

TEMA: INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN - El afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. / **EXCLUIDOS DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** - Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público. / **PRESUNCIÓN DE LA MALA FE Y/O TEMERIDAD** – Cuando se presenta una manifiesta carencia de fundamento legal, o cuando los hechos que se alegan sean contrarios a la realidad.

HECHOS: La parte demandante inició proceso en contra de Porvenir S.A., pretendiendo que sea condenada a reconocer y pagarle la devolución de saldos más los rendimientos financieros con la inclusión del tiempo laborado y cotizado a Colpensiones. Igualmente solicita los intereses moratorios desde el 15 de febrero de 2018 y hasta la fecha del pago efectivo de la respectiva liquidación de la devolución de saldos, indexación y costas. Por su parte, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, porque la vinculación al RAIS del demandante en el año 2016 devino en ineficaz, en razón de la prohibición establecida en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, ya que el actor es pensionado por invalidez a través del ISS desde el año 1977, por consiguiente, nunca tuvo la calidad de afiliado al RAIS. El Juez de primera instancia absolvió a Porvenir S.A. de las pretensiones incoadas, declaró probada la excepción de ineficacia de la afiliación del actor al RAIS, y condenó en costas a la parte demandante. El actor interpuso recurso de apelación. Le compete a la Sala establecer: 1) si es válida la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro individual con el fin de obtener la devolución de saldos junto con las cotizaciones efectuadas en el RPM; y 2) la procedencia o no de condena en costas al apoderado judicial del demandante.

TESIS: La devolución de saldos se concibe como una prestación económica establecida en el RAIS, que se genera cuando un determinado afiliado no cumple con los requisitos mínimos que la ley exige para obtener una pensión de vejez. (...) las personas que lleguen a los 57 años de edad, en el caso de las mujeres, o de 62 para el caso de los hombres, y que no cumplan con las condiciones para generar una pensión mínima de vejez, tienen dos posibilidades: la primera, continuar cotizando hasta alcanzar el capital necesario para acceder a la pensión; la segunda, solicitar la devolución de los saldos de la cuenta individual con los rendimientos y bonos pensionales que puedan llegar a existir. (...) si bien existe en este caso una afiliación al RAIS en el año 2016 a través de la AFP PORVENIR S.A., el actor estaba incurso en la limitante establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual señala: “... *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.*” (...) para el momento del traslado al demandante tan solo le faltaba 4 meses y 6 días para cumplir los 62 años de edad, por lo que a todas luces no era viable su traslado. (...) el derecho a la libre escogencia de régimen, si bien es una prerrogativa fundamental del derecho a la seguridad social, no es absoluto y fue limitado por razones de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones introduciendo la restricción legal en comento. (...) en relación con la aceptación tácita de la afiliación, si bien en principio se podría decir que tendría cabida este criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias con radicado 40531 de 2011, SL14236-2015, SL6066-2016 y la SL1252-2023, entre otras, en donde existe un silencio de la entidad de seguridad social al momento de realizarse un traslado sin el cumplimiento de la totalidad de requisitos legales exigidos, en el presente caso, no se aplica por las siguientes razones: 1) En la historia laboral de PORVENIR S.A. se observan cero (0) semanas cotizadas; 2) Las cotizaciones efectuadas por el demandante fueron realizadas a COLPENSIONES en el año 2015 y fue esta entidad la que gestionó la devolución al fondo privado, siendo la afiliación a este último en el año 2016; 3) Su última cotización al Sistema General de Pensiones, data del 20 de agosto de 1980; 4) Los aportes se efectuaron por los períodos de agosto a diciembre de 2015, es

decir, no transcurrió un lapso de tiempo considerable haciendo cotizaciones al RAIS, como tampoco supera las realizadas en el RPM; 5) El demandante en su interrogatorio, afirma que siempre estuvo afiliado al ISS y desconoce por completo su afiliación a PORVENIR S.A., como tampoco recuerda haber diligenciado el formulario para el traslado; 6) Y, además, el actor también desconoce la reclamación que está efectuando al fondo privado, pues manifiesta que está demandando al Seguro Social. (...). Aunado a lo anterior, debe recordarse que en la contestación de la demanda la AFP PORVENIR S.A. allegó la resolución por medio de la cual se le reconoció al actor una pensión de invalidez por parte del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, lo que se traduce en que el actor se hallaba inmerso en las causales de exclusión que dispone el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, para poderse afiliar válidamente al Régimen de Ahorro Individual. Respecto a la condena en costas, el artículo 79 ibídem, establece en qué situaciones se presume la mala fe y/o la temeridad, encontrándose dentro de este catálogo la manifiesta carencia de fundamento legal, o que los hechos que se alegan sean contrarios a la realidad, actuación en la que incurrió el citado apoderado en el presente caso (...) no encuentra la Sala que la sanción impuesta constituya una restricción al acceso a la justicia, sino una herramienta racionalizadora del mismo (...).

M.P. JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

FECHA: 04/03/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

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

Demandante: FRANCISCO JAVIER CATAÑO PATIÑO
Demandados: AFP PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 021 2020 00114 01
Sentencia: S-034

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 **recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante**, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín el día 26 de septiembre de 2023.

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

PRETENSIONES

FRANCISCO JAVIER CATAÑO PATIÑO demandó a PORVENIR S.A., pretendiendo que sea CONDENADA a *i)* reconocer y pagarle la

DEVOLUCIÓN DE SALDOS más los rendimientos financieros con la inclusión del tiempo *laborado* y cotizado a COLPENSIONES por la densidad de 307 semanas. *ii)* Igualmente solicita los intereses moratorios regulados en el artículo 12 del decreto 1748 de 1995, modificado por artículo 3° del decreto 1474 de 1998, y por el artículo 5 del decreto 1513 de 1998, desde el 15 de febrero de 2018 y hasta la fecha del pago efectivo de la respectiva liquidación de la devolución de saldos, indexación y costas.

LOS HECHOS

Expone, como fundamento de sus peticiones, que nació el 11 de mayo de 1954 y que se encuentra afiliado a Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. Que el 15 de febrero de 2018 solicitó la devolución de saldos a PORVENIR S.A.; que esta entidad a través de su historia laboral certifica que cuenta con aportes por valor de \$5.415, sin incluir el respectivo bono pensional cotizado a COLPENSIONES por la densidad de 307 semanas; que a la fecha no se le ha realizado la devolución de saldos por lo que ha incurrido en mora por más de un mes desde la solicitud, es decir, desde el 15 de febrero de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, PORVENIR S.A. admite la fecha de nacimiento del demandante pero no acepta su afiliación, pues si bien aparece como afiliado al RAIS a través de Porvenir S.A. a partir del año 2016, tal afiliación es ineficaz por la prohibición establecida en el literal a) del artículo 61 de la ley 100 de 1993. Es cierto el saldo de la cuenta de ahorro individual; que en lo que respecta al bono pensional equivalente a 307 semanas presuntamente cotizadas a COLPENSIONES, señala que este título valor no ha sido emitido, ya que existe incompatibilidad para su emisión, toda vez que el actor aparece registrado en el sistema pensional como pensionado por parte del ISS/Colpensiones, según se

le informó en cartas de 22 de junio y de 05 de septiembre, ambas de 2017, las cuales se anexan, además de que no es posible efectuar la devolución en su favor, sin que este título pensional haya sido emitido por la Oficina de Bonos Pensionales. En lo referido a la devolución de los aportes en el RAIS, en varias ocasiones se ha emitido el cheque correspondiente al saldo existente en la cuenta de ahorro, sin que el demandante lo haya reclamado.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, porque la vinculación al RAIS del demandante en el año 2016 devino en ineficaz, en razón de la prohibición establecida en el artículo 61 de la ley 100 de 1993, ya que el actor es pensionado por invalidez a través del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el año 1977, por consiguiente, nunca tuvo la calidad de afiliado al RAIS. En su defensa propuso las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 26 de septiembre de 2023, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, **ABSOLVIÓ** a PORVENIR S.A. de las pretensiones del demandante; **DECLARÓ** probada la excepción de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS; y **CONDENÓ** en costas al apoderado del demandante y en favor de PORVENIR S.A., con base en los artículos 78, 79 y 81 del CGP, al no proceder con lealtad, existir mala fe y temeridad en sus pretensiones.

Como argumento de su decisión señaló que el actor incurrió en la prohibición legal del literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por faltarle 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y que no se acoge el argumento del apoderado correspondiente a que es una primera afiliación, ya que el actor estaba afiliado al Régimen de Prima Media, lo que si constituye un traslado de régimen.

Señala que lo que se busca con la afiliación al RAIS, es defraudar el sistema pensional administrado por el RAIS, para lograr una devolución de saldos que resulta ser superior a la indemnización sustitutiva, lo cual es una manipulación del sistema pensional y mucho más cuando el actor no realiza ni una sola cotización al fondo privado, y además en su interrogatorio desconoce lo que sucede con su situación pensional ignorando que se encuentra afiliado al RAIS, como también desconoce lo que se está reclamando.

Y, que no es posible reconocer de manera subsidiaria la indemnización sustitutiva, toda vez que no fue solicitado en la demanda y se estaría violando el derecho de defensa y contradicción, y mucho más cuando COLPENSIONES no fue vinculado al proceso.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, el demandante interpuso recurso de apelación manifestando, en síntesis, que debe revocarse la sentencia y la condena en costas impuestas al apoderado judicial, toda vez que existe el principio de la libre elección de régimen y las únicas limitaciones contempladas son las previstas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, cuya consagración de libertad de voluntad están en los artículos 12, 13, 36 y 271 de la Ley 100 del 93; que esta ley 100 propendió con la desarticulación para la unificación respetando derechos adquiridos, expectativas y otros beneficios a cada uno de los afiliados, y no es cierto, que todas las personas que antes del 1° de abril de 1994 o al 30 junio de 1995, hayan estado vinculados con una entidad de carácter oficial, municipal, departamental o nacional, hayan sido incorporados de manera automática al RPM, pues esto no es automático ya que se respeta la libertad de elegir por parte del afiliado e incorporarse al sistema, sea en el régimen de ahorro individual o el régimen de reparto simple.

Que uno de los artículos que incluso propende por esa inclusión de algunos empleados públicos es el 128 de la ley 100 de 1993, y la Corte Constitucional en ejercicio de control abstracto, en sentencia C-584 de 1995 respetó la libertad de elegir a los afiliados el régimen que prefieran.

Que se presenta una situación muy particular, ya que la sentencia SL494 del año 2022, es concluyente y contundente, en los casos en donde se solicita la ineficacia de la afiliación y se discute si hay un traslado de régimen o si hay una afiliación inicial al sistema general de pensiones, y lo que concluye esa sentencia es que no es dable pregonar que por el simple hecho de que el demandante como servidor de orden territorial estuviera afiliado a un fondo prestacional de naturaleza pública esté vinculado al Régimen de Prima Media, pues los fondos no eran administradores de dicho régimen, y, por ende, no formaban parte del sistema general de pensiones.

Que en el presente caso no se aplica el precepto contenido en la Ley 100 del 93, modificado por la Ley 797 del año 2003, pues la prohibición contenida de los 10 años, es para las personas que se pretendan trasladar, y aquí no se habla de traslados de régimen de prima media con prestación definida con destino al régimen de ahorro individual, sino de una selección inicial, tal como lo certifican cada una de las entidades accionadas a través de los comunicados, en donde se precisa que es primera afiliación y que cotizaron al sistema.

No es cierto que el demandante no haya cotizado a la AFP PORVENIR, pues a folios 5 y 6 del expediente digital se incorpora historia laboral de COLPENSIONES, en donde se indica el estado de la afiliación que es trasladado y que con el empleador HE construcciones S.A.S., señala *"aporte devuelto por estar vinculado a Porvenir"*, de manera que la afiliación del actor es válida al régimen de ahorro individual, toda vez suscribió formulario de afiliación, y además nunca se le indicaron los problemas de su afiliación, por lo que debe entenderse válidamente

afiliado, pues existe la teoría de la aceptación tácita de la afiliación, incluso de cotizaciones sin afiliación del sistema general y sin formulario, como son las sentencia SL010 del año 2019, 40531 del 2011, 14263 del 2015, 413 del año 2018, 196 del año 2019, y la 1252 del año 2023.

Que no se puede señalar que el actor es una persona excluida porque está pensionada por invalidez, circunstancia que no le hace incompatible para recibir una pensión de invalidez de carácter laboral, toda vez que la compatibilidad es permisible dentro del sistema general de pensiones como lo indica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que establece la compatibilidad de ambas prestaciones, de manera que en ese orden de ideas, incluso hasta por acto de relacionamiento, la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha avalado tesis de la aceptación de la afiliación.

Manifiesta que es válido dentro del esquema de Seguridad Social, que los adultos mayores con edades superiores a los 57 y 62 años se incorporen al régimen de ahorro individual o al de prima media con prestación definida, porque pueden hacer valer su derecho de libertad y de voluntad y así lo indica la misma Sala Laboral de la CSJ en las sentencias 2991 del 2020, 4698 del 2020, 3331 del 2021, T-3403 y la T-4405 estos dos últimas del año 2021, que se indica por parte de la Corte Suprema de Justicia que las personas con edades superior a los 57 años y 62, pueden incorporarse al RPM y al RAIS.

Por último, señala que la demanda sí tiene unos fundamentos legales y está soportada en el ordenamiento legal y constitucional, por lo que se debe condenar a la accionada al reconocimiento y pago de la devolución de saldos con la totalidad de las sumas que deben ser llamadas a integrar la cuenta de ahorro individual, incluyendo el bono pensional y los intereses moratorios, y asimismo, se debe revocar la condena en costas que fue impuesta en contra del apoderado principal por todas las consideraciones previamente señaladas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, PORVENIR S.A. solicitó que sea confirmada la decisión de primera instancia, ya que la afiliación del Sr. FRANCISCO J. CATAÑO al RAIS se efectuó en el mes de mayo de 2016, fecha para la cual tenía 62 años, encontrándose en la prohibición legal de traslado de régimen cuando el afiliado le faltaren 10 años a o menos para adquirir el derecho pensional, señala además que es evidente no solo la violación a la ley sino también el ánimo de defraudar al sistema, con el fin de conseguir un beneficio económico del cual solo son beneficiarios los afiliados del RAIS.

C O N S I D E R A C I O N E S:

Pretende el demandante con la presente acción, se le reconozca y pague la devolución de saldos más los rendimientos financieros, incluyendo 307 semanas que fueron cotizadas a COLPENSIONES; por el contrario, PORVENIR S.A. indica que la afiliación del actor es ineficaz, en aplicación de la prohibición establecida en el literal a) del artículo 61 de la ley 100 de 1993, ya que se trata de un pensionado por invalidez, y que, además, al momento del traslado en el año 2016, se encontraba en otra prohibición legal de traslado de régimen, pues le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional.

Para una mayor claridad, están plenamente acreditados los siguientes hechos:

- i)** El señor FRANCISCO JAVIER CATAÑO PATIÑO nació el 11 de mayo de 1954, conforme a la copia del registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía¹;

¹ Folios 10 y 11 de los anexos de la demanda

- ii) Se afilió inicialmente al ISS el 3 de octubre de 1974² donde cotizó un total 307 semanas;
- iii) Mediante resolución 5823 de 1977³, el señor CATAÑO PATIÑO recibió por parte del entonces INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES -ICSS- una pensión de invalidez de origen laboral a partir del 24 de marzo de 1977, la cual a la fecha se sigue reconociendo⁴; y
- iv) Se trasladó a PORVENIR S.A. el 5 de enero de 2016⁵.

Los **problemas jurídicos** a resolver van dirigidos a establecer: 1) si es válida la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro individual con el fin de obtener la devolución de saldos junto con las cotizaciones efectuadas en el RPM; y 2) la procedencia o no de condena en costas al apoderado judicial del demandante.

1) Validez de la afiliación para la devolución de saldos

La devolución de saldos se concibe como una prestación económica establecida en el RAIS, que se genera cuando un determinado afiliado no cumple con los requisitos mínimos que la ley exige para obtener una pensión de vejez. Sin embargo, para su procedencia hay que tener en cuenta varios componentes derivados de la literalidad de las normas, v. gr., el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, cuando señala:

*“Quienes a las edades previstas en el artículo anterior (62 años los hombres, 57 las mujeres) no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros **y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar**, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.”*

² Folios 5 a 8 de los anexos de la demanda

³ Folios 58 a 59 de la contestación de PORVENIR S.A.

⁴ Folio 55 de la contestación de PORVENIR S.A. – Certificado del Consorcio FOPEP

⁵ Folio 63 de la contestación de PORVENIR S.A.

Según la norma, las personas que lleguen a los 57 años de edad, en el caso de las mujeres, o de 62 para el caso de los hombres, y que no cumplan con las condiciones para generar una pensión mínima de vejez, tienen dos posibilidades: la primera, continuar cotizando hasta alcanzar el capital necesario para acceder a la pensión; la segunda, solicitar la devolución de los saldos de la cuenta individual con los rendimientos y bonos pensionales que puedan llegar a existir.

No se puede pasar por alto que el literal h) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1299 de 1999, prevé que, cuando una persona se traslada al RAIS, tiene derecho al reconocimiento del bono pensional siempre que: i) hubiese cotizado al ISS, a cajas, fondos o entidades del sector público, cuente con tiempos de servicio público o trabajo en empresas del sector privado que tuviesen a su cargo las pensiones de sus dependientes y, ii) para el momento de cambio de régimen tuviese por lo menos 150 semanas cotizadas de forma continua o discontinua.

No obstante, debe señalarse que si bien existe en este caso una afiliación al RAIS en el año 2016 a través de la AFP PORVENIR S.A., el actor estaba incurso en la limitante establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el cual señala:

*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**" (Destaca la Sala)*

Conforme a lo reproducido, para el momento del traslado al demandante tan solo le faltaba 4 meses y 6 días para cumplir los 62 años de edad, por lo que a todas luces no era viable su traslado.

Vale añadir que no es posible justificar la validez del traslado con base en el derecho a la libre escogencia de régimen, pues éste lo pudo ejercer desde que entró en vigencia la Ley 100 de 1993. De tal modo, que, no es dable acceder a lo pretendido bajo estas circunstancias, lo cual, a juicio de la Sala, sería suficiente para despachar desfavorablemente y de una vez, las pretensiones del demandante. Sin embargo, para abundar en razones, cabe asimismo recordar que el derecho a la libre escogencia de régimen, si bien es una prerrogativa fundamental del derecho a la seguridad social, no es absoluto y fue limitado por razones de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones introduciendo la restricción legal en comento.

Esta limitación legislativa fue objeto de control constitucional por los cargos de violación del derecho de igualdad y por supuestamente menoscabar las libertades de los trabajadores, demanda que fue resuelta en la sentencia C-1024 de 2002, en la que se indicó que la limitación fijada por el legislador **resulta razonable y proporcional** en aras de lograr un fin consistente en asegurar la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional. En palabras de la Corte Constitucional se expuso, que:

...el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes,

cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.

Conforme a lo transcrito, es evidente para la Sala que en el caso de autos se aplica la prohibición de movilidad de régimen de la que se ha venido conociendo.

Por otro lado, en relación con la aceptación tácita de la afiliación, si bien en principio se podría decir que tendría cabida este criterio desarrollado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias con radicado 40531 de 2011, SL14236-2015, SL6066-2016 y la SL1252-2023, entre otras, en donde existe un silencio de la entidad de seguridad social al momento de realizarse un traslado sin el cumplimiento de la totalidad de requisitos legales exigidos, en el presente caso, no se aplica por las siguientes razones:

- 1) En la historia laboral de PORVENIR S.A. se observan cero (0) semanas cotizadas;
- 2) Las cotizaciones efectuadas por el demandante fueron realizadas a COLPENSIONES en el año 2015 y fue esta entidad la que gestionó la devolución al fondo privado, siendo la afiliación a este último en el año 2016;
- 3) Durante aproximadamente 35 años, no tuvo cotizaciones al Sistema General de Pensiones, pues su última cotización al ISS data del 20 de agosto de 1980;
- 4) Los aportes se efectuaron por los períodos de agosto a diciembre de 2015, es decir, no transcurrió un lapso de tiempo considerable haciendo cotizaciones al RAIS, como tampoco supera las realizadas en el RPM;
- 5) El demandante en su interrogatorio, afirma que siempre estuvo afiliado al ISS y desconoce por completo su afiliación a PORVENIR S.A. manifestando “yo no me he afiliado a PORVENIR”, como

tampoco recuerda haber diligenciado el formulario para el traslado;

- 6) Y, además, el actor también desconoce la reclamación que está efectuando al fondo privado, pues manifiesta que esta demandado al Seguro Social el cual le debe pagar la indemnización por invalidez y que el Seguro no le ha pagado el accidente de trabajo.

Para enfatizar aún más en la inaplicación de la figura de la afiliación tácita al presente caso, se traen a colación los argumentos esbozados en la sentencia SL14236 de 2015, en donde la Corte fue enfática en advertir que *“No es una circunstancia razonable que para un afiliado que ha cotizado de manera continua, de buena fe y con la convicción firme de estar afiliado a un régimen de pensiones, se le modifique intempestiva e inconsultamente ese régimen, acudiendo a una afiliación anterior que en la realidad no surtió ningún efecto y que resultó superada por unas cotizaciones constantes y permanentes. Al fin y al cabo, esas cotizaciones prolongadas expresan la voluntad del administrado, y su recepción pacífica por la administradora, se traduce en su aceptación tácita.”*, situaciones estas que no ocurrieron en el presente caso, por lo que no es posible validar la afiliación del demandante a PORVENIR S.A., y lo que al parecer se busca es una intención defraudadora del sistema a través de una afiliación aparente.

Aunado a lo anterior, debe recordarse que en la contestación de la demanda la AFP PORVENIR S.A. allegó la resolución por medio de la cual se le reconoció al actor una pensión de invalidez por parte del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, lo que se traduce en que el actor se hallaba inmerso en las causales de exclusión que dispone el artículo 61 de la ley 100 de 1993, para poderse afiliar válidamente al Régimen de Ahorro Individual.

El artículo en comentó dispone: “**Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:** a. Los **pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales** o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público.” (Negrilla original de la Sala)

Así pues, no puede reputarse como válida la afiliación efectuada por el demandante al RAIS, al presentarse una exclusión que brilla al ojo, pues debe recordarse que anteriormente el Instituto de Seguros Sociales manejaba los sistemas de vejez, invalidez y muerte tanto de origen común como laboral, por ende, es perfectamente válido aplicar la exclusión del artículo 61, y mucho más cuando el artículo no distingue, por lo que no le cabe al intérprete hacerlo.

Así las cosas, se deberá **CONFIRMAR** la sentencia de la primera instancia en tal sentido.

2) De la imposición en costas al apoderado judicial

Solicita el apoderado del demandante en el recurso, que se revoque la condena en costas que el juez le impuso como vocero judicial en esta causa, toda vez que, dice el recurrente, no actuó con ánimo temerario; al respecto es pertinente citar la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL3036 de 2018, cuando indicó, haciendo referencia al concepto de buena fe, lo siguiente:

“En suma, la buena fe como deber constitucional y legal de quienes actúan ante la administración de justicia, significa obrar con lealtad, sin abuso del derecho y de manera honesta, es decir, se traduce en la convicción de las personas de haber actuado con probidad y transparencia en la resolución judicial de sus controversias; por el contrario, la mala fe se refleja en quien pretende por acción o por omisión obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de rectitud y aviesa al ordenamiento jurídico.”

Ahora, el juez fundó esta decisión en los artículos 78, 79 y 81 del CGP, aplicables al proceso laboral por remisión analógica del art. 145 del CPTSS, que imponen a las partes como a sus apoderados, el deber de proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, sin temeridad en sus pretensiones, al punto que aquel apoderado que actúe de mala fe o con temeridad, se le podrá imponer, entre otras, la condena a pagar las costas del proceso.

El artículo 79 ibídem, establece en qué situaciones se presume la mala fe y/o la temeridad, encontrándose dentro de este catálogo la manifiesta carencia de fundamento legal, o que los hechos que se alegan sean contrarios a la realidad, actuación en la que incurrió el citado apoderado en el presente caso, pues, si se observa la pretensión de devolución de saldos, claramente se vislumbra que el actor está inmerso en la prohibición legal en tanto ostenta la condición de pensionado por invalidez a cargo del ISS, que en PORVENIR S.A. tiene cero (0) semanas cotizadas, que su tentativa de traslado de fondo lo hizo 35 años después de su última cotización al ISS, que el traslado se intentó faltándole solo 4 meses y 6 días para cumplir los 62 años de edad y, en fin, que el mismo demandante adujo al absolver interrogatorio de parte no saber de ningún vínculo con PORVENIR S.A.

Se evidencia un intento de aprovechamiento del sistema pensional, debido a que es bien conocido que, en el RAIS, es mucho más favorable la liquidación de esta prestación.

En orden a lo anterior, no encuentra la Sala que la sanción impuesta constituya una restricción al acceso a la justicia, sino una herramienta racionalizadora del mismo, por lo que en este aspecto y como quiera que se insistió en la devolución de saldos en esta instancia aún a sabiendas de la improcedencia de la misma, se **CONFIRMARÁ** la decisión apelada, más la consecuente imposición en costas igualmente en esta instancia a cargo del mismo profesional del derecho.

Así, las costas en esta instancia, por haber resultado vencido en el recurso, corren también a cargo del apoderado judicial y en favor de la demandada, cuyas agencias en derecho se fijan 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:

CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, el día 26 de septiembre de 2023.

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

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

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

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

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

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: **d9a84cbc4bedcbe4f0be1d9d6c0dd88244360595e8e2ad464a01b5666cafeaf**

Documento generado en 04/03/2024 10:52:21 AM

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