



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Demandante: ROMELIA NANCLARES VÉLEZ
Demandados: ACP COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 009 2022 00544 01
Sentencia: S-062

AUTO

En atención a la escritura pública 1246 del 24 de julio de 2023 allegada al expediente, en la que se otorga poder general para representar a la ACP COLPENSIONES a la sociedad UNION TEMPORAL FUERZA LEGAL TÉCNICA, se le reconoce personería como apoderada judicial a la Dra., ALEJANDRA HERNÁNDEZ SEPÚLVEDA T.P. 233.946 del C. S. de la Judicatura. Y se accede a la sustitución de poder presentada por la referida apoderada, a favor del Dr. ROQUE ALEXIS ORTEGA CORREA portador de la T.P. N° 209.067 del C. S. de la Judicatura, a quien se le reconoce personería judicial para actuar en los mismos términos que la apoderada principal.

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 el **recursos de apelación** interpuestos por la **AFP PORVENIR S.A.**, al igual que el **grado jurisdiccional de Consulta** a

favor de **COLPENSIONES**, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín el día 02 de octubre 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

ROMELIA NANCLARES VÉLEZ demando a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se **DECLARE** la **ineficacia de la afiliación** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS–.

Como consecuencia, solicita se le **AUTORICE** afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones con sus respectivos rendimientos sin que pueda descontar valor alguno, y a COLPENSIONES a recibir dicho capital y autorice su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

LOS HECHOS

Expone, como fundamento de sus peticiones, que nació el 4 de abril de 1961; que inició cotizaciones a PORVENIR S.A. desde el mes de julio de 2002, donde se halla actualmente afiliada; expone que en una visita de un asesor, se le indicó que en el fondo privado podría pensionarse a la edad que quisiera, con un mayor valor pensional, advirtiéndole sobre la desaparición del fondo público; que no se le informó acerca de las diferencias entre el RAIS y el RPM, ni la forma de pensionarse en cada régimen; que no se le proporcionó información sobre cómo obtener una pensión anticipada, ni se le entregaron cuadros comparativos o proyecciones pensionales; que antes de cumplir 47 años, no recibió

notificación sobre la última oportunidad que tenía para cambiarse al régimen más favorable. Agrega que en septiembre de 2022 solicitó información sobre su situación pensional, y le informaron que solo tenía derecho a una devolución de saldos. Indicó que no le fueron explicadas al momento de la afiliación ni durante su permanencia las variables para calcular la pensión, y que en un intento por afiliarse a COLPENSIONES mediante reclamación el 29 de noviembre de 2022, la entidad le manifestó la prohibición de traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES admite que le negó a la actora el traslado a dicho fondo y expone que esta nunca estuvo vinculada a la entidad. Indica que los demás hechos son apreciaciones de la demandante, o bien que no le constan por tratarse de situaciones ajenas a Colpensiones. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de la demandante a Colpensiones, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

PORVENIR S.A. en su contestación, admite como cierta la fecha de nacimiento de la demandante y su afiliación a Porvenir, donde inició cotizaciones. Indica que al momento de la afiliación el asesor se encontraba plenamente apto para realizar la debida asesoría y que no se puede desconocer los deberes propios de los consumidores. Asegura que la entidad sí brindó una asesoría integral, explicando la proyección pensional para el momento de la solicitud, la cual no puede entenderse como su situación pensional definitiva, ya que dependería de variables que se determinarían una vez le fuera reconocida la pensión. Frente a los demás hechos, indica que no son ciertos, pues a la actora sí se le explicaron los requisitos y beneficios del RAIS, de conformidad con la Ley 100 de 1993, desmintiendo la falta de información. Se opuso a

todas y cada una de las pretensiones, y propuso como excepciones buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS e enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 02 de octubre de 2023, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, tomó las siguientes decisiones:

DECLARÓ ineficaz la afiliación realizada por la demandante al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. y en consecuencia **DECLARÓ** que se encuentra afiliada al RPM administrado hoy por COLPENSIONES;

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con los correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses. Y con cargo a sus propios recursos deberá trasladar, indexado, lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros. Indicó 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 justifiquen;

CONDENÓ a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizadas por la demandante en el RPM, imputándolos a los períodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC que fueron pagados y en proporción al tiempo de vigencia de la afiliación a esa administradora de pensiones privada;

DECLARÓ imprósperas las excepciones de mérito; y **CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Interpuesto por el apoderado de PORVENIR, manifestó que la declaración de nulidad o ineficacia del traslado no debería conllevar la devolución de beneficios propios del RAIS, como gastos administrativos y prima de seguro previsional, como tampoco los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, toda vez que en relación a los gastos administrativos, estos encuentran respaldo en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, los cuales obedecen a disposiciones legales y no constituyen un actuar arbitrario de PORVENIR, sino que son intrínsecos al sistema pensional establecido por el legislador; que tampoco procede la indexación de los montos a devolver, ya que estos no han perdido poder adquisitivo y antes han generado rendimientos aumentando el saldo de la cuenta de ahorro de la actora, por lo que dicha indexación generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante. Asimismo, expone que existen sentencias del Tribunal de Cali que respalda la postura de la no indexación, al considerar que el traslado de rendimientos compensa la depreciación del poder adquisitivo. Finalmente, señala que no se puede trasladar la demandante por estar inmersa en la prohibición de traslados para afiliados a menos de 10 años de la edad de pensión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el respectivo traslado, el apoderado de COLPENSIONES manifiesta que no existen fundamentos legales o fácticos que respalden la declaración de ineficacia de la afiliación a PORVENIR S.A. y el consiguiente traslado al régimen de prima media de COLPENSIONES. Señala que la elección de afiliarse a la AFP PORVENIR S.A. fue un ejercicio legítimo del derecho a la libre escogencia del régimen pensional, conforme al artículo 13, literal b) de

la Ley 100 de 1993; que la pretensión de invalidar un acto válido resulta infundada, ya que la demandante efectuó aportes al RAIS, generando efectos jurídicos válidos; que la demandante mostró falta de interés en su vida pensional y además el RAIS ofrece beneficios sustanciales; que se debe analizar cada caso particular sin invertir la carga de la prueba.

Por su parte, el apoderado de PORVENIR S.A argumenta que no es posible la imposición de devolver gastos administrativos, pues estos están respaldados por la Ley 100 de 1993, y además generaron rendimientos que beneficiaron a la parte actora. Sostiene que la indexación de los gastos administrativos no es procedente, ya que estos no han perdido poder adquisitivo y, de hecho, han incrementado el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante. Y en relación con la condena en costas, argumenta que PORVENIR S.A, está sujeta a restricciones legales, actuando de buena fe al cumplir con la voluntad del demandante de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Ante todo, está claro que la demandante ROMELIA NANCLARES VÉLEZ nació el 04 de abril de 1961, y se afilió en pensiones el mes de julio de 2002 a PORVENIR S.A.¹, entidad a la cual se encuentra actualmente vinculada.

Ahora, conviene precisar 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 Media con

¹ Folio 14 de la demanda y 64 de la contestación a la demanda Porvenir S.A

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 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 ROMELIA NANCLARES VÉLEZ 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 afilió a PORVENIR S.A cuando iba a iniciar sus labores como oficial mayor del juzgado Séptimo Penal Municipal de Medellín, y debido a esto en el área de recursos humanos le entregaron la documentación que debía firmar para ingresar, señalando que fue una empleada publica de la Rama judicial y no un asesor del fondo privado quien le indicó donde tenía que firmar.

Se desplaza con lo anterior la carga de la prueba a cargo del Fondo - PORVENIR 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 a la afiliada 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."

Sin que tampoco sea de recibo el argumento relacionado con la imposibilidad en el traslado de régimen con fundamento en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la Ley 100 del 1993, tema frete al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según sentencias como la SL 655 y SL 1022 del 23 de marzo de 2022, ha considerado que es un despropósito "... centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir S.A. en el año 1999".

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

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., 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.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL 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:

*"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."*

Se advierte igualmente que la orden a PORVENIR S.A. de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima deben incluir la respectiva indexación, tal y como fue ordenado en primera instancia, pues así lo ha entendido igualmente la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En ese aspecto, contrario a lo que sostiene el apoderado de PORVENIR S.A, dicha Corporación sí 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 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.

Condena en costas

Finalmente, otro tema que cuestiona PORVENIR S.A. a través de su recurso de apelación, tiene que ver con la condena en costas impuesta a su cargo. Para resolver la inconformidad que plantea la recurrente, basta con señalar que el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos.

Resulta que en este caso PORVENIR S.A. presentó oposición a las pretensiones de la demanda alegando entre otras cosas el cumplimiento del deber de información y la validez del acto jurídico de traslado, lo que implica que deba entenderse como entidad vencida en juicio y por ende obligada al pago de las costas procesales

Con base en lo anterior, la decisión de primera instancia será **CONFIRMADA**, pero por las razones anteriormente expuestas.

Las costas en 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 \$1.300.000

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 Noveno Laboral del Circuito de Medellín, el día 02 de octubre de 2023.

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

Notifíquese por EDICTO.

Salvamento de voto.

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

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

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 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 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 2002 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 de estas 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 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.

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 mencionadas, después de largos años de haberse afiliado por primera vez y permanecer en el RPM, ve la conveniencia de aprovecharse los beneficios 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 SL1688-2019, SL3464-2019, SL 3414 de 2022, SL- 1806 de 2022, SL123-2024, y SL162-2024. En esta última adujo la Corte lo siguiente:

“Lo primero que debe advertirse es que la afiliación al Sistema General de Pensiones, se surte con el diligenciamiento del formulario por parte del afiliado; que la legislación contempla la opción de escoger entre dos sistemas pensionales; y, que las personas están facultadas para ejercer ese derecho. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Es así como de acuerdo con el literal b) de la mencionada normatividad las personas tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» el régimen que mejor les convenga y consulte sus intereses. Según reza la misma disposición, esa libertad de escogencia se materializa en la vinculación inicial o en los traslados.

Por su parte, el literal e) reitera esa prerrogativa del afiliado y precisa que, una vez efectuada la selección inicial, los traslados entre regímenes están sujetos a dos condiciones: la permanencia o antigüedad de 5 años –con la modificación de la Ley 797 de 2003– en el régimen al cual se está vinculado y que no falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Entonces, la afiliación es un acto jurídico único dentro de nuestro sistema pensional. Posteriormente, no puede ser desconocida su existencia, como si nunca se hubiera registrado.

Así las cosas, en cuanto al deber de información la jurisprudencia de esta Sala 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 de este deber 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, tal como se expresó en la sentencia CSJ SL1688-2019, que posteriormente fue reiterada entre muchas en CSJ SL3464-2019...”

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 actora, 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 considero que debió ser revocada, para en su lugar absolver a las demandadas de todas las pretensiones de la actora.

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

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

Código de verificación: **288943e10623004544f562e084342b7eae06c2d41ea175ba375ef32858206a43**

Documento generado en 21/03/2024 02:47:58 p. m.

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