

TEMA: INEFICACIA DEL TRASLADO – La Sala destaca que, ninguna prueba permite establecer que el traslado al Régimen de Ahorro Individual por parte del demandante a la AFP Horizonte, hoy PORVENIR S.A., se hubiese realizado bajo los parámetros de libertad informada y transparencia mínimos, por lo que, se encuentran dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para que proceda la declaratoria de ineficacia. /

HECHOS: El demandante, solicita la nulidad de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., y que, se ordene a la AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, y los rendimientos que se hubieren causado debidamente indexados, los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia de la afiliación; y ordenó a Porvenir S.A., trasladar, con destino a Colpensiones, las cotizaciones recibidas con motivo de su afiliación; a Colpensiones a activar la afiliación del demandante, y a recibir los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en su historia laboral, absolvió del reconocimiento de los intereses moratorios. El problema jurídico consiste en determinar si la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se torna ineficaz, y en caso afirmativo, se abordará si ha operado la prescripción, así como, definir las restituciones a que haya lugar entre entidades pensionales.

TESIS: Los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 incluyen dentro de las características del Sistema General de Pensiones, el de la libre selección de régimen y el límite temporal para realizar un traslado, así: “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. e). Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.” (...) El artículo 271 ibídem, establece: 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 (...) Desde la implementación del sistema general de pensiones y la creación de los Fondos de Administración de Pensión Individual, se estableció el deber de ilustrar a los potenciales afiliados sobre las características de los dos regímenes especiales, a fin de que, el usuario pudiera tomar decisiones informadas. (...) La Ley 1748 de 2014, impone el deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría, lo que implica recibir una sugerencia de los representantes de ambos regímenes pensionales. (...) Esta información debe referir múltiples aspectos y variables que afectan la liquidación de las prestaciones en el Régimen de Ahorro Individual, tales como, la incidencia de la existencia y número de beneficiarios, el capital mínimo para acceder a pensión una ordinaria o anticipada, las condiciones de garantía de pensión mínima, las modalidades de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, la forma de financiación de las prestaciones, la influencia de las fluctuaciones de los mercados en la cuenta de ahorro individual, y

cualquier otro asunto que sea de relevancia para los intereses pensionales del usuario. Así entonces, la presentación de un formulario suscrito con un formato preestablecido de voluntariedad de la afiliación o, de un comparativo de los montos pensionales, no es suficiente para acreditar las obligaciones. (...) En palabras de la Sala de Casación Laboral, se expone lo siguiente: “Adicionalmente, ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no” (...) En consecuencia, ninguna prueba en el plenario permite establecer que el traslado al Régimen de Ahorro Individual por parte del demandante a la AFP Horizonte, hoy PORVENIR S.A., se hubiese realizado bajo los parámetros de libertad informada y transparencia mínimos, por lo que, se encuentran dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para que proceda la declaratoria de ineficacia peticionada, entendiéndose que el actor ha estado afiliado válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES. (...) En sentencia SU 107 de 2024, la Corte Constitucional expuso que “(iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada”. Interpretación que seguirá esta Superioridad, accediendo a la solicitud del recurso de alzada de la AFP privada demandada. (...) En atención a ello, se debe imponer solo la devolución de la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, con los rendimientos generados por dichos aportes en el fondo privado, por el periodo durante el cual el accionante permaneció afiliado (...) En Sentencia SL 68.838 de 8 de mayo de 2019, la Sala de Casación Laboral explicó: i) que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar en cualquier tiempo un derecho pensional, o a mejorar su prestación. (...) De lo anterior se concluye, entonces, que no ha operado plazo extintivo alguno frente a la acción que dio origen al proceso, y tampoco prospera la excepción de prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico propuesta por las codemandadas.

MP: JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

FECHA: 30/08/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO: FRANCISCO ARANGO TORRES

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, treinta (30) de agosto dos mil veinticuatro (2024)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 05 0001 31 05 018 2022 00248 01, promovido por el señor **HERNÁN DARÍO ÁLVAREZ GONZÁLEZ**, en contra de **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la pasiva frente a la sentencia emitida el 29 de febrero de 2024, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...”, se toma la decisión correspondiente mediante

providencia escrita número **241** de **2024**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

El señor Hernán Darío Álvarez González instauró demanda ordinaria laboral, solicitando se declare la nulidad de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., y que en consecuencia, se ordene a la AFP a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como; cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado, debidamente indexados, junto con los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que, nació el 15 de mayo de 1965. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, en 1995, período en el que, inició el rural en su profesión de médico, y posteriormente, aportando por cuenta del Hospital Regional de Urabá, y que se trasladó a PORVENIR S.A., sin que se le realizara una asesoría sobre las ventajas y desventajas de pertenecer a dicho régimen, las condiciones para acceder a una pensión, ni los factores que se tienen en cuenta para calcular la mesada pensional. Manifestó que, el 31 de marzo de 2022 solicitó el retorno al Régimen de Prima Media, que fue no fue aceptado por éste.

Notificadas las demandadas, se pronunciaron sobre los hechos y pretensiones de la demanda, de la siguiente manera:

COLPENSIONES aceptó la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación a COLPENSIONES, así como, la solicitud de retorno y su posterior negativa por la Administradora Pública. Formuló como excepciones de mérito: *Carga dinámica de la Prueba – particularidades del caso; Inoponibilidad por ser tercero de buena fe; Improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación; Prescripción;*

Compensación Indexada; Devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados; Buena fe de COLPENSIONES; Improcedencia de condena en costas y Compensación.

PORVENIR S.A. sobre los hechos de la demanda manifestó que, el actor nunca estuvo afiliado a COLPENSIONES, pues, su vinculación inicial y primeros aportes se hicieron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante la AFP Horizonte, hoy PORVENIR S.A., y que, al momento de su vinculación se le informó al actor las características del régimen, y los factores que inciden en la liquidación de la mesada pensional. Formuló como excepciones perentorias las de: *Validez y eficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de vicios del consentimiento; Saneamiento de la eventual nulidad relativa; Aplicación del artículo 1746 del Código Civil en relación con los rendimientos financieros, gastos de comisión y primas de seguro; Prescripción; Buena fe e Innominada o genérica.*

En sentencia de primera instancia, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, declaró la ineficacia de la afiliación del señor Hernán Darío Álvarez González al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., y ordenó: i) A PORVENIR S.A., trasladar, con destino a COLPENSIONES, las cotizaciones recibidas con motivo de su afiliación, los rendimientos financieros, las cuotas de administración, primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas con cargo a sus propios recursos, y ii) A COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante, y a recibir de PORVENIR S.A., los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en su historia laboral. Finalmente, absolvió del reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y condenó a PORVENIR S.A. a pagar las costas del proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES formuló recurso de apelación, afirmando que, si bien la

jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tenía una posición sentada para la declaración de ineficacia de un traslado de régimen pensional, no es así para los procesos donde existe una afiliación inicial al Sistema General de Pensiones por medio del Régimen de Ahorro Individual, puesto que, aseveran que tal declaración es improcedente, porque el afiliado no podría perder esta calidad, ni contar con ninguna afiliación al sistema. Como en este caso el actor no ha estado vinculado a COLPENSIONES, debe negarse la declaratoria de ineficacia. Solicitó, se revocara el fallo de primera instancia, y se absolviera a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra.

PORVENIR S.A. manifestó que, no resulta procedente la declaratoria de ineficacia en el presente proceso, toda vez que, la Corte Suprema de Justicia ha determinado en casos en que la primera afiliación se hizo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que no era procedente la aplicación de la figura de la ineficacia de la afiliación por desconocimiento de la libertad informada, pues, de hacerse tal declaración, las cotizaciones deberían reintegrarse al trabajador y al empleador, porque antes de la vinculación, el afiliado no hacía parte del Sistema General de Pensiones. Añadió que, el reintegro en estos términos perjudica no solo al afiliado, sino también a los actuales y futuros pensionados, y a la sostenibilidad financiera del sistema, ya que, se impone al Régimen de Prima Media la obligación de responder por una prestación que el afiliado nunca construyó, y a la que no contribuyó en ningún momento. Indicó, además, que, para el momento de la afiliación se le dio una información clara y completa de acuerdo con la normatividad de la época. Sobre los gastos de administración, primas de administración y aportes al fondo de solidaridad, subrayó que, estos rubros ya tuvieron la destinación definida para cada uno, y no hacen parte del patrimonio de las AFP, que el responder por estos valores de manera directa le causa un perjuicio, toda vez que, se le impone una carga que no estaba obligada a soportar.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte demandante, presentó escrito de apelación, en el que solicitó, se confirmara la sentencia de primera instancia, en razón a que, no se

probó por el fondo privado la clase de asesoría e información brindada al demandante al momento de la afiliación, de acuerdo, con las pruebas allegadas al proceso, y solicitó se tuviera en cuenta que al tratarse de una declaratoria de ineficacia se supone que el acto no produjo efectos jurídicos, por lo que, no pueden excluirse del traslado, las comisiones de administración, los seguros previsionales, ni los aportes al fondo de garantía mínima, debiéndose trasladar a COLPENSIONES el aporte completo para garantizar el financiamiento de la futura pensión del actor.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta segunda instancia consiste en determinar si la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el actor se torna ineficaz, como precisó la juzgadora de primera instancia, y en caso afirmativo, se abordará como problemas jurídicos asociados si ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, así como, definir las restituciones a que haya lugar entre entidades pensionales.

CONSIDERACIONES

Conforme lo aseverado por la parte actora en el escrito de demanda, las pruebas documentales que militan en el expediente, y como bien lo señalaron los apelantes en el presente proceso, se tiene que, en este juicio no se debe resolver sobre un traslado de régimen, sino respecto a una afiliación inicial al sistema general de pensiones, que ubica al accionante en un supuesto fáctico que no es habitual en los procesos que se estudia la ineficacia de la afiliación, pues, se parte de la premisa que la parte activa estuvo vinculado, en algún momento al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Lo que une el caso del actor, con estos casos que parten de una premisa diferente, es que asegura que al momento de suscribir el documento que lo vincularía con la administradora de fondos de pensiones, no tenía conocimiento de las

implicaciones que tendría su decisión, y no tuvo un consentimiento plenamente informado que le permitiera tomar una decisión conforme a sus intereses, conociendo los pormenores de su elección, lo que obtiene y lo que excluye en materia pensional.

Con la implementación del sistema general de pensiones se presentó a los usuarios, la posibilidad de elegir entre dos tipos de administración pensional, uno regido por la regla de reparto, y el otro por sistema de capital individual. Con la escogencia de cualquiera de ellos, el afiliado asume una serie de reglas para el reconocimiento de la pensión de vejez, que excluyen las condiciones del régimen alternativo, de ahí, la importancia de conocer las características del sistema pensional al que se está acogiendo, para propiciar una selección libre y voluntaria. Se menciona la pensión de vejez, porque las prestaciones por invalidez y sobrevivencia tienen condiciones comunes, que no varían entre regímenes.

Los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 incluyen dentro de las características del Sistema General de Pensiones, el de la libre selección de régimen y el límite temporal para realizar un traslado, así:

*“...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.*

(...)

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; ...” (negrilla por fuera del texto original).

La Corte Constitucional, en sentencia C-1024 de 20 de octubre de 2004 declaró exequible esta norma, y estableció como excepción al límite temporal de traslado, que podrán regresar al régimen administrador, en ese entonces, por el Instituto de Seguros Sociales, en cualquier tiempo, los afiliados que cumplan las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se hayan trasladado al régimen privado, y no hayan regresado conforme lo estimado en la sentencia C-789 de 2002.

Para quienes no sean beneficiarios del régimen de transición, la norma aplica en plena forma y fija un límite máximo para que puedan ejercer su derecho de transitar por los regímenes pensionales, una vez efectuada la selección inicial, deben permanecer por lo menos 5 años en el régimen en el cual se encuentran vinculados, y no podrán realizar ningún movimiento a menos de 10 años para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Pero bien, parte del ejercicio del derecho fundamental a la Seguridad Social, es manifestar su voluntad escogiendo libremente el régimen al que se acoge, por tanto, cualquier restricción a éste puede generar sanciones pecuniarias. El artículo 271 ibídem, 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).

Esta norma entonces, dispone que, cuando se impida o atente el derecho a la afiliación y selección de régimen, sea por parte de una persona natural o jurídica, y sin importar que tenga o no el estatus de empleador, el acto de afiliación quedará

sin efecto, y se permitirá que el trabajador pueda expresar en forma libre y espontánea su voluntad de afiliación.

Desde la implementación del sistema general de pensiones y la creación de los Fondos de Administración de Pensión Individual, se estableció el deber de ilustrar a los potenciales afiliados sobre las características de los dos regímenes especiales, a fin de que, el usuario pudiera tomar decisiones informadas. Inicialmente, el Decreto 663 de 1993 prescribió la obligación de suministrar la información *“necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*. El Decreto 720 de 1994 indicó que, los promotores debían suministrar información suficiente, amplia y oportuna al momento de la afiliación, y durante la vinculación de este. Posteriormente, la Ley 795 de 2003 reiteró el deber de ilustrar al usuario con el propósito que pudiera evaluar las opciones del mercado, y tomar decisiones informadas, y la Ley 1328 de 2009 estableció el deber de información, asesoría y buen consejo, que implica el análisis previo de los antecedentes del afiliado y de los regímenes, a fin que, el promotor pueda destacar las ventajas y desventajas que representa para la persona la vinculación con la administradora, y por último, está la Ley 1748 de 2014, que impone el deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría, lo que implica recibir una sugerencia de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Esta información debe referir múltiples aspectos y variables que afectan la liquidación de las prestaciones en el Régimen de Ahorro Individual, tales como, la incidencia de la existencia y número de beneficiarios, el capital mínimo para acceder a pensión una ordinaria o anticipada, las condiciones de garantía de pensión mínima, las modalidades de la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, la forma de financiación de las prestaciones, la influencia de las fluctuaciones de los mercados en la cuenta de ahorro individual, y cualquier otro asunto que sea de relevancia para los intereses pensionales del usuario. Así entonces, la presentación de un formulario suscrito con un formato preestablecido de voluntariedad de la afiliación o, de un comparativo de los montos pensionales, no es suficiente para

¹ Numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 “Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”

acreditar las obligaciones comprendidas en los mandatos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya explicado.

En concordancia con todo lo anterior, cada persona que desee integrar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe tener una asesoría completa y oportuna, de manera tal que, se obtenga su consentimiento informado y, según esto, la garantía de libre selección de régimen no operaría sólo para el traslado entre regímenes, sino también, para la vinculación inicial, razón por la cual no debe haber reparo en declarar la ineficacia en la afiliación de una persona que haya escogido inicialmente vincularse al régimen de ahorro individual, motivado por elementos mínimos o incompletos que no son suficientes para tomar una decisión informada, nótese que, lo que se condena no tiene que ver con el estado previo de vinculación del usuario, sino con haber consolidado una afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, transmitiendo información insuficiente o parcializada en la que se omite dar cuenta de las características propias del régimen, y las consecuencias de la decisión que se toma en el momento.

Y es que, si bien es cierto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral se ha ocupado principalmente de los casos en que se presenta el traslado de régimen pensional, no ha proscrito expresamente la declaración de la ineficacia de la afiliación primigenia, y en armonía con lo anterior, ha defendido que no se exige que al tiempo de la vinculación al Régimen Privado el usuario deba contar con un derecho consolidado, un beneficio transicional o una pensión próxima, puesto que, ni la legislación, ni la jurisprudencia establecen condiciones relativas a su haber pensional anterior, por lo cual, es válido afirmar que esta misma declaración también procede para los casos en que no hubo afiliación previa al Régimen de Prima Media, como el que nos ocupa con el señor Hernán Darío Álvarez González. En palabras de la Sala de Casación Laboral², se expone lo siguiente:

“...Adicionalmente, ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a

² SL 1055 del 2 de marzo de 2022 MP. Iván Mauricio Lenis Gómez

consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no” (CSJ SL142-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 reiteradas recientemente en CSJ 2208-2021).

Téngase presente que, el análisis judicial sobre **el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona**, por lo que, no sería coherente exigir que el afiliado se ocupe de verificar su estatus pensional, o se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que, el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, lo que no sucedió en el asunto.

Y es que, en un estado de afiliación activa al sistema, y más aún cuando, el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues, cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes, tanto para el afiliado, como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte se ha enfocado en garantizar el derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos *«no produce efecto»* (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado...” (negrilla por fuera del texto original).

Por ser la información otorgada al momento de la vinculación lo que condiciona la eficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, bien puede decirse que,

una persona que no había sido usuaria del Sistema General de Pensiones requiere sino el mismo, un mayor nivel de ilustración con respecto a las condiciones que conforman el régimen privado de pensiones, así como, un verdadero conocimiento de lo que lo diferencia del régimen público, ya que, de lo contrario se interpreta como una imposición o un impedimento para su libre elección de régimen, dejando el acto de afiliación susceptible de la declaratoria de ineficacia que, una vez declarada, permite al usuario tener una nueva posibilidad de realizar una nueva selección *en forma libre y espontánea* conforme lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, situación jurídica concreta que, no significa un vacío en la desprotección del usuario en el Sistema, puesto que, conforme las órdenes dispuestas mediante sentencia, se entiende que, siempre estuvo afiliado en la administradora de su libre elección, que en el caso concreto es COLPENSIONES, administradora del Régimen de Prima Media.

Téngase en cuenta, que la Corte se refiere de manera indistinta a la ineficacia de la afiliación, y a la del traslado, para el efecto pueden consultarse las sentencias SL 932 de 2023; SL 610 de 2023; SL 1637 de 2022; entre otras.

La Sala conoce decisiones como la SL 1857 de 2023 y la SL 1696 de 2023, que adoptan la tesis según la cual, no es aceptable la declaración de la ineficacia de la primera afiliación, por tratarse de un acto permanente, del cual no es posible presumir la transgresión al ejercicio de la selección inicial. Providencias que corresponden a la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que no tienen la potestad de modificar la jurisprudencia de la Sala de Casación Titular, por lo que, no son vinculantes para los operadores Judiciales, conforme la Ley Estatutaria 1781 de 2016, y el Acuerdo N°48 de 2016 que establece el reglamento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

radicación 05001310500420190028301 y 05001310500520200029001, con ponencia del magistrado JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ.

Ahora, en sentencia SU 107 de 2024, la Honorable Corte Constitucional, expuso, que impartir la carga dinámica de la prueba en los casos en los que se discute la ineficacia del traslado ocurrido entre los años 1993 a 2009, correspondía un gravamen imposible de cumplir por las partes, y en tal sentido, el juzgador debe seguir las siguientes directrices:

“(i) Decretar todas las pruebas pedidas por las partes que sean pertinentes y conducentes o las que de oficio sean necesarias

“(ii) Valorar por igual todas las pruebas decretadas y practicadas, de manera individual y en su conjunto con las demás, inclusive los indicios, que le permitan determinar el grado de convicción que aquellas ofrecen sobre los hechos ocurridos y el conocimiento del afiliado sobre las consecuencias del traslado

“(iii) No será posible aplicar como único recurso la inversión de la carga de la prueba”.

Consecuente a lo anterior, más allá del precedente jurisprudencial, desde el punto de vista probatorio, debe seguirse las reglas establecidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y el Código General del proceso, contrastado claro está, con el artículo 29 superior en el cual, se endilga el cumplimiento del debido proceso.

En acatamiento de lo anterior, procede la Sala a verificar las pruebas aportadas por las partes:

El formulario de afiliación del 22 de noviembre de 1995, con la AFP Horizonte, da cuenta que, para el momento de la afiliación se le preguntó por sus datos básicos de identificación, su profesión e ingresos mensuales, y los eventuales beneficiarios de una prestación por muerte, no obstante, este documento no da cuenta si para ese momento se le explicó la forma en que se calcula el monto de la mesada dentro del régimen privado, o la incidencia de tener beneficiarios para la proyección del derecho, no se da cuenta, si el demandante conocía que, debía tener un mínimo de

capital para acceder a la prestación por vejez, y que podría escoger entre varias modalidades conforme el capital ahorrado.

Si bien, se tiene dentro del encuadre donde impuso su rúbrica, un escrito de voluntad de selección y afiliación de régimen, este se trata de una leyenda pre impresa, que puede coincidir o no con una verdadera voluntad informada por parte del actor, sin que pueda entonces, determinarse el desenlace del presente análisis.

Se allegó un segundo formulario de afiliación a la AFP PORVENIR del 17 de agosto de 2000, que también contiene los datos personales y rúbrica del actor, sin embargo, éste, como el documento anterior son insuficientes para demostrar el cumplimiento del deber de información, que comprende obtener del afiliado un consentimiento como resultado de haber recibido información clara, cierta y oportuna en el momento de la vinculación.

La Administradora de Pensiones aporta, además, historia laboral y la Relación Histórica de Movimientos del actor, que dan cuenta de los aportes realizados por este en el tiempo de permanencia en la entidad, pero nada aporta a la resolución del problema jurídico planteado, a saber, si para el momento de la afiliación contaba con los elementos necesarios para tomar una decisión informada. Este mismo análisis se desprende de la historia laboral para Bono Pensional del demandante, el cual sólo representa que no se hicieron cotizaciones anteriores a la afiliación, a la entonces Horizonte S.A., en la administradora del Régimen de Prima Media o en ninguna otra caja, ni registró tiempos de servicio a cargo de una entidad pública.

Adicional, la certificación de afiliación a la AFP PORVENIR, y el historial de vinculaciones de Asofondos, bien pueden dar cuenta del vínculo actual del demandante con la administradora de pensiones, pero, nada ilustran sobre el momento en que se realizó la solicitud de vinculación, ni de la asesoría dada para ese momento.

El accionante, en el interrogatorio de parte manifestó que, inició su vida laboral en el momento que realizó el rural en el municipio de Apartadó en noviembre de 1995, estaba en la caja de pensiones de la entidad, y se afilió a Horizonte S.A., que empezaron a hacerse unas campañas promocionando los fondos privados e hicieron unas reuniones informativas, que hasta el área de rondas se trasladó. Que fue un asesor quien les comentó a cada uno de los médicos, que el régimen en el que estaban pronto iba a desaparecer, y que lo mejor era que no fueran los últimos en hacer el traslado, que iban a necesitar menos semanas, una menor edad y obtendrían una mesada mayor, que la asesoría no duró más de 20 minutos porque tenían responsabilidades en la atención a los pacientes, que él asumió que lo que estaban diciendo era totalmente cierto, y que lo mejor era hacer el cambio pronto. Recordó haber firmado el formulario de afiliación, pero pensando que la información era verídica.

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

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

En criterio de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, “...no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula

genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición...” (sentencias SL 19.447 de 2017 y SL 1.452 y SL 1.688 de 2019), lo que significa que, la firma del formulario no es suficiente para agotar el deber de información a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones que pretende captar un afiliado.

En consecuencia, ninguna prueba en el plenario permite establecer que el traslado al Régimen de Ahorro Individual por parte del demandante a la AFP Horizonte, hoy PORVENIR S.A., se hubiese realizado bajo los parámetros de libertad informada y transparencia mínimos, por lo que, se encuentran dados los presupuestos legales y jurisprudenciales para que proceda la declaratoria de ineficacia peticionada, entendiéndose que el actor ha estado afiliado válidamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES.

Así las cosas, se confirmará en este punto la providencia que se revisa en apelación.

Ahora bien, en sentencia SU 107 de 2024, la Corte Constitucional expuso que: *“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional”*, dicho argumento, lo fundamentó en que, no es posible materialmente retrotraer al afiliado al momento previo que se realizó el traslado que se considera ineficaz, por ende, solo serían susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos que se causaron sobre los aportes que se encuentren en la cuenta y de haberse pagado, el valor del bono pensional, pues los demás emolumentos no son aptos para ser devueltos. Dicha apreciación también la extendió a los aportes voluntarios, puesto que, estimó que, sobre éstos, el afiliado tuvo beneficios tributarios o compra de acciones que se consolidaron en el tiempo y que ahora, no es posible retrotraer.

Es así, como una de las reglas de decisión de la sentencia mencionada, es, que; “*iii) en los casos en los que se declare la ineficacia del traslado solo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni menos dichos valores de forma indexada*”. Interpretación que seguirá esta Superioridad, accediendo a la solicitud del recurso de alzada de la AFP privada demandada.

En atención a ello, se debe imponer solo la devolución de la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, con los rendimientos generados por dichos aportes en el fondo privado, por el periodo durante el cual el accionante permaneció afiliado, por lo que, se revocará la sentencia de la *a quo* en este punto.

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

Adicionalmente, en la Sentencia SL 68.838 de 8 de mayo de 2019, la Sala de Casación Laboral explicó: **i)** que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar en cualquier tiempo un derecho pensional, o a mejorar su prestación; **ii)** que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que pretenden reivindicarse a través de su reconocimiento; **iii)** que los hechos o estados jurídicos no prescriben, “a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello”; y

iv) que esta última tesis cobra más sentido en relación con la pretensión de “ineficacia”, porque la sentencia que la declara, en realidad lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la Litis.

De lo anterior se concluye, entonces, que no ha operado plazo extintivo alguno frente a la acción que dio origen al proceso, y tampoco prospera la excepción de prescripción de la acción de nulidad del acto jurídico propuesta por las codemandadas, se reitera, por encontrarse en estudio el tema bajo los presupuestos de la ineficacia.

DE LAS COSTAS

Sin costas en esta instancia, en atención a la prosperidad parcial de las peticiones del recurso de alzada de PORVENIR S.A.

Así las cosas, se revocará parcialmente la providencia que se revisa en apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia de primera instancia proferida por el juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, que se revisa en apelación, respecto a la devolución a COLPENSIONES por parte de PORVENIR S.A de las comisiones de administración, el valor de las pólizas previsionales, lo descontado para el Fondo de garantía de pensión mínima, y para el fondo de solidaridad pensional, que hubieran sido deducidos, debidamente indexados, quedando incólume la orden de devolución sólo frente a los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus respectivos rendimientos.

SEGUNDO: Confirmar la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres
Con Salvamento de Voto

SALVAMENTO DE VOTO

Radicado: 05001310501820220024801

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 del accionante, dista de los casos analizados por la Corte Suprema de Justicia en los asuntos de ineficacia del traslado de régimen pensional, y en ese sentido, no sería posible hacer una inversión de la carga de la prueba que ha establecido la jurisprudencia de la CSJ para los casos de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino que es la parte demandante quien a la luz del artículo 167 del CGP aplicable al proceso laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS, a quien le incumbe demostrar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, es decir probar en este caso, que la AFP PORVENIR S.A. 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 el actor, 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, pues entre el año 1995 que se afilió al RAIS y el cumplimiento de la edad de **52** años, como límite para cambiar de régimen pensional transcurrieron muchos años.

De esta manera, la suscripción del formulario de afiliación sin vicio de error, fuerza o dolo, constituyó un acto jurídico válido, sin que exista prueba alguna en el plenario que persona alguna, 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 inadmisibile 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 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 al actor, sobre las características del RPM, es decir los beneficios y perjuicios de la pertenencia a este régimen pensional, en comparación con el del RAIS.

Por las razones anteriormente explicadas, respetuosamente me aparto de la decisión de la Sala mayoritaria de REVOCAR la sentencia de primera instancia, pues considero que debió ser confirmada.

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

FRANCISCO ARANGO TORRES

Magistrado

Firmado Por:

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

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

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
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: **3305a4cf39f81d31a17c7b2db6bd06f89f71c5ff38f9269db9f0bcde0abd3b1a**

Documento generado en 30/08/2024 01:57:33 PM

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