

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Mauricio Bernal Londoño
DEMANDADO	AFP Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 007 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 <b>007 2021 00080</b> 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 174 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Revoca sentencia y acoge pretensiones

Hoy, **once (11) de agosto de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Mauricio Bernal Londoño** contra la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, radicado único nacional 05001 3105 **007 2021 00080** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del año en curso, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto estudiado, discutido y aprobado, según acta N°. **024**, el que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Las pretensiones del demandante se orientan a obtener la declaratoria de ineficacia de su traslado del RPM al RAIS a través de la AFP Protección S.A., y en consecuencia, se disponga el restablecimiento de la vinculación al régimen público, administrado por Colpensiones, y que Protección S.A. restituya a esta la totalidad del ahorro que reposa en la cuenta individual, especialmente las cotizaciones, intereses, rendimientos, el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, así como cualquier otro concepto al cual tenga derecho, e igualmente, se ordene a la AFP enviar o notificar al accionante y a la OBP la devolución del Bono Tipo B, y el detalle completo de cotizaciones efectuadas al RAIS; ordenar a Colpensiones aceptar el retorno del afiliado, recibir los aportes del RAIS e incorporarlos como semanas de cotización sin solución de continuidad. Ruega igualmente condena en costas y agencias en derecho.

En sustento de ello afirma que, **nació el 29 de marzo de 1962;** cuando inició su vida laboral hizo cotizaciones a través del ISS hoy Colpensiones, **desde el 11 de febrero de 1985;** después de vivir varios años por fuera del país y ante una indebida y negligente asesoría, en el mes de mayo de 1998, se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., sociedad que por medio de un asesor, dentro de su estrategia comercial, lo visitó en el lugar de trabajo, brindándole una *deficiente, incompleta y engañosa explicación* del RAIS, sin analizar ni indicarle ventajas y desventajas frente al RPM, mínimamente condiciones para acceder a una pensión, tampoco las afirmaciones frente al ISS correspondían a la realidad, incumpliendo la AFP con la obligación de suministrarle *información suficiente, clara, completa y oportuna en cuanto a las particularidades y diferencias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad;* con ocasión de ello, esto es, la falta de *información objetiva, transparente, completa y oportuna,* se le negó la posibilidad de tomar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, *pues desconocía por completo las implicaciones,*

*características, condiciones, diferencias, efectos, riesgos, ventajas o desventajas* de tal acto, quedando así viciado su consentimiento, pues si hubiese *conocido las implicaciones, características, condiciones, diferencias, efectos, riesgos, ventajas o desventajas entre los regímenes pensionales, o por lo menos como alcanzaría la pensión de vejez y de que dependería su monto* en el RAIS, en ningún momento hubiese aceptado el traslado. Agrega que un perito particular le realizó cálculo actuarial que le arrojó en Protección S.A. mesada de \$2.737.120 y en Colpensiones, con los últimos 10 años \$6.589.275 y con toda la vida laboral \$5.125.712, diferencia que aumentara cuando arribe a la edad, pues a la fecha de presentar la demanda contaba con 1.288 semanas y 58 años; por ello, y en atención a lo previsto en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, la afiliación al RAIS resulta ineficaz. Puntualiza que en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen pensional formuló derecho de petición a Protección y radicó petición a Colpensiones, ambas actuaciones el 15 de diciembre de 2020, para que se le permitiera el retorno al RPM, emitiéndose por ambas entidades respuesta negativa.

En auto del **11 de marzo de 2021, se admitió** y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación, las entidades vinculadas por pasiva allegaron escritos de contestación así:

**Colpensiones**, de los hechos, acepta como ciertos: la fecha de nacimiento del demandante, la vinculación al RPM el 11 de febrero de 1985, la solicitud de retorno al régimen público, que en virtud del ejercicio del derecho de libre escogencia, realizó el demandante a ambas accionadas el 15 de diciembre de 2020, y las respuestas negativas; los demás supuestos unos no le constan y otros, técnicamente no son hechos. Manifestó **oposición a las pretensiones**, expuso los fundamentos y razones de defensa y formuló **las excepciones** de:

inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, y la innominada o genérica.

La **AFP Protección S.A.**, de los hechos admite como ciertos, que el demandante se trasladó al fondo de pensiones obligatorias de esa AFP a partir del 1º de mayo de 1998, brindándosele por parte de esa sociedad una *asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, como lo son: la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual donde se depositan mes a mes sus aportes pensionales ganando rentabilidad financiera de acuerdo con el comportamiento del mercado y el perfil del riesgo de cada afiliado, capital a partir del cual se define la pensión, así mismo se le explicó que este capital es de su propiedad y por esta razón este valor puede heredarse a falta de beneficiarios, también se le informó sobre la figura de la garantía de pensión mínima y la devolución de saldos, la posibilidad de realizar aportes voluntarios y de pensionarse en forma anticipada siempre y cuando se cuente con un capital que le permita financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente al año 1993, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, igualmente se indicaron... todas las diferencias que existen entre ambos regímenes señalando con total claridad que ambos son EXCLUYENTES y traen sus propias implicaciones o efectos para cada persona, tomando la decisión de afiliarse de manera CONSCIENTE E INFORMADA;* es cierta la visita al lugar de trabajo, pero la información brindada fue completa, señalándosele las diferencias o aspectos comparativos entre ambos regímenes frente a conceptos como: cuenta de ahorro individual vs. Fondo común; capital acumulado vs. Requisito de edad y semanas de cotización; garantía de pensión mínima en el RAIS; devolución de saldos –vs- indemnización sustitutiva; insiste en que la vinculación a esa AFP se hizo en forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y fue re asesorado antes de cumplir 52 años, para que pudiera tomar una decisión orientada respecto de su situación pensional, reasesoría efectuada el **10 de julio de 2007,** *informándosele que sería conveniente*

*regresar al RPM pues conforme a las proyecciones pensionales allí sería más alta su mesada pensional, sin embargo, pese a la claridad de la información brindada, el actor manifestó su intención de permanecer afiliado al RAIS, por lo que no es cierta la falta de información, teniendo además a su disposición todos los canales de atención y comunicación. Reitera que la AFP SI BRINDÓ AL DEMANDANTE UNA ASESORIA INTEGRAL Y COMPLETA RESPECTO A TODAS LAS IMPLICACIONES DE SU DECISIÓN, SIN OMITIR INFORMACIÓN, que el demandante obtuvo tal información de primera mano, en una primera oportunidad al recibir la asesoría inicial brindada por parte del asesor encargado, y posteriormente en reasesoría del año 2007. La solicitud de retorno al régimen público y la respuesta emitida son ciertas. Los demás supuestos no le constan o no son ciertos. **Resistió** las pretensiones, expuso los fundamentos de derecho de su defensa y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y dentro de esta, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el porcentaje aplicado a seguros previsionales; la innominada y la genérica.*

La primera instancia **culminó con sentencia proferida en la continuación de la audiencia de Trámite y Juzgamiento – 09 de junio del año en curso, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito**, declarando probada las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir propuesta por las entidades demandadas, absolviéndolas de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, a quien impuso condena en costas, fijando el monto de las agencias en derecho a su cargo y a favor de cada una de las accionadas.

Para la Juzgadora la AFP Protección S.A. acreditó el deber de asesoría y buen consejo al momento del traslado de régimen efectuado por el demandante y durante su permanencia en el RAIS, allegándose como soporte de ello el formulario de traslado y los de reasesoría efectuadas el 10 de julio de 2007, esto es 07 años antes de entrar en la restricción legal de 10 años, y luego el 11 de febrero de 2014, un mes antes de tal restricción, ambos formularios acompañados de las proyecciones pensionales que le indicaban que le era más favorable el régimen de prima media, señalándosele la fecha límite para el retorno, decidiendo el demandante permanecer en el régimen privado a pesar de marcar que se trasladaría al público, y también acreditó la AFP el cumplimiento del deber fiduciario, por lo que encontró fundamento para declarar configurados los medios exceptivos de **inexistencia obligación y falta de causa para pedir.**

Frente a tal decisión, mediante **recurso de apelación**, se manifestó inconformidad por **el apoderado del demandante**, para quien, contrario a lo firmado en el fallo, con el material probatorio quedó acreditado que Protección no cumplió con el deber de información al momento del acto de traslado en el mes de mayo de 1998, que es el que se cuestiona, y si bien se dieron reasesorías en los años 2007 y 2014, el debate se debe centrar en lo ocurrido en mayo de 1998, sin que haya lugar a saneamiento desde el punto de vista jurídico como reiteradamente lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Especializada de esta Corporación, pues la entidad demandada no presentó prueba sumaria de la información brindada como lo sostiene el despacho, solo allegó un formulario, con la única consideración especial que se firmó y se acepta por el demandante, lo que es una manifestación de voluntad pero no informada. Agrega que en el interrogatorio el señor Mauricio Bernal **manifestó que lo único que el asesor le expresó** fue

que las AFP tenían mayor solvencia económica y mejor respaldo patrimonial, y por eso era más confiable que el ISS que era administrado por una entidad pública corrupta y con menos confiabilidad que la entidad privada, por tanto, ante esa evidencia y desconociendo el funcionamiento del sistema pensional colombiano, pues había estado por fuera del país 10 años, fue lo que le dio más confianza, y reitera sin el ánimo de ser repetitivo, debe ser el momento determinante y objeto único del debate, si Protección cumplió o no con el deber de información que le asistía, al momento del acto de traslado en el mes de mayo de 1998; y si bien es cierto también admite el afiliado que recibió reasesoría, en ningún momento se le hizo análisis de su caso particular, ni se le explicaron las características de uno y otro régimen, cual era más beneficioso para él, cuales los riesgos y condiciones, pues fue enfático en que en ningún momento se analizó su caso puntual, y en ese orden de ideas no se puede sostener que haya tenido la información necesaria. Discrepando así de la decisión de primer grado, pues considera acreditados los supuestos para retrotraer la actuación al momento anterior a la fecha del acto ineficaz, por lo que ruega revocar la decisión y se acojan las pretensiones.

De la oportunidad para presentar **alegatos** hizo uso **el apoderado del demandante**, insistiendo en que la AFP Protección S.A. no cumplió con la obligación de brindar información clara, suficiente y oportuna al demandante, al momento del traslado de régimen, lo que se juzga necesario para que el acto surta efectos jurídicos, como se explica por la Sala de Casación Laboral, citando algunas radicaciones, sin que ello se supla con la firma del formulario o con reasesoría posterior, siendo esta una línea reiterada de la sala especializada de este Tribunal, relacionando varias radicaciones, por lo que solicita acoger las pretensiones, las que reproduce.

En orden a decidir, basten las siguientes,

## **Consideraciones**

Como hechos debidamente acreditados se tienen: la fecha de nacimiento del demandante, **28 de marzo de 1962**, la afiliación al RPM con empleadores privados el 11 de febrero de 1985, cotizando hasta el 11 de julio de 1998, un total de **120,71 semanas**; su traslado al RAIS mediante formulario suscrito el **01 de mayo de 1998** AFP Protección S.A., dejándose constancia de no haber cotizado más de 150 al ISS. En historia laboral generada por Protección S.A. el 10 de febrero de 2021, contabiliza **1.288 semanas**, computando **119,14 a otro régimen** y 1.169 directamente aportadas a la AFP, y en la generada el **12 de abril de 2021**, contabiliza **1.296,71**. Con el escrito de contestación, la AFP Protección S.A., allegó copias de los formatos de reasesoría con fechas **10 de julio de 2007**, marcándose las casillas no le conviene quedarse en Protección, se traslada al ISS y como fecha límite para la movilidad **20 de marzo de 2012**, anexándose proyecciones en simulador ASPEN, a los 62 años en el RAIS \$2.895.376,00 y en el RPM \$3.438.067, advirtiéndole que no era posible pensión anticipada porque el capital no le alcanzaría; y nueva **reasesoría con fecha 11 de febrero de 2014**, dejándose constancia de su edad, para esa calenda, 51 años, marcándose la casilla se queda en Protección, en blanco la fecha límite para retorno a Prima Media.

Teniendo en cuenta los planteamientos de la demanda y el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, **el problema jurídico en esta instancia** se circunscribe a establecer, si procede la declaratoria de ineficacia de la vinculación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. y como



consecuencia de ello, la reactivación de la misma en el régimen de prima media con prestación definida y en caso afirmativo, lo relativo a las restituciones económicas.

Sobre el particular, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, **lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado**, y no en las normas del Código Civil, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994 y la Ley 795 de 2003; posteriormente agregándose la asesoría ó buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS, por los actos de relacionamiento **o por reasesoría posterior**, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditarla, arts. 1604 del C. C. y 167 del C. G. del P., la que por demás se juzga al momento del acto inicial, por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de

carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021, SL145-2021, SL3202-2021, SL4803-2021, SL4609-2021, SL755-2022, SL756-2022, SL1019-2022, SL1055-2022, SL1651-2022 y SL2173-2022), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Tampoco se puede presumir el debido conocimiento sobre características, condiciones, requisitos para adquirir pensión y dinámicas de funcionamiento de ambos regímenes, ni las desventajas o aspectos desfavorables de uno frente a otro por la formación profesional o actividad laboral del afiliado y menos de los actos de relacionamiento, actualización de datos, recibo de los extractos y realización de aportes obligatorios, punto explicado en sentencia SL1055-2022, brillando por su ausencia, **para el caso concreto**, prueba de la *asesoría* que se afirma por las AFP entregó al momento del traslado de régimen – fue esa la casilla marcada en el correspondiente formulario-, pues como se explica por la línea mayoritaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, la misma está a cargo de las administradoras como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y no del afiliado por cuanto: *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional; ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»; iii) la reglamentación del sistema de*

*seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»; iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones». De ahí que, como se dijo, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la AFP demandada debía «[...] proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», dando a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», siendo también de las AFP la carga probatoria sobre el particular, en los términos de los artículos 1604 del Código Civil y 167 del C. G. del P., este último en concordancia con la sentencia C – 086 de 2016, que en el acápite 7.4 explica:*

*En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio "quien alega debe probar" cede su lugar al principio "quien puede debe probar". Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.*

*En la regulación aprobada por el Legislador este decidió -también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta esa posibilidad al juez, "según las particularidades del caso", para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, "entre otras circunstancias similares".*

*Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional. Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables-, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la "longa manus" del juez para restablecerla.*

Y si bien es cierto en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la modifican, adicionan, complementan y reglamentan, se establecen los aspectos básicos de cada uno de los regímenes, y el demandante en su interrogatorio admite que recibió **dos reasesoría, trayéndose a los autos los correspondientes formatos, con fechas 10 de julio de 2007 y 11 de febrero de 2014, el primero con proyecciones pensionales, y con marcación de la casilla no le conviene quedarse en Protección, lo cierto es que contrario a lo que se afirma por la a quo, de ello no se infiere la amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente información que se afirma en el escrito de contestación,** que luego en el mismo documento es calificada de **OBJETIVA e INTEGRAL**, explicándole las diferencias entre uno y otro régimen, pues ninguna prueba de tales afirmaciones obra en los autos, y por el contrario, **se ratifica con ello la parcialidad en las explicaciones,** pues no se le advirtió al afiliado que la diferencia en las mesadas obedecía al monto de capital acumulado, que esta con el paso de los años podía aumentar, **que las fórmulas de liquidación no son inamovibles, pues a partir de cambios normativos se expiden nuevas resoluciones con las correspondientes modificaciones, tampoco se le hicieron saber los efectos de la volatilidad del mercado financiero en su capital, las modalidades de pensión en el RAIS, la forma de liquidarlas, la incidencia que su grupo familiar tiene en el valor final de la prestación,** luego, si se diera aplicación a los artículos 897 y 898 del C. de Co., en su orden, con el siguiente contenido:

*Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.*

Y

***La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.***

***Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.***

Con tales reasesoría no se puede **entender saneada la falta al deber de información**, porque la misma no se dio dando estricto cumplimiento a las normas vigentes para cada una de las tres etapas que lo regulan, ello teniendo en cuenta la fecha de vinculación inicial a la AFP, **11 de mayo de 1998, y de las reasesoría 10 de julio de 2007 y 11 de febrero de 2014**, tal como se ha explicado por la jurisprudencia especializada en cuadro que para efectos ilustrativos, en lo pertinente, se incorpora:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
<b>Deber de información</b>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	<u>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</u>
<b>Deber de información, asesoría y buen consejo</b>	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	<u>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por</u>

		<u>tanto, lo que podría perjudicarle</u>
<b>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</b>	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N°. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Existiendo precedente de la jurisprudencia especializada sobre este tema puntual, a título de ejemplo en sentencia SL1688 de 2019, en la que para lo que interesa, al no ser el demandante beneficiario de régimen de transición, se dijo:

*En segundo lugar, **porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.***

Lo que se reitera en sentencia SL1286-2022, en asunto de idéntica naturaleza contra las mismas demandadas, en los siguientes términos:

...

***En dicho sentido, debe indicar la Corte, que el momento el cual se debe suministrar esa información completa y suficiente es previo al traslado; recuérdese que lo que analiza en este asunto es la eficacia de la manifestación de una voluntad consistente en un cambio de régimen pensional, de allí que el análisis se circunscribe a los elementos suministrados al promotor del proceso para esa época. Y ello es apenas lógico, porque es en ese preciso instante que el afiliado expresa su voluntad, la cual, se itera, tiene que ser, además de libre y voluntaria, debidamente informada.***

...

*En ese orden de ideas, si bien obran algunas proyecciones del valor de la pensión (fl. 127, 170, 171, 176, 177, 179 y 180), como también un «histórico de visitas al cliente» (fl. 136 a 138, 141, 142, 146, 147, 160 y 178) y una reasesoría (fl.128), todo ello está relacionado con actuaciones efectuadas*

*después del año 2005, de este modo son insuficientes para convalidar o subsanar esa omisión o incumplimiento previo de brindar una información integral al momento del cambio de régimen pensional, requisito indispensable para su traslado eficaz.*

*De esta manera, con independencia de que una AFP realice actuaciones posteriores que pudiera considerarse están dirigidas a materializar o desarrollar los efectos de esa afiliación o cambio de régimen pensional, lo cierto es que, tales hechos son insuficientes para tener por libre y voluntario un traslado que se realizó años atrás.*

...

***Lo anterior denota la equivocación del a quo, en tanto su labor debió limitarse a analizar si Protección S.A. acreditó que brindó una información suficiente previo al traslado, y no abordar el estudio de hechos posteriores acaecidos más de diez años después, aunado a que, en rigor, las proyecciones pensionales, así sea realizadas por personal calificado solo dan cuenta de ciertos aspectos del régimen, como la cuantía de la prestación pensional y el conocimiento de los aportes voluntarios, lo cual también es insuficiente para conocer de todas las implicaciones de cada régimen.***

***Por otra parte, si bien en el interrogatorio que absolvió la demandante este reconoció que la AFP demandada le brindó una asesoría al momento del traslado, lo cierto es que, explicó, que aquella se limitó a que era más beneficioso estar en el RAIS.***

***En ese orden de ideas, de lo aseverado por el promotor del proceso no puede estimarse que ese cambio de régimen cumplió con las exigencias legales, por haber recibido el actor información, adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues ello no ocurrió.***

*Aunado a lo anterior tampoco podía inferirse que el accionante tenía conocimiento para el momento del traslado de las ventajas y desventajas de vincularse al RAIS, por el hecho de haber efectuado aportes voluntarios, pues ello solo da cuenta de un aspecto de ese régimen, pero no respecto de todas las características, beneficios e implicaciones de cara a un traslado, que es lo que se reclama para la eficacia de ese acto.*

***Conforme a todo lo expuesto, en el sub lite la AFP accionada no acreditó haber asesorado al demandante de forma clara, completa, comprensible y suficiente para el cambio de régimen.***

Y en sentencia SL1564-2022, en proceso en que también es demandada la AFP Protección S.A., se argumenta:

*...no resulta acertado señalar que el afiliado fue negligente al momento de tomar la decisión de trasladarse por no haberse ilustrado previamente o no ocuparse de lo que acontecería con su futuro pensional y además, debe advertirse que **no es suficiente que la AFP traiga a colación los documentos suscritos, sino que es necesario que despliegue un ejercicio probatorio que permita evidenciar que la asesoría brindada era suficiente para la persona, ya que ello no se puede satisfacer únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la persuasión certera sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendía a las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993**, luego entonces es en cabeza de la administradora de pensiones en quien se encuentra el deber de ilustrar detallada y oportunamente al afiliado acerca de todas las consecuencias favorables o no que, la determinación de cambio de sistema pensional tendría en la pensión del afiliado.*

*De igual manera indicó el Tribunal que, al demandante se le brindó una correcta asesoría debido a que afirmó en el interrogatorio de parte que para el año 1996, se le hizo una proyección de su pensión y que en el 2011 fue re asesorado...*

*...*

*Sin que contenga la referida documental información adicional, **por lo que de la proyección que realizó el fondo privado en el año de 1996, tampoco era posible afirmar como lo hizo el Tribunal que Protección S.A., le suministró al demandante la asesoría suficiente para que el consentimiento que expresó al momento de trasladarse pueda tenerse como libre y voluntario, ya que de allí, no se deriva que se le plantearon los diferentes escenarios a los que se vería expuesta su futura pensión al trasladarse de sistema pensional, para que de esta manera pudiera comprender cabalmente lo que su determinación causaría.***

***Por su parte, en lo que tiene que ver con la re asesoría que el Tribunal indicó se le ofreció al promotor del proceso en el año 2011, con sustento en la cual también consideró que el fondo había dado cumplimiento a su deber de información, debe recordarse que la Corte, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, realicen aportes voluntarios o sean re asesorados, como aconteció en el presente asunto lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021.***

*Finalmente y como el juez plural advirtió que en el sub judice el consentimiento expresado por el actor no se encontraba afectado por vicio alguno, no sobra resaltar que, la jurisprudencia desarrollada por la Sala también ha sostenido de manera reiterada y pacífica que, la trasgresión al deber de información en*



*tratándose del traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades regulado por el Código Civil, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).*

***Luego entonces para la Sala es claro que, el Tribunal no podía tener como válido y eficaz el cambio de régimen pensional efectuado por el demandante por el hecho de que suscribió el formulario de afiliación, se le elaboró una proyección de su pensión, fue re asesorado e hizo aportes voluntarios, pues de dichas circunstancias no se puede inferir como equivocadamente lo hizo el Tribunal que, para el momento en que se cambió de sistema pensional hubiese recibido una información integral, completa y oportuna que brindara una ilustración respecto de las características, condiciones del mercado, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las contingencias financieras que tal decisión supondría en su derecho. Negrillas intencionales.***

Y en sentencia SL2016-2022, en que se analizó la ineficacia de traslado de régimen pensional, siendo demandadas la AFP Protección S.A. y Colpensiones, se dijo:

***En cuanto al formato de reasesoría pensional de 13 de noviembre de 2007, si bien es cierto que en él se consigna que a la demandante no le conviene permanecer en Protección, así como su elección de aplazar su decisión y la fecha límite de traslado, este formato en modo alguno demuestra que, al momento de su traslado inicial, la accionante hubiese recibido información con las características que tiene explicadas la jurisprudencia de esta Sala.***

***En la sentencia CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4705-2021, esta Corporación indicó que el servicio de reasesoría al afiliado no sana el incumplimiento de la administradora de pensiones de su deber de información, dado que «la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad». Lo anterior es lógico, puesto que si el acto queda sancionado con la ineficacia desde 1996, lo que implica que para todos los efectos legales la accionante nunca abandonó el RPMPD, no puede luego la AFP mediante una reasesoría darle efectos retroactivos a un acto que no los tiene desde su nacimiento.***

***Por lo tanto, el Tribunal también se equivocó al haber dado por sentado que una reasesoría brindada con posterioridad al cambio de régimen pensional, es un hecho indicativo de que la demandante recibió información antes de su traslado.***

Para el caso, resulta pertinente además tenerse en cuenta que el artículo 230 de la Carta Superior dispone:

*Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*

Y el 7º del C.G. del P., aplicable por remisión al procedimiento laboral, indica:

***Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.***

***Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, de la misma manera procederán cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.***

Declarándose exequible el inciso segundo de esta disposición en sentencia C – 621 de 2015, en la que se explica sobre la doctrina dictada por las altas Cortes:

*Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.*

Providencia en la que además se fijan las condiciones que debe cumplir la carga argumentativa para apartarse del precedente del tribunal de cierre, así:

*Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: **(i)** ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; **(ii)** desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; **(iii)** discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.*

Aspecto este último también ilustrado por la jurisprudencia especializada en sentencia de tutela en que se analiza el tema de la ineficacia de traslado de régimen, con radicación 59370 del 6 de mayo de 2020, indicando que:

*El respeto al precedente judicial de los máximos tribunales de cierre guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad, en tanto garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes. Paralelamente, el respeto de los jueces a los precedentes sentados por las Altas Cortes tiene un carácter ordenador y unificador, en tanto asegura una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho.*

Y más recientemente, en sentencia SL1108-2022, en la que se dijo:

***Por último, debe indicarse que si bien los jueces puedan apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional, para que ello sea válido es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de identificación del precedente en la decisión y de la estructuración de una carga argumentativa suficiente y válida, toda vez «que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella» (CC SU-354-2017 y CSJ SL3537-2021).***

*Sobre este tema, en la sentencia CSJ SL440-2021 la Corte explicó:*

*Ahora, es cierto que los jueces del trabajo deben considerar en sus sentencias el precedente judicial vertical que emana de la Sala de Casación Laboral. En efecto, al ser esta el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, sus decisiones tienen fuerza vinculante en virtud de los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, pero siempre que tengan la capacidad de responder adecuadamente a la realidad fáctica del asunto concreto, así como la social, económica y política del momento (CC C-836-01 y CC -621-2015).*

*En este sentido, de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia-, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del derecho (CC T-446-2013), o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015).*

*De ahí que si las percepciones, convicciones o divergencias de los jueces respecto a una cuestión jurídica no se canalizó a través de válidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes. Negrillas fuera del texto.*

Por lo que existiendo precedente mayoritario y reiterado de la Sala de Casación Laboral frente al tema, desde el año 2008, guardando los supuestos de hecho fundamento del presente litigio analogía estrecha con los que han sido analizados por la alta Corporación, en contra de las mismas entidades aquí accionadas, al no contar la Sala con carga argumentativa que cumpla las exigencias para rebatir tal tesis, **se revocará el fallo de primer grado** y, en su lugar, se declarará la ineficacia del traslado que el **1º de mayo de 1988**, realizó **Mauricio Bernal Londoño** desde el RPMPD hacia el RAIS, lo que implica que para todos los efectos legales siempre estuvo afiliado al régimen público. Asimismo, se condenará a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones,

**dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia,** los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos financieros y bonos pensionales si hay lugar a ello. También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ello en aras del mantenimiento de su poder adquisitivo y de la sostenibilidad financiera del sistema ((**ver entre otras, sentencias SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021, SL755-2022, SL756-2022, SL843-2022, SL1019-2022, SL1055-2022 y SL2016-2022**)).

Al momento de cumplirse la orden impartida a la AFP, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **COLPENSIONES, debe aceptar el retorno del demandante al RPMPD, recaudar los aportes que se ordena devolver y validar en su historia laboral** las semanas a las que corresponden, para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar.

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *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, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del*

traslado, en los términos del literal b) de la misma norma en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Y si bien es cierto en los fundamentos de la demanda se afirma que una de las razones para promover esta acción es obtener una mejor mesada pensional, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.* Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016.

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales **para afiliados**, no se extingue por este fenómeno, por lo que puede solicitarse en cualquier

tiempo, 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, CSJ SL373-2021 y SL2016-2022).

En atención a lo previsto en el artículo 365 – 4 del C. G. del P., las costas en ambas instancias corren a cargo de las AFP Protección S.A. y a favor del demandante. En esta se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000,00.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Mauricio Bernal Londoño**, contra la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, para en su lugar:

**1.- Declarar la ineficacia** de la vinculación del señor **Mauricio Bernal Londoño** al RAIS a través de las **AFP Protección S.A.**, y con ello su traslado de régimen pensional, lo que implica la reactivación automática y sin solución de continuidad de la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

**2.-** Se ordena a la **AFP Protección S.A.** que proceda a restituir a COLPENSIONES la totalidad de aportes obligatorios efectuados por el demandante, con los rendimientos financieros, y demás rubros a su favor, **incluidos los porcentajes aplicados a** gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima, estos tres últimos debidamente indexados, obligación que debe cumplirse

dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia. Los conceptos a devolver deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Colpensiones deberá recibir tales valores y validar en la historia laboral del afiliado las semanas a que corresponden, para los efectos de ley.

**3.- Costas** en ambas instancias a cargo de las AFP Protección S.A. y a favor del demandante (art. 365-4 C.G. del P.). En esta se fijan agencias en derecho en la suma de \$1.000.000,00.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

**Los magistrados:**

  
**LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL**  
Magistrada

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado