



## **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

**Medellín, nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023)**

Demandante: CLAUDIA EUFEMIA PARRA MEAURY  
Demandados: ACP COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.  
Radicado: 05001 31 05 005 2022 00007 01  
Sentencia: S-052

### **AUTO**

En atención a la escritura pública 1326 del 11 de mayo de 2022 allegada al expediente, así como la inscripción en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., se le reconoce personería como apoderado judicial de PORVENIR S.A. al Dr. OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO, T.P. 380.131 del C. S. de la Judicatura.

### **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR S.A. y por COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín el día 7 de abril de 2022.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada

previamente por los integrantes de la Sala.

### **PRETENSIONES:**

CLAUDIA EUFEMIA PARRA MEAURY demandó a PORVENIR S.A., a COLFONDOS S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. en enero de 1997, así como la ineficacia de los traslados realizados con posterioridad dentro del propio RIAS, disponiendo el traslado de todas las cotizaciones y rendimientos. Pretende además que se ordene a COLPENSIONES recibirla como afiliada y que se condene en costas a las entidades demandadas.

### **LOS HECHOS:**

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 8 de noviembre de 1973; que tiene 1090 semanas de cotización en toda su vida laboral; que comenzó a cotizar luego de que en diciembre de 1996 se vinculara al MUNICIPIO DE CHITAGA, donde le solicitaron afiliarse a la AFP HORIZONTE; que en ese momento no le informaron cómo se calculaba el valor de la mesada pensional, ni le hicieron un comparativo con las condiciones en el Régimen de Prima Media; que para mayo del año 2000 se encontraba trabajando para el MUNICIPIO DE LOS PATIOS cuando le solicitaron trasladarse a COLFONDOS S.A.; que en octubre del año 2003 se afilió nuevamente a la AFP PORVENIR S.A.; que en ninguna de esas afiliaciones recibió una información suficiente, clara y oportuna; y que su solicitud de traslado a COLPENSIONES ha sido negada por las entidades demandadas.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

Al contestar, COLPENSIONES acepta únicamente la fecha de nacimiento de la demandante, indicando que no le consta lo demás

por tratarse de situaciones ajenas a su conocimiento que deben ser probadas en el curso del proceso. Se opuso a las pretensiones en tanto los formularios de afiliación al RAIS gozan de plena validez y como excepciones propuso carga dinámica de la prueba; inexistencia de vicio en el consentimiento; devolución de cuotas de administración, seguros previsionales y comisiones indexados; imposibilidad de condena en costas y compensación.

PORVENIR S.A. acepta la afiliación de la demandante a esa entidad, indicando que ello obedeció a una decisión libre y voluntaria en cumplimiento de las obligaciones vigentes para esa época, efectuándose la debida asesoría y entregándose una información clara, suficiente y veraz. Se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda indicando que la asesoría estuvo precedida de una información clara, expresa, completa, veraz y oportuna. Como excepciones propuso prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, COLFONDOS S.A. acepta la fecha de nacimiento de la demandante y la afiliación a esa entidad, explicando que al momento de brindarle la asesoría le entregó toda la información en cuanto al RAIS, además de que su traslado obedeció a un acto libre y voluntario. Se opuso a las pretensiones de la demanda como quiera que le fue suministrada una asesoría completa e integral respecto de todas las implicaciones de su traslado. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción, compensación y pago.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

Mediante sentencia del 7 de abril de 2022, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín tomo las siguientes decisiones: i) DECLARÓ la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante al Régimen de

Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A., así como el posterior traslado a COLFONDOS S.A. y el regreso a la misma PORVENIR S.A., ORDENÁNDOLE a ésta última trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros; ii) ORDENÓ a todas las AFP del régimen privado la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, recibidos durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a cada entidad, junto con la respectiva indexación; iii) ORDENÓ a COLPENSIONES recibir las anteriores sumas y activar la afiliación de la demandante al RPMPD; y iv) CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., fijando como agencias en derecho el equivalente a \$500.000 a cargo de cada una de ellas.

### **DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación teniendo en cuenta que dentro del presente proceso se verificó que la demandante no tuvo una afiliación inicial en el Régimen de Prima Media, nunca estuvo vinculada ante el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y por ello hay una inoponibilidad por ser un tercero de buena fe. Se entiende que la ineficacia o nulidad resultaría inoponible frente a terceros de buena fe como en este caso es COLPENSIONES, aunado a la seguridad jurídica que se deriva de la inoponibilidad lo que pretende proteger derechos patrimoniales de terceros, que en este caso tienen alcance frente al principio de la sostenibilidad financiera y al principio de la planeación de la reserva pensional.

Solicita se revoque la decisión emitida por el despacho en esta instancia y no se declare la ineficacia del traslado inicial que realizó la demandante a la AFP PORVENIR y por lo cual se entiende que está válidamente afiliada a la misma y no se ordene la devolución de todo

lo que tenga la demandante en su cuenta de ahorro individual por cuanto no debe proceder el retorno al Régimen de Prima Media.

Por su parte, la apoderada de PORVENIR S.A. presenta recurso de apelación de forma total debido a que en la sentencia no se tuvieron en cuenta las circunstancias propias del caso, por cuanto no era jurídicamente procedente la declaratoria de la ineficacia de la afiliación al RAIS teniendo en cuenta que según esta figura y según lo decantado por las altas cortes, se busca devolver las cosas a su estado anterior, lo que en el presente proceso no se logra ver precisamente porque la demandante no estuvo afiliada a COLPENSIONES.

La demandante de manera libre y voluntaria decidió elegir a PORVENIR como su fondo de pensiones inicial, por lo que no es procedente tal declaratoria. Solicita igualmente revocar la condena consistente en trasladar a COLPENSIONES los dineros recibidos con ocasión a la afiliación; no obstante, si se decidiera dejar en firme tal declaratoria, solicita que no se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los dineros recibidos por concepto de cuotas de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, esto debido a que invirtió estos dineros de acuerdo a un mandato legal previamente establecido en el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y a su vez se recuerda que toda decisión debe ir acorde con el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

Dentro del término legalmente concedido, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión a través de los cuales solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se le absuelva de todas las pretensiones de la demanda, para lo cual reitera los argumentos expuestos en la respectiva contestación.

Por su parte, el apoderado de PORVENIR S.A. señaló que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley. De mantenerse la declaratoria de ineficacia de traslado, solicita no se condene al traslado de los dineros descontados por gastos de administración, especialmente por tener una destinación específica conforme lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

### **CONSIDERACIONES:**

Lo primero que interesa precisar, es que no se está en este caso en presencia de una eventual ineficacia de un **traslado** desde el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS - al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD –, sino de una petición de ineficacia y/o nulidad de la afiliación primigenia al régimen, o lo que es lo mismo, de la primera vinculación al sistema de pensiones de la trabajadora que apenas se incorpora a la fuerza económicamente activa.

El caso clásico del traslado de régimen, el cual ha sido profusamente desarrollado por nuestra jurisprudencia ordinaria laboral, se ha caracterizado porque, en general, los asesores o promotores de los Fondos Privados de pensiones despliegan una conducta pro activa en la búsqueda de nuevos clientes, en cuyo ejercicio invitan e intentan convencer a las personas afiliadas al RPMPD de COLPENSIONES, para que migren al RAIS administrado por los distintos Fondos Privados. Y ha sido allí, en las falencias que presentan las informaciones que sobre el sistema se les prodiga a los afiliados, donde se ha sustentado la ineficacia del traslado. Formas estas que no siempre se suceden en los casos de la primera afiliación al sistema pensional, a menos que se demuestre lo contrario.

Distintas son las consecuencias de la ineficacia, pues es de la esencia de esta figura que las cosas vuelvan a su estado inicial, como si el acto declarado ineficaz nunca se hubiere producido. Se traduce lo anterior en que, en el evento de la ineficacia del traslado, el afiliado retorna sencillamente a la misma entidad a la cual se hallaba vinculado antes del acto del traslado, esto es, a COLPENSIONES o a cualquier otro Fondo Público en el que viniera afiliado; pero, ¿qué sucede con la ineficacia de la primera afiliación al sistema, cuando no existe entidad alguna a la cual se entienda previamente afiliada la persona?

Al respecto, esta Sala considera que la propia ley trae las herramientas jurídicas necesarias para dar solución al anterior interrogante, concretamente el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que establece:

*“**Artículo 271.** El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. (...)”*

***La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.*** (subrayas y negrilla de la Sala).

En el caso bajo estudio, desde la demanda misma y en armonía con la norma anterior, se pretende que, una vez se declare la ineficacia y/o la nulidad de la afiliación, se ordene igualmente a COLPENSIONES “... recibir a la señora CLAUDIA EUFEMIA PARRA MEAURY”, así como “... trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual del afiliado y demandante”.

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 (a), 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, afirmó que su profesión es abogada graduada apenas en abril de 1997; que no estuvo afiliada al ISS; que su empleador le entregó el formulario de vinculación a PORVENIR S.A. sin recibir una información adecuada y comprensible de sus implicaciones; que antes de cumplir los 47 años de edad no fue informada acerca del plazo máximo legal que le permitía trasladarse de régimen pensional; y que no le explicaron situaciones elementales del RAIS como la generación de rendimientos financieros.

En los hechos de la demanda la parte demandante enfatiza que al momento de la afiliación no obtuvo una suficiente información sobre las condiciones de su pensión de vejez, las diferencias con el Régimen de Prima Media, sus características positivas y negativas o las distintas modalidades pensionales en el RAIS.

Ahora; al contestarse la demanda por parte de PORVENIR S.A., se observa claramente cómo esta entidad es persistentes, reiterativa y pertinaz, en alegar que a la demandante le fueron explicadas de manera clara y precisa las diferencias entre los regímenes pensionales existentes y las características propias de cada uno de ellos, con detalle de los conceptos que los conforman, refiriendo con una serie de expresiones a través de las cuales afirma categóricamente que en el caso de la demandante, dicha entidad cumplió con su deber de



información adecuada, completa y detallada sobre sus expectativas concretas.

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

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

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

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

En el presente caso, no existe ningún rasgo probatorio que permita tener por acreditado que 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”*.

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

Lo anterior por cuanto no solo el ya citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 así lo permite, según el análisis que del mismo se hizo con anterioridad, sino que también el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 lo posibilita en los siguientes términos:

*b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, **quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.** El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente Ley; (Subrayas y negrillas de la Sala)*

En la sentencia 4803-2021 rad. 88879 del 20 de octubre de 2021, la Corte Suprema en su Sala Laboral hace las siguientes observaciones, que se acompañan con el tema que aquí se trata:

*"La sentencia CSJ SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados **y a quienes potencialmente puedan serlo**, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto. (Destaca esta Sala)*

*(...)*

*"Por ello se ha sostenido que existe toda una batería normativa de carácter especial que reguló la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, lo cual concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga*

*de la prueba, en favor del afiliado, como se explicó, entre otras, en la misma providencia que se viene citando:*

*“En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.”*

### **Conceptos a trasladar.**

De otro lado, en cuanto a orden de trasladar a COPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual, entre ellos cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, pagos de seguro y reaseguro y para de garantía de pensión mínima, tema cuestionado en el recurso de apelación, debe indicarse que no es ello más que una consecuencia de la aplicación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando establece que *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*

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

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

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

*"Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales**, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.  
(...)"*

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos**, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida. **Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima**, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."*

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

*"En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales*

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

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

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 los mismos con base en el poder jurídico que a ella le otorga el ya varias veces citado artículo 27 de la ley 100, en el sentido de que al dejarse sin efectos la afiliación inicial, el afiliado podrá realizarla de nuevo en forma libre y espontánea.

Con base en lo anterior, la decisión de primera instancia será confirmada en todas sus partes.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A., por haber sido vencidas en el recurso, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1'160.000 por partes iguales y en favor de la parte actora.

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 Quinto Laboral del Circuito de Medellín, el día 7 de abril de 2022.

Costas, como se dio en la parte motiva, a cargo de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A., por haber sido vencidas en el recurso, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1'160.000 por partes iguales y en favor de la parte actora

Notifíquese por EDICTO.

**Salvamento de voto.**



### **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Demandante: CLAUDIA EUFEMIA PARRA MEAURY  
Demandados: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

Radicado: 05001 31 05 005 2022 00007 01

**Medellín, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023)**

**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.

**Como fundamento fáctico de sus pretensiones** relata la actora, que, comenzó a cotizar luego de que en diciembre de 1996 se vinculara al MUNICIPIO DE CHITAGA, donde le solicitaron afiliarse a la AFP HORIZONTE; que en ese momento no le informaron cómo se calculaba el valor de la mesada pensional, ni le hicieron un comparativo con las condiciones en el Régimen de Prima Media; que para mayo del año 2000 se encontraba trabajando para el MUNICIPIO DE LOS PATIOS cuando le solicitaron trasladarse a COLFONDOS S.A.; que en octubre del año 2003 se afilió nuevamente a la AFP PORVENIR S.A.; que en ninguna de esas afiliaciones recibió una información suficiente, clara y oportuna; y que su solicitud de traslado a COLPENSIONES ha sido negada por las entidades demandadas.

A juicio de este servidor judicial, para resolver controversia planteada, es necesario tener en cuenta que la afiliación a los distintos regímenes pensionales la establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone en el literal b) lo siguiente:

*“b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier*



*forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley.”*

Así mismo, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dispone:

*“Artículo 271: El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario.*

*(...)*

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

De igual forma, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993, hoy compilado en el artículo 2.2.2.1.8 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, establece:

*“DILIGENCIAMIENTO DE LA SELECCIÓN Y VINCULACIÓN. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.”*

Del análisis de las normas legales antes transcritas, se concluye que la afiliación a cualquier régimen pensional es libre y voluntaria y se concreta mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario, lo cual es un requisito necesario para poder acceder a las prestaciones del Sistema General de Pensiones. No obstante, en caso que cualquier persona impida o atente contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen, se hará acreedor las sanciones previstas en el Art. 271 de la citada Ley 100, que dispone que dicha afiliación quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente.

Ahora, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha consolidado una línea jurisprudencial para los casos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es decir, en aquellos eventos en que las personas se

encontraba afiliada a un régimen pensional (usualmente el de prima media con prestación definida) y que por omisión o falta de información, los asesores promovieron el traslado a otro régimen pensional (usualmente el de ahorro individual con solidaridad), jurisprudencia que no puede ser aplicada a este caso, pues 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 nulidad o ineficacia, se requeriría que cualquier persona hubiera **impedido o atentado** contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen, no que no le hubiera suministrado asesoría para escoger uno u otro régimen pensional, pues en este caso no hay con qué otro compararlo al que ya hubiera estado afiliada la demandante, del que tuviera una expectativa creada.

En este orden, contrario a lo que sucede con la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se trate de la primera afiliación, es carga del trabajador probar que su empleador o algún empleado de la AFP de cualquiera de los dos regímenes al que se afilió, **le impidió afiliarse al otro, o atentó contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen**, lo que no está probado en el proceso, pues en el mismo ninguna prueba existe que el empleador de la demandante haya sido quien le indicó que se afiliara al RAIS o a una determinada AFP, e incluso si estuviera ello probado, tal acto no se podría considerar como una acción que le hubiera impedido a la actora afiliarse al régimen pensional de prima media, pues bien había podido rechazar la sugerencia de afiliación, y solo en caso de fuerza para aceptarla, se podría considerar que se atentó **contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen**.

Así, la situación 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 HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A.

o su empleador atentaron contra el derecho a la libre afiliación y selección del régimen pensional, o le impidieron escoger libremente, aspectos que ni siquiera los fundamentos de hecho de la demanda contemplan.

En el presente asunto, es relevante que la actora tuvo muchos años para haberse trasladado al RPM, aún en el caso que alguna persona hubiera impedido o atentado contra el derecho de libre afiliación y selección del régimen pensional de prima media, entre el año 1996 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, constituyeron actos jurídicos válidos, sin que exista prueba alguna en el plenario que persona alguna, natural o jurídica, 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 PROTECCIÓN S.A., en cumplimiento de estas solemnidades que legalmente se exigía en el momento, razón por la cual produjo los efectos de una afiliación válida al RAIS.

No sobra manifestar que quienes se afilian al RAIS, objetivamente les representa algunas ventajas frente a quienes se afilian al RPM como son: **i)** La devolución de saldos, de no cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, es mucho más favorable en su monto que la indemnización sustitutiva que reciben en el RPM. **ii)** Tienen la garantía de pensión mínima de vejez con 1150 semanas cotizadas que no la tienen quienes escogieron el RPM, los que con posterioridad al año 2010 no pueden acceder a la pensión si no cuentan al menos con 1175 semanas las que se incrementaron en los años siguientes hasta 1300 semanas en el año 2015. **iii)** En el evento que fallezca un afiliado al RAIS sin que tengan beneficiarios que legalmente puedan acceder a la pensión de sobrevivientes los dineros existentes en su cuenta de ahorro pensional pasan a sus herederos, lo que no ocurre en el régimen pensional de prima media, pues los dineros cotizados no son devueltos. **iv)** Si el pensionado en el RAIS ha escogido la modalidad de retiro programado y fallece sin tener beneficios de la pensión de sobrevivientes, los saldos existentes en su cuenta de ahorro pensional, pasan a sus herederos, lo

que no ocurre en el régimen pensional de prima media, pues los dineros cotizados no son devueltos.

Ahora en lo que tiene que ver con el monto de la pensión que obtendría la demandante en el régimen de prima media comparado con el que alcanzaría en el RAIS a la misma a la edad mínima de 57 años del RPM, en el año 1996 que la demandante se afilió al RAIS, nadie podía predecir si le resultaría más favorable el valor de la pensión de vejez que obtendría en el régimen de prima media o el de ahorro individual, pues el monto de los ahorros pensionales con la que se financia esta prestación en el RAIS y del que se deriva el monto de esta prestación, depende de situaciones económicas y financieras favorables o no respecto de los negocios que realizan los fondos de pensiones privados en el mercado para obtener dividendos o rendimientos financieros sobre los ahorros de las cuentas pensionales de sus afiliados.

Pero es más, tanto en el RAIS como en el RPM, el monto de la pensión, influyen situaciones futuras del afiliado, que pertenecen al mundo del azar, unas y a decisiones libres del afiliado otras, pues si un afiliado al RAIS decide hacer vida marital o casarse con una persona de muy joven o tener hijos a avanzada edad cuando está a punto de obtener la pensión de vejez, ello necesariamente influirá en el monto de la pensión, o si por ejemplo en el RPM por azar el afiliado pierde el empleo que le irrogaba un buen salario y no puede seguir cotizando con un buen ingreso base de cotización en los últimos 10 años, el valor de su pensión se va a ver menguado.

Es decir que el monto de la pensión en el RAIS, puede ser favorable o perjudicial al afiliado comparado con el monto de la citada prestación en el RPM dependiendo de los vaivenes de la economía, no pudiéndose entonces, como en el caso de la accionante esperar casi veinticinco años para saber si le fue o no más favorable la afiliación al RAIS en lo que concierne al monto de la pensión, para solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues ello conduciría a que los afiliados a uno u otro régimen pensional manipularan el sistema pensional a conveniencia según las circunstancias del momento en el que puedan sacar provecho, pues por ejemplo si un afiliado al RAIS después de largos años de haber escogido este régimen pensional encuentra que el monto de la pensión de vejez le fue perjudicial ello derivaría una nulidad o ineficacia de

la afiliación, pero si le resulta favorables obtener una de las ventajas antes descritas en el RAIS su afiliación no es nula o ineficaz.

Lo mismo ocurriría con un afiliado al RPM que al no tener las ventajas de los afiliados al RAIS antes mencionas, después de largos años de haberse afiliado por primera vez y permanecer en el RPM, si ve la conveniencia de aprovecharse los benéficos del RAIS, demandaría la ineficacia de su afiliación la RPM aduciendo que no le explicaron o no supo de las ventajas del RAIS; como por ejemplo quien cuenta con 1150 semanas cotizadas con las que no puede obtener la pensión de vejez en el RPM, pero sí en el RAIS, o en el caso de quien no alcanzó el derecho a una pensión en el RPM, resultándole más conveniente la devolución de saldos del RAIS que la indemnización sustitutiva del RPM, caso en el cual demandaría la ineficacia o nulidad de su afiliación al RPM, para poderse beneficiar de las prerrogativas del RAIS, manipulado así a su antojo y conveniencia el sistema pensional.

Respecto del posible monto de la pensión en el RAIS, frente al que obtendría en el RPM que es lo que motiva a la actora a solicitar la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede constituirse en motivo de ineficacia de la afiliación. Al respecto se pronunció la SCL de H. CSJ en la sentencia de radicación 31.989 de septiembre 9 de 2008, MP: Dr. Eduardo López Villegas, en los siguientes términos:

*“Un segundo conjunto de elementos son las proyecciones que, a partir de los datos anteriores, se construyen con fórmulas actuariales, y que dan cuenta del posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, y su comparación con la que recibiría en el régimen de prima media; el valor de la primera, dando por admitida la corrección de las fórmulas, de su aplicación y de su pertinencia, es una proyección cuyo resultado final, depende del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, razón por la cual, del mero hecho de no cumplirse las expectativas, no puede predicarse engaño.”*

Igualmente, sobre la no procedencia de la ineficacia de la primera afiliación al RAIS, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias SL 3414 de 2022 y SL- 1806 de 2022. En esta última adujo la Corte lo siguiente:

*“Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez*

del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho.”

**Finalmente, es necesario manifestar que si la razón para declarar la ineficacia, es que la AFP del RAIS, no le suministró información a la demandante sobre las características del RAIS, igual ineficacia comportaría la afiliación que se ordena en el fallo de primera y segunda 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 benéficos y perjuicios de la pertenencia a este régimen pensional, en comparación con el del RAIS.**

Por las razones anteriormente explicadas, respetuosamente me aparto de la decisión de la Sala mayoritaria de CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, pues por las razones explicadas considero que debió ser revocada, para en su lugar absolver a las demandadas de todas las pretensiones 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**

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: **13225147c1fe687072e5b5d2d0b49ac1c401e0511926b6874c4e02325b26e9c7**

Documento generado en 09/03/2023 02:50:40 PM

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