



## **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

**Medellín, veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023)**

Demandante: MANUEL GAMBOA PALACIOS  
Demandados: ACP COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. y DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA  
Radicado: 05001 31 05 006 2019 00470 01  
Sentencia: S-100

### **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 dar trámite al recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín el día 29 de julio de 2022.

De acuerdo a lo dispuesto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

### **PRETENSIONES**

MANUEL GAMBOA PALACIOS demandó a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A., pretendiendo:

**“PRIMERO:** Se **DECLARE la NULIDAD - INEFICACIA** de la afiliación de MANUEL GAMBOA PALACIOS al REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

**SEGUNDO:** Se **DECLARE** que MANUEL GAMBOA PALACIOS se encuentra FACULTADO para ejercer el derecho de la LIBRE ESCOGENCIA DE REGIMEN entre el REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA y el REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, se **CONDENE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la DEVOLUCIÓN de la totalidad de las semanas de MANUEL GAMBOA PALACIOS al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD - PROTECCION de preferencia del actor”

(...)

## LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones que fue afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD- del Departamento de Antioquia el 16 de septiembre de 1979; que actualmente esta afiliado a COLPENSIONES, pero desconoce los motivos de su afiliación ya que no fue asesorado ni informado sobre las implicaciones de esta afiliación; que nunca se le informó que de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, podría obtener la devolución de saldos y la capitalización del bono pensional; que cumplió los 60 años el 8 de abril de 2010; que el Departamento de Antioquia le manifestó que no accedía al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y que solicitó la afiliación a PROTECCIÓN S.A. sin producir resultados satisfactorios.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES admite que el actor estuvo afiliado al Departamento de Antioquia y que actualmente se encuentra afiliado a

COLPENSIONES; no es cierto que no se le brindara información al demandante toda vez que siempre se le entregó información de los efectos al cambiarse de régimen, tanto negativos o positivos; admite la edad del actor; no le consta la negativa de la indemnización sustitutiva efectuada por el Departamento de Antioquia y no le consta la solicitud de vinculación elevada a PROTECCIÓN S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demandante bajo el argumento que carecían de fundamento legal y fáctico. En su defensa propuso las excepciones de imposibilidad de decretar la ineficacia de traslado, falta de legitimación en la causa por pasiva, traslado conforme derecho, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. dice no constarle la afiliación a otro régimen pensional ni la circunstancias de la misma, por lo que se atiene a lo demostrado; que es cierta la edad que aduce; que no le consta la resolución a la que hace referencia la parte demandante, por medio de la cual le negaron la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y que es cierto que elevó solicitud de nulidad de afiliación el 11 de julio de 2019, no obstante, la misma no es procedente debido a que nunca ha estado afiliado al RAIS. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, indicando que, en el año 2019, fecha en la que el actor manifiesta su interés de pertenecer al RAIS, contaba con 65 años de edad, es decir, era excluido del RPM, conforme al artículo 2º del decreto 758 de 1990. Y formuló la excepción previa de denominada falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva con el Departamento de Antioquia, y como excepciones de mérito la de validez de la afiliación al RPM, buena fe, hecho exclusivo de un tercero, imposibilidad de selección de régimen al que nunca se ha presentado afiliación, imposibilidad de traslado de régimen con base en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, imposibilidad de recibir una prestación económica del RAIS sin que cotice 500 semanas al sistema y prescripción.

Por otro lado, el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, dio respuesta a la demanda aceptando que laboró en esta entidad entre el 16 de septiembre de 1979 y el 18 de septiembre de 1989, cuando dejó de ser empleado público adscrito al ente territorial; que no es procedente dar aplicación a la ley 100 de 1993, ya que esta norma no había nacido al mundo jurídico en aquel tiempo; que entre el 19 de septiembre de 1989 y el nacimiento o entrada en vigor de la ley 100 de 1993, pasó un tiempo considerable y por tal razón, la elección de régimen era un asunto personalísimo del demandante. Indica que no le consta la afiliación a COLPENSIONES, ni la información suministrada, como tampoco la edad del demandante; que es cierta la negativa de la indemnización sustitutiva, ya que no podía devolverse al demandante lo que jamás se le ha descontado, pues era esta entidad la que asumía con su propio peculio los reconocimientos pensionales de sus empleados o trabajadores oficiales que alcanzaban el derecho a la pensión de vejez. Que no le consta la solicitud elevada a PROTECCIÓN S.A. Se opuso a las pretensiones, toda vez que no son competencia de la entidad. Propuso como excepciones la de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y prescripción.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 29 de julio de 2022, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, **ABSOLVIÓ** a las entidades demandadas de las pretensiones formuladas en su contra por el demandante, argumentando que no existió prueba alguna de la parte actora para acreditar la ineficacia o nulidad de la afiliación a Colpensiones, pues de las pruebas aportadas se demostró su libre albedrío. **CONDENÓ** en costas procesales a la parte actora.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con lo decidido, la parte demandante interpuso recurso de apelación manifestando en síntesis que se aparta de los argumentos

utilizados por la juez, para concluir que en la demanda no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante, ya que estas consideraciones van en contravía de las normas y presupuestos de la Ley 100 de 1993, como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia. Que desconoció el despacho los hechos segundo y tercero de la demanda, ya que se plantean negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba, y quien tenía la carga probatoria era COLPENSIONES, y que, para la fecha de traslado, es decir en el año 2015, se debían explicar las diferencias entre los dos regímenes pensionales existentes, las características, bondades, desventajas y riesgos, lo cual no fue probado dentro del proceso y brillan por su ausencia. Indica que el formulario de afiliación no es prueba de que se haya brindado una información, toda vez que no existe prueba de que esta se entregó, y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido pacífica sobre el deber de información, por lo que se debe declarar la ineficacia de la afiliación del año 2015, y como consecuencia dar la oportunidad al actor de escoger el régimen pensional que más le convenga como lo es la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad que debe reconocer la devolución de saldos.

Añade que se debe tener en cuenta que el artículo 61 de la ley 100 de 1993 no prohíbe la afiliación del actor, ya que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL413-2019 y SL4698-2020, han sido unánimes y pacíficas en determinar que solo excluye a las personas que tenían el beneficio de la transición y que se vean afectados, lo cual no sucede en el presente caso.

Solicita que, en caso de no prosperar la ineficacia ni la afiliación al RAIS, se condene al Departamento de Antioquia o a COLPENSIONES, a la indemnización sustitutiva, toda vez que fueron pretensiones a las que se resistieron las demandadas, e incluso al Departamento se le realizó dicha reclamación, y que, si bien van dirigidas a una

devolución de saldos, esta guarda la misma finalidad que la indemnización sustitutiva.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, no obstante, no es posible impartirle trámite alguno a tal memorial por cuanto quien suscribe el mismo no acredita la calidad de apoderada de la entidad.

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

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado plenamente acreditados, y que merecen ser tenidos en cuenta para la presente decisión, están: *i)* el señor MANUEL GAMBOA PALACIOS nació el 8 de abril de 1950, conforme a la copia del registro civil de nacimiento aportado por el Departamento de Antioquia y la cédula de ciudadanía; *ii)* prestó sus servicios al Departamento de Antioquia – Secretaría de Educación - desde el **16 de septiembre de 1979 al 18 de septiembre de 1989** en el cargo de Director-docente; *iii)* que le solicitó al Departamento de Antioquia la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual fue negada a través de la resolución 2017060079198 del 3 de mayo de 2017; y *iv)* que se afilió a COLPENSIONES el **18 de febrero de 2015**, como independiente, entidad en la que se encuentra actualmente afiliado y en la cual NO ha realizado cotización alguna.

Ahora, lo que pretende el demandante con la presente acción, es que se declare nula o ineficaz su afiliación a COLPENSIONES y que, consecuentemente, se le permita ejercer su derecho a la libre escogencia de régimen, preferentemente afiliándose a PROTECCIÓN S.A., apoyado en que nunca recibió un asesoramiento por parte de COLPENSIONES para efectuar su afiliación. Lo anterior, a su vez, con la finalidad de que se le apliquen las características más favorables

del RAIS como lo es la devolución de saldos con la respectiva capitalización del bono pensional. (Véase hecho 3º de la demanda)

Importa señalar, en primer lugar, que en múltiples providencias proferidas por la jurisdicción laboral desde el año 2008, se ha decidido al tema de la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, presupuestando la falta del deber legal de ofrecer una debida información. En el presente caso, si bien la parte actora insiste en argumentar con los mismos fundamentos jurídicos, en el caso que hoy nos ocupa existe una gran diferencia por las siguientes razones.

Para comenzar, el caso sometido a análisis está rodeado de características específicas que lo diferencian, como viene de decirse, del común de los casos antes examinados. Se trata aquí de,

- Que el Sr. MANUEL GAMBOA PALACIOS laboró para el Departamento de Antioquia entre el 16 de septiembre de 1979 y el 18 de septiembre de 1989, sin cotizar al sistema pensional.
- Entre esta última fecha (18 de septiembre de 1989) y el 18 de febrero de 2015, esto es, durante aproximadamente 26 años, no tuvo vinculación alguna al sistema general de pensiones.
- Ese 18 de febrero de 2015, a los 64 años de edad, muy cerca de cumplir los 65, se afilió como independiente y por primera vez en su vida al Sistema General de Pensiones a través de COLPENSIONES, entidad a la cual, sin embargo, no efectuó ninguna cotización.

¿Qué sentido tendría la nulidad o la ineficacia de la afiliación a COLPENSIONES en estas condiciones? Visto el panorama anterior, la afiliación del demandante a COLPENSIONES a los casi 65 años de edad como independiente y sin efectuar ninguna cotización, además

de nunca haberlas hecho con antelación, es, para la Sala, una afiliación aparente, con cuya presunta ineficacia, prevalida de una falta de adecuada asesoría por parte del Fondo público, parece sugerir que lo que se busca es lograr el aval del juez para afiliarse a PROTECCIÓN S.A., pues, sin ello, dicho cometido no sería posible por razón de la edad del accionante. Esto es, estaría incurso en la limitante establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, como luego se ampliará:

*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)*

Vale añadir que no es posible justificar tal pretensión fundado en la necesidad de ejercer el derecho a la libre escogencia de régimen, pues éste lo pudo ejercitar desde que entró en vigencia la Ley 100 de 1993. De tal modo no es dable acceder a lo pretendido bajo estas circunstancias, cuando parece vislumbrarse la intención del demandante, plasmada en el hecho 3º de la demanda, en cuanto alude que no fue asesorado sobre la respectiva devolución de saldos con la capitalización del BONO PENSIONAL.

Lo anterior, 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 acotar lo siguiente:

1.- Aun admitiendo la eventualidad de la ineficacia de la afiliación del demandante en el año 2015 a COLPENSIONES, no existe en su caso ningún régimen anterior al cual pudiera retornar, ni semana alguna



que pudiera *devolver* como se pide en las pretensiones. Se acredita que estuvo vinculado al Departamento de Antioquia antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que podría conducir, hipotéticamente, a que en el caso de prosperar la ineficacia, en principio sería ésta entidad pública la supuesta encargada del reconocimiento de las prestaciones económicas. Así se colige, incluso, de la Resolución 2017060079198 del 3 de mayo de 2017, por la cual el ente departamental negó la indemnización sustitutiva que el actor había solicitado:

*“Revisado el expediente de prestaciones sociales y los registros de pago, se encontró que el señor **MANUEL GAMBOA PALACIOS**, según certificado de información Laboral, consecutivo 6561 - 16, expedido el 12 de octubre de 2016 por la Secretaria de Educación Departamental, prestó sus servicios al Departamento de Antioquia, con Cargo a la Nación con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, del 16 de septiembre de 1979 al 18 de septiembre de 1989, con interrupciones (60 días), para un total de 3.594 días (calculado sobre años de 365 días), que equivalen a 9 años y 308 días de servicio, tiempo durante el cual esta entidad asumía totalmente el pago de la pensión de jubilación de sus empleados, **sin que para ello los servidores efectuaran ningún tipo de cotización o aportes**, por lo tanto no procede la devolución solicitada.”* (Negrillas del original)

Ahora. Antes de analizar las razones del demandante para ejercer voluntariamente su derecho de afiliación a COLPENSIONES, la cual pretende se declare nula o ineficaz, es necesario hacer énfasis en lo que respecta a la libre elección de régimen, pues debe recordarse que dicho derecho, 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 por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, introduciendo una restricción consistente en que a las personas a las que les falten menos de 10 años para cumplir la edad pensional no pueden ejercer su movilidad entre regímenes pensionales.

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 hablando, pues en caso tal de que se declare como ineficaz la afiliación a COLPENSIONES, no se puede pasar por alto que la parte actora no ha pertenecido al RAIS, y, por lo tanto, se tendría que analizar igualmente la exigencia para cambio de régimen traída por el literal f del artículo 2 de la Ley 797 de 1993.

2.- Por otra parte, si se toma como fecha de afiliación la realizada el 18 de febrero de 2015<sup>1</sup>, igualmente el actor encajaría en la prohibición legal para afiliarse al RAIS, al contar en ese momento con una edad de 64 años, 10 meses y 10 días, sin que se pueda sostener como lo hace el recurrente, que se le otorgue al demandante la oportunidad de realizar una nueva selección “inicial” de régimen pensional, máxime cuando su pretensión es precisamente que se haga el traslado de recursos pensionales al RAIS incluso luego de cumplida la edad pensional, lo que desde luego afecta el ámbito de protección creado por el artículo 2 de la Ley 797 de 1993 para el sistema de pensiones.

Así las cosas, concluye la Sala que no es posible el traslado al RAIS, puesto que se estaría claramente en contravención de la prohibición consagrada en literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 y en ese sentido se **CONFIRMARÁ** la decisión apelada por la parte actora, pero por las anteriores razones.

3.- Por último, es pertinente indicar, que no es procedente analizar la solicitud subsidiaria realizada por el apoderado del demandante SOLO en la sustentación del recurso de apelación, no incluida en el texto de la demanda, en el sentido de que al no salir adelante la ineficacia se estudie la condena de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo COLPENSIONES o al Departamento de Antioquia, pues en el libelo originario únicamente se planteó tanto en el acápite de las pretensiones como en los fundamentos fácticos y jurídicos, la libre escogencia de régimen para la devolución de los aportes realizados en el RPMPD al RAIS, ya que sería más beneficiosa la devolución de saldos. Y en caso tal de acogerse el estudio de lo solicitado, se estaría violentando el principio de defensa y contradicción, pues las accionadas no tuvieron la oportunidad procesal de controvertir dichas

---

<sup>1</sup> Folios 31 del expediente digitalizado – Formulario de afiliación al sistema general de pensiones

pretensiones, recalcando que la fundamentación jurídica o de derecho de la demanda, va encaminada a sustentar su cometido principal que no era otro que obtener, se repite, la ineficacia o nulidad de la afiliación a COLPENSIONES.

Costas en esta instancia por haber resultado vencido en el recurso a cargo de la parte actora y en favor de las demandadas, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1'160.000, dividido en partes iguales para cada una.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **R E S U E L V E:**

**CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Medellín, el día 29 de julio de 2022.

Costas en esta instancia por haber resultado vencido en el recurso a cargo de la parte actora y en favor de las demandadas, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1'160.000, dividido en partes iguales para cada una.

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: **842c2e130da36529051406a8869967e6376562a5b92e297aaf7e96d37e3d3969**

Documento generado en 20/04/2023 01:48:42 PM

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