación al fondo, lo cual no fue probado en el proceso; que en caso de revocarse la decisión, debe tenerse en cuenta que el formulario de afiliación no fue diligenciado por la demandante, sumado a que esto no desliga al fondo privado de sus obligaciones. Y que se debe confirmar en lo que tiene que ver con la orden impuesta a COOCAFISA de reconocer y pagar los aportes en pensión a favor de la demandante por los periodos reconocidos por el juez de primera instancia.

PORVENIR S.A. argumenta que no hay lugar a la declaratoria de nulidad del acto jurídico de traslado, pues no se alegó ni probó las circunstancias establecidas en el artículo 1741 del Código Civil, ni las del artículo 271 de la Ley 100 de 1993; que el formulario de afiliación suscrito por la demandante es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del CGP, y que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; que no puede condenarse a restituir al afiliado los rendimientos financieros y

primas de seguros previsionales, pues el acto jurídico celebrado produjo los efectos pretendidos, y si se considera que la falta al deber de información constituye una causa para que el traslado de régimen no produzca efectos, no se puede ordenar el traslado de los rendimientos, en razón a que no se probó la mala fe por parte del fondo, razón por la cual solo se podría ordenar el traslado de los rendimientos equivalentes a la tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de vejez, invalidez y sobrevivencia. Que si se condena a reintegrar la totalidad de los rendimientos, se autorice a PORVENIR S.A. a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar debido a que se generaron rendimientos financieros, por lo que tampoco hay lugar a la condena de indexar cualquier suma de dinero.

COOCAFISA indica que la demandante si bien laboró para la cooperativa mediante contrato de trabajo en el municipio de Anzá, debe señalarse que no había cobertura del Seguro Social ni autorización para inscribir a los trabajadores de esa época, sumado a que la naturaleza de la entidad es una asociación sin ánimo de lucro y de derecho privado, y nunca adquirió la calidad de ser una entidad de previsión social, por lo que para ese momento no existía la obligación de afiliación y cotización de aportes a pensión, afirmando que su actuar se sujetó a la reglamentación ordenada por el ISS, obligación que no se generó mientras estaba vigente el contrato de trabajo de la actora. Expone que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, se indicó que, si el empleador tenía una imposibilidad jurídica y material de realizar la inscripción del trabajador a los seguros sociales obligatorios, estimando que sería inconstitucional dicha decisión y afectaría también sus derechos fundamentales al calificarlo de omisivo e imputarle responsabilidad estatal a la administradora.

COLPENSIONES expone que se deben considerar las implicaciones económicas y administrativas que generan estas sentencias; que se debe tener en cuenta que la parte actora tuvo la voluntad de poder trasladarse de un régimen a otro; que la información suministrada por

la AFP y el alcance de la misma debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario, considerando esta parte que no es válido imponer a estas administradoras soportes de información que no existían al momento de la afiliación, violando gravemente el derecho al debido proceso de COLPENSIONES, pues sin haber participado en el acto debe asumir la carga de la prestación afectando la sostenibilidad financiera del sistema, y poniendo en riesgo el derecho a la seguridad social de los afiliados; y que no se debe condenar en costas en esta instancia a la entidad, pues no ha realizado actuaciones omisivas ni contraria a derecho.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar los recursos de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., COOCAFISA y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES, en los asuntos no recurridos, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se encuentran los siguientes:

- i)** Que la Sra. NORA DEL SOCORRO TORRES IBARRA nació el 25 de noviembre de 1955¹;
- ii)** Que laboró con la COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR bajo un contrato a término fijo en las siguientes fechas:
 - 16 de octubre de 1986 al 31 de marzo de 1987²
 - 1º de abril de 1987 al 20 de noviembre de 1987

¹ Folio 5 de los anexos de la demanda.

² Folios 58, 94, 108 y 150 de la contestación de COOCAFISA

- 21 de noviembre de 1987 al 20 de marzo de 1988³
- 21 de marzo de 1988 al 19 de octubre de 1988
- 20 de octubre de 1988 al 19 de marzo de 1989⁴
- 20 de marzo de 1989 al 26 de mayo de 1989
- 27 de mayo de 1989 al 11 de agosto de 1989⁵
- 12 de agosto de 1989 al 30 de octubre de 1989
- 1º de noviembre de 1989 al 30 de marzo de 1990⁶
- 1º de abril de 1990 al 4 de octubre de 1990
- 5 de octubre de 1990 al 31 de marzo de 1991⁷
- 1º de abril de 1991 al 15 de octubre de 1991
- 16 de octubre de 1991 al 31 de diciembre de 1991
- 1º al 3 de abril de 1992
- 4 de abril de 1992 al 28 de junio de 1992⁸
- 29 de junio de 1992 al 30 de septiembre de 1992
- 1º de octubre de 1992 al 31 de marzo de 1993⁹
- 1º al 2 de abril de 1993
- 3 de abril de 1993 al 26 de septiembre de 1993¹⁰
- 27 al 30 de septiembre de 1993
- 1º de octubre de 1993 al 28 de febrero de 1994¹¹
- 1º de marzo de 1994 al 30 de abril de 1994
- 21 de mayo de 1994 al 27 de septiembre de 1994¹²
- 6 de octubre de 1994 al 28 de febrero de 1995¹³
- 1º al 29 de marzo de 1995
- 31 de marzo de 1995 al 30 de septiembre de 1995¹⁴
- 1º al 8 de octubre de 1995
- 9 de octubre de 1995 al 31 de enero de 1996¹⁵

³ Folios 66, 92 y 145 de la contestación de COOCAFISA

⁴ Folios 61 y 116 de la contestación de COOCAFISA

⁵ Folio 127 de la contestación de COOCAFISA

⁶ Folios 46 y 114 de la contestación de COOCAFISA

⁷ Folios 49 y 125 de la contestación de COOCAFISA

⁸ Folios 74 y 129 de la contestación de COOCAFISA

⁹ Folio 122 de la contestación de COOCAFISA

¹⁰ Folio 42 y 97 de la contestación de COOCAFISA

¹¹ Folios 40 y 118 de la contestación de COOCAFISA

¹² Folios 71 y 100 de la contestación de COOCAFISA

¹³ Folios 80 y 104 de la contestación de COOCAFISA

¹⁴ Folio 110 de la contestación de COOCAFISA

¹⁵ Folios 63 y 88 de la contestación de COOCAFISA

- 1º al 15 de febrero de 1996
- iii) Que laboró con la COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR bajo un contrato a término indefinido del 16 de febrero de 1996 hasta el 30 de junio de 1999¹⁶;
- iv) Que el 11 de noviembre de 1994¹⁷ se afilió a la AFP INVERTIR la cual fue fusionada con la AFP HORIZONTE S.A.;
- v) Que el 23 de julio de 1999¹⁸ suscribió formulario de afiliación ante COLFONDOS S.A.,
- vi) Y que el 13 de enero de 2001¹⁹ se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., entidad en donde actualmente se encuentra afiliada.

Los temas objeto de apelación y en consulta a favor de COLPENSIONES, se analizará en el siguiente orden: **1)** la ineficacia de la afiliación inicial; de proceder la misma, se estudiará, **2)** la consecuencia jurídica de ésta; **3)** la condena impuesta a la COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR correspondiente al cálculo actuarial del período comprendido entre el 16 de octubre de 1986 al 31 de diciembre de 1991, **4)** el porcentaje que corresponde pagar a la entidad y si debe participar el ex trabajador en el pago de dicho cálculo actuarial; **5)** los intereses moratorios reconocidos sobre los períodos faltantes en la historia laboral; **6)** La imposición o no de costas en contra de COLPENSIONES.

1) Ineficacia de la afiliación inicial

Lo primero que debe precisarse, es que 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

¹⁶ Folios 83 a 87 de la contestación de COOCAFISA

¹⁷ Folio 174 de la contestación de COOCAFISA y 66 de la contestación de PORVENIR S.A.

¹⁸ Folios 44 de los anexos de la demanda.

¹⁹ Folio 14 de los anexos de la demanda y 68 de la contestación de PORVENIR S.A.

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 de una trabajadora que apenas se incorpora a la fuerza económicamente activa.

Se tiene entonces, que 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

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 afiliar a la señora NORA DEL SOCORRO TORRES IBARRA sin solución de continuidad, así como a PORVENIR S.A. a trasladar el capital y rendimientos, 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 de la demandante, quien, en resumen, manifestó que se trasladó a COLFONDOS S.A. manifestando que llegó un funcionario que laboraba de COOCAFISA el cual le indicó que la iban a afiliar a un fondo y que solo debía firmar, lo cual efectuó; que al momento de la afiliación no le brindaron información sobre las características del RAIS, ni sobre las formas de acceder al derecho pensional; que el trasladó a PORVENIR

S.A., obedeció a la llegada de un asesor del fondo a su lugar de trabajo, el cual le mencionó que este fondo era mucho mejor, que se pensionaría más rápido y con una mesada superior que en el RPM, pero no le explicó las ventajas y desventajas del régimen, como tampoco el funcionamiento del mismo.

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 COLFONDOS S.A., se observa claramente cómo estas entidades son persistentes, reiterativas y pertinaces en alegar que a la 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 una serie de expresiones a través de las cuales afirman categóricamente que en el caso de la demandante, dichas entidades cumplieron 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 de los Fondos – PORVENIR S.A. y COLFONDOS - en tanto tal cual lo tiene dicho pacíficamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le incumbe a las respectivas 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 SL12136 de 2014, SL17595 de 2017, SL1421 de 2019, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019, SL2611 de 2020, SL1741 de 2020, SL1741 de 2021, SL3537 de 2021 o la SL1055 del 2 de marzo de 2022 y la SL2058 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 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.

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 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.”

En consecuencia, en este puntual aspecto se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada en primera instancia, pero por las anteriores razones.

2) Conceptos a trasladar

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, tema cuestionado en el recurso de apelación por PORVENIR S.A. y

COLFONDOS S.A., 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 de la afiliación, 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 quinta, en punto a solicitar expresamente el traslado de aportes y rendimientos 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 COLFONDOS de trasladar los conceptos referidos en la sentencia de primera instancia anteriormente mencionados, deben incluir la respectiva **indexación**, 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 confirmarán 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 el 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 la demandante nunca estuvo afiliada, 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, la afiliada podrá realizarla de nuevo en forma libre y espontánea.

3) calculo actuarial a cargo de COOCAFISA

Para resolver la inconformidad de la Cooperativa demandada, debe recordarse que antes de la creación y puesta en marcha del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, originalmente los artículos 193 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo, en consonancia con lo previsto en la Ley 90 de 1946 que estableció el seguro social obligatorio en Colombia, habían dispuesto la transitoriedad de las pensiones de jubilación, prestación que dejaría de estar a cargo de los empleadores cuando el Seguro Social asumiera el riesgo correspondiente. Esta última circunstancia sucedió, en principio, con la expedición del Decreto 3041

del 19 de diciembre de 1966 - o Reglamento General de los Seguros de IVM -, en virtud del cual el Seguro Social asumió el riesgo de vejez en sustitución de las pensiones de jubilación que correspondían a los empleadores, lo que se dio en un comienzo sólo en determinadas zonas del país, con posterior extensión gradual de la cobertura.

Con la ley 100 de 1993 en virtud de la adopción en Colombia del nuevo esquema de seguridad social integral, vino a instituirse la figura del Bono Pensional, o más concretamente, en lo que interesa a este caso, del título pensional, que corresponde al cálculo actuarial que están obligados a trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas o empleadores del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones de la ley 100 de 1993, efectuaban directamente el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con los trabajadores que seleccionen el Régimen de Prima Media.

Lo anterior es coherente con el artículo 115 de la misma Ley 100 de 1993 que describe el bono pensional como aquel aporte destinado a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones, a los cuales tienen derecho los afiliados que reúnan los siguientes requisitos: **a)** quienes hubieren efectuado cotizaciones al ISS o a las cajas o fondos de previsión del sector público; **b)** quienes hubiesen estado vinculados como servidores públicos al Estado o a sus entes descentralizados; **c)** quienes estuvieren vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tenían a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones, y **d)** los que hubieren estado vinculados a Cajas Previsionales del sector privado o que tuvieran a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

Particularmente el ordinal c) acabado de reseñar, se entiende en concordancia con lo normado en el literal f) del artículo 13 de la pluricitada ley 100 de 1993, en armonía con el literal c) del artículo 33 en cuanto prescribe que para aquellos efectos, con miras a adquirir el

derecho a la pensión de vejez de que trata dicha ley, se tendrá en cuenta *"El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tiene a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente ley"*.

Esta exigencia se corrobora con el artículo 1º del Decreto 1887 de 1994, que reglamentó lo concerniente a la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial que deberán trasladar al Instituto de Seguros Sociales las empresas empleadoras del sector privado que, con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, en relación con sus trabajadores que seleccionen el RPM con prestación definida, solo a favor de los trabajadores cuyo contrato de trabajo estuviere vigente al 23 de diciembre de 1993, o se hubiere iniciado con posterioridad a dicha fecha. (Sobre este punto la Sala volverá más adelante).

En el caso concreto de la COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR -COOCAFISA- se infiere que la falta de afiliación al sistema no fue necesariamente por incuria propia, sino porque no estaba obligada a hacerlo, tal y como lo expone la apoderada en el recurso de apelación y en la contestación de la demanda, ya que, en realidad, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales apenas vino a ser obligatoria a partir del 1º de enero de 1967 en ciudades principales, e incluso en otros casos, nunca realizó tal llamamiento hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; no obstante, en aquellas zonas en las cuales no se hizo efectiva la afiliación obligatoria de los trabajadores al ISS, continuaba rigiendo la regla anterior conforme a la cual era el empleador el directo responsable del reconocimiento de las respectivas pensiones siempre que se reunieran los requisitos exigidos en el sistema del código, que para el evento de la jubilación, consistían en el cumplimiento de 20 años continuos o discontinuos al servicio de ese empleador y 55 años de edad en el caso de los hombres, o 50 en el de las mujeres.

En eventos como el del sub lite, la jurisprudencia ha adocinado en diversos pronunciamientos, que aun cuando la falta de afiliación obedezca a la ausencia de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, o a la actividad social de la empresa, o bien a la zona en que se presta el servicio o incluso, por falta de implementación para la inscripción al sistema, en todo caso se causa la obligación de reconocer y pagar el cálculo actuarial como mecanismo suficiente para lograr la financiación de la prestación que corresponda.

Ahora. Advierte la Sala que el literal c) del artículo 33 de la ley 100/93, refiere el pago del cálculo actuarial a la entidad que administra el sistema de seguridad social en pensiones **“siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la ley 100/93”**, punto que considera la Sala, en caso de no presentarse, no libera al empleador del traslado del título pensional al ente de seguridad social. Así lo ha establecido la CSJ en sentencias como la SL3892 de 2016 en la que se indicó:

“Así las cosas, fuerza concluir por la Sala que el empleador debe reconocer esos tiempos de servicios con el valor correspondiente del cálculo actuarial, en los términos del literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, el cual se mantuvo igual luego de la reforma introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, sin que deba tenerse en cuenta si el contrato de trabajo estaba vigente o no a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, puesto que esta condición atenta contra los derechos adquiridos, reconocidos no solo de manera genérica en el artículo 58 de la Constitución, sino de forma específica en cuanto a la seguridad social con la reforma introducida al artículo 48 ibídem por el A.L. 01 de 2005, cuando señala que «en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos». Además, que esta reforma añadió al contenido normativo del artículo 48 superior el principio de efectividad de las cotizaciones y los tiempos laborados.”.

Aplicando lo dicho al presente caso, se concluye que la señora NORA DEL SOCORRO TORRES IBARRA cumplía los requisitos en cuestión para el traslado del cálculo actuarial a COLPENSIONES, puesto que para el

período comprendido entre el *16 de octubre de 1986 al 31 de diciembre de 1991*, le correspondía al empleador COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR -COOCAFISA- asumir el pago de las prestaciones, lo cual incluye, obviamente, efectuar las reservas o provisiones del caso, sin que sea necesario entonces corroborar o exigir la vinculación laboral con esa sociedad al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, o con posterioridad a esa fecha.

En lo que se refiere a la aplicación del principio de irretroactividad de la ley, la jurisprudencia laboral ha definido este tema en concreto en sentencias como la SL 3892 del 2 de marzo de 2016, Rad. 45.209; la SL 2049 del 12 de mayo de 2021, rad. 81558 o la SL 2603 del 16 de junio de 2021, rad. 86.469, de la cual se extraen los siguientes apartados:

“Tampoco resultan de recibo los reproches de la recurrente en cuanto a que se dio aplicación retroactiva a las normas de la Ley 100 de 1993 para un contrato terminado antes de su entrada en vigencia o, en todo caso, antes del llamado de inscripción obligatoria al Instituto de Seguros Sociales para el sector de la industria del petróleo.

Sobre este punto, se ha sostenido que la circunstancia de que el contrato de trabajo no hubiera estado vigente para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no resulta relevante ni trascendente para la aplicación de la solución brindada por esta normatividad a este tipo de eventos, en cuanto a tener en cuenta tiempos laborados y no cotizados por falta de cobertura, a través de un cálculo actuarial.

En efecto, la Sala sostuvo en la sentencia CSJ SL2138- 2016 que «ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral», consideraciones que han sido reiteradas más

recientemente en las sentencias CSJ SL3995-2019 y CSJ SL2584-2020.

De esta forma, la Corte reitera el criterio que ha venido sosteniendo para controversias de similares dimensiones, sobre pago de aportes por tiempos laborados sin cobertura del ISS anteriores a la Ley 100 de 1993, máxime que la censura no expone razones diferentes y de peso que impongan una modificación o rectificación jurisprudencial, tal como lo pretende."

Así pues, una vez aceptada la relación laboral con COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR -COOCAFISA- y verificada la falta de afiliación y de pago de los aportes correspondientes derivados de la actividad laboral desarrollada por la demandante a su servicio, surge para éste último el derecho al pago del título pensional que se ha entendido como aquel cálculo actuarial que están obligados a trasladar las empresas o empleadores del sector privado que hubieren omitido la afiliación de sus trabajadores al Sistema General de Pensiones, sin importar que no hubiere cobertura, pues, en defecto de ello, eran ellas las encargadas de asumir los riesgos de manera directa, todo con la finalidad de financiar las prestaciones reconocidas en el Sistema.

Luego entonces, se mantendrá la sentencia de primera instancia, en cuanto se le ordenó a COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR -COOCAFISA-, pagar a COLPENSIONES y a favor de la demandante, el cálculo actuarial correspondiente al período comprendido entre el *16 de octubre de 1986 y el 31 de diciembre de 1991* y a COLPENSIONES tener en cuenta ese tiempo en el cómputo total de semanas cotizadas.

De acuerdo a lo anterior, deberá tenerse en cuenta el contenido del párrafo 1º del artículo 9º de la ley 797 de 2003, según el cual, *"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"

Es decir, para que las semanas que corresponden al título pensional que debe pagar COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR - COOCAFISA-, cuyo cálculo debe ser elaborado por la propia COLPENSIONES, puedan ser incluidas como válidas en el historial de cotizaciones, debe ser recibido a satisfacción por la entidad.

4) Participación en el pago del cálculo actuarial.

Debe señalarse, que el parágrafo 1º 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.

De esta manera lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL-2584 de 2020, SL-673 de 2021, reiteradas en la sentencia SL-244 de 2023, en la cual manifestó:

"...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...».

Por lo anterior, no es de recibo los argumentos expuestos por la apoderada de la COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR - COOCAFISA- en su recurso, debiéndose **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia en tal sentido y en los términos dispuestos por el juez.

5) Intereses moratorios

En lo que se refiere a la inconformidad respecto a la condena por intereses moratorios del artículo 23 de la ley 100 de 1993 impuesta por el juez, debe indicar la Sala que como lo dispone la norma ante la no consignación dentro de los plazos señalados de los aportes se “generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios.”, por lo que habrá de **CONFIRMARSE** esta condena en contra de la COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR -COOCAFISA-, toda vez que existe un retardo del pago de los períodos del 1º de abril de 1992 al 30 de abril de 1994, del 1º de marzo al 31 de octubre de 1995, febrero y diciembre de 1996; 22 días de mes de mayo de 1994, 12 días de junio de 1994,

8 días de julio de 1994, 12 días de agosto de 1994, y 8 días de septiembre de 1994, los cuales no figuran en la historia laboral de la demandante.

6) Costas procesales

En innumerables providencias se ha dejado claro que nuestra ley procesal, ha consagrado en esta materia el criterio objetivo, es decir, que las costas corren en todo caso a cargo del vencido en juicio, sin que sea admisible tener en consideración la conducta asumida por las partes dentro del mismo, es decir, sin considerar si se actuó o no de buena fe, ya que sólo basta con el hecho de haber resultado vencido en juicio para que se imponga tal condena, y en el presente caso, COLPENSIONES al no salirle favorable el recurso de apelación, debe entenderse como una parte vencida, y por tal razón se le condenará en costas en esta instancia.

En consecuencia, la decisión de primera instancia deberá ser **CONFIRMADA.**

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y COOCAFISA, por no salir favorable los recursos de apelación, y como agencias en derecho se tasa la suma de \$1.300.000, dividido en parte iguales para cada una.

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:

CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Medellín el día 12 de julio de 2023.

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

Salvamento de voto parcial.

Radicado: 05001 31 05 011 2020 00214 01

FRANCISCO ARANGO TORRES, magistrado de la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, presento SALVAMENTO PARCIAL 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.

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.”

De otra parte, 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.”

Igualmente, 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 con 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 ineffectividad, 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 a la actora, se le hubiera impedido afiliarse al régimen pensional de prima media, pues bien había podido rechazar la sugerencia de afiliación al RAIS, 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 PORVENIR S.A. atentó contra el derecho a la libre afiliación y selección del régimen pensional, o le impidió escoger libremente el RPM.

En el presente asunto, es relevante que la actora, tuvo largos 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 1994 que se afilió al RAIS y el cumplimiento de la edad de 47 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, 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

PORVENIR S.A., en cumplimiento esta solemnidades que legalmente se exigía en el momento.

No sobra manifestar que quienes se afilian al RAIS, objetivamente les representa algunas ventajas frente a quienes a 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 el en 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 la RAIS.

Y es que declarar la ineficacia de la primera afiliación al RAIS, por una presunta falta de asesoría, implicaría que quien se haya afiliado por primera vez al RPM, 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, 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.

Sobre la improcedencia 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 a la 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, e lo relativo a la declarar de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues considero que debió ser revocada, para en su lugar absolver a las demandadas de todas las pretensiones de la actora.

Finalmente, no sobra advertir, que comparto la sentencia de segunda instancia, respecto de la condena impuesta a la COOPERATIVA DE CAFICULTORES DE SALGAR -COOCAFISA-, a pagar el cálculo actuarial a favor de la demandante y las cotizaciones en mora con sus intereses.

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: 52935125fca412d3a5be9bd5b812722f8a0bac3df630d52b7ed8d2f1feef0362

Documento generado en 04/03/2024 10:52:53 AM

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