

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Jorge Alberto González López
DEMANDADO	AFP Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 003 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 003 2020 00028 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 14 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado afiliado
DECISIÓN	Revoca, modifica y confirma

Hoy, **diez (10) de febrero de dos mil veintitrés (2023)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral, integrada por las magistradas: María Eugenia Gómez Velásquez, Nancy Gutiérrez Salazar y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente a los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de todas las partes y grado jurisdiccional de consulta para **Colpensiones**, en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Jorge Alberto González López**, contra esa entidad y la **AFP Protección S.A.**, código de radicado único nacional 05001 3105 **003 2020 00028** 01.

Auto

Atendiendo la documentación allegada a esta instancia, se reconoce personería suficiente a la abogada **Johanna Andrea Londoño Hernández**, para asumir la defensa judicial de Colpensiones.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de las restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **03**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pide el demandante, por conducto de su apoderada judicial, se declare la ineficacia de su afiliación a la AFP Protección S.A. el 09 de marzo de 1996 y se tenga válida, vigente y sin solución de continuidad su vinculación al RPM administrado por Colpensiones. Solicita también condena en costas.

En sustento de ello afirma que, **nació el 10 de octubre de 1960**, se afilió al entonces ISS el 20 de junio de 1984, se trasladó al RAIS, vinculándose a Protección S.A. el 09 de marzo de 1996, acto que realizó porque el asesor del fondo privado le manifestó que podía pensionarse antes de cumplir la edad mínima y que estaban en riesgo sus cotizaciones, es decir, que las condiciones para acceder a la pensión de vejez le eran más favorables que en el RPMPD, pero no se le suministró información adicional consistente en la edad mínima y saldo que debía acreditar en la cuenta de ahorro individual, e IBC con que debía cotizar para obtener la prestación anticipada, siendo así inducido en error al no ilustrársele de manera clara y suficiente sobre las consecuencias legales y económicas del tránsito entre regímenes, sin que se acatara el deber de información y buen consejo, pues no se le pusieron de presente ventajas y desventajas, al no efectuársele estudio particular y concreto, y tampoco se le brindó reasesoría, contando en toda su vida laboral con más de 1.517,29 semanas cotizadas. Agrega que mediante derecho de petición requirió a Protección S.A. proyección de su mesada, indicándosele que en el RAIS sería de \$3.453.784 y en Colpensiones a los 62 años de \$6.162.293,00. El 18 de

septiembre de 2019 pidió se le permitiera el retorno al régimen público, negado por encontrarse dentro de la restricción del artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Debidamente enteradas del auto admisorio, dentro de la oportunidad para ello, las entidades vinculadas por pasiva allegaron escritos de contestación, así:

Colpensiones, de los hechos tiene como ciertos, la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación en pensiones al ISS el 20 de junio de 1984, el traslado a la AFP Protección S.A. el 09 de marzo de 1996, trasladándose así al RAIS, el número de semanas aportadas a esta AFP (1.023,43) al mes de octubre de 2017, también son ciertas las proyecciones pensionales efectuadas por la AFP. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las **excepciones** de falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos; inobservancia del principio constitucional desarrollado por el artículo 48 superior, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; proporcionalidad y ponderación, prescripción, buena fe de Colpensiones, imposibilidad de condena en costas e innominada.

AFP Protección S.A., de los hechos tiene como ciertos, la fecha de nacimiento del demandante, la vinculación a esa sociedad el 09 de marzo de 1996, aclarando que se hizo después de recibir asesoría adecuada, correcta, suficiente y oportuna. El número de semanas cotizadas al RAIS son ciertas para la fecha indicada, pero las actualiza para la contestación en 1.124,86, las proyecciones pensionales son ciertas, precisando que se

ajustan a los parámetros actuariales y financieros establecidos legalmente. Los demás supuestos no son ciertos, y explica que el demandante fue informado de manera **objetiva e integral**, sobre todas las características del RAIS en comparación con el RPM, señalándole diferencias entre uno y otro, requisitos para pensión, existencia de cuenta de ahorro individual, devolución de saldos e indemnización sustitutiva, puntualizando, que *una vez asesorado en forma CLARA Y OBJETIVA sobre las características de ambos regímenes correspondió al demandante elaborar su propio juicio de conveniencia o favorabilidad según sus expectativas y situación personal, juicio que además sólo corresponde hacer al afiliado con sus valoraciones internas y no a la AFP cuyo único deber legal es brindar asesoría completa, adecuada, suficiente y oportuna el cual fue cabalmente cumplido.* **Resistió las pretensiones** y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y dentro de esta la inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración y el porcentaje aplicado a seguro previsional cuando se declara la ineficacia de la afiliación, este último por afectar derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, **el 03 de noviembre de 2022**, en la que se decidió:

- 1. Declarar que la AFP Protección S.A. incumplió su obligación de diligencia debida, de buen consejo que debió desplegar hacia **Jorge Alberto González López**, cuando este se trasladó del Seguro Social a Protección S.A. en 1996, al no darle en su momento oportuno información clara, veraz y suficiente al momento de la afiliación y al momento del traslado. El señor **Jorge Alberto González López** se identifica con c.c. Nro. 71.590.233.*
- 2. Declarar que la AFP Protección S.A. causó grave daño, perjuicio o menoscabo a la seguridad social en pensiones del demandante cuando este cumplió 62 años de edad.*

- 3.** *Declarar la responsabilidad constitucional y profesional de Protección S.A. en el menoscabo a la seguridad social en pensiones causada al demandante **Jorge Alberto González López**.*
- 4.** *Declarar la inaplicación constitucional de pérdida del régimen de prima media con prestación definida, acaecida en el demandante cuando este se trasladó del Seguro Social a Protección S.A. en 1996, y en su lugar declarar que este, **Jorge Alberto González López**, sigue inmerso en el RPM pero a cargo de la AFP Protección S.A..*
- 5.** *Absolver de todas las pretensiones a Colpensiones sin perjuicio de las órdenes que enseguida se le darán.*
- 6.** *Ordenar consecuentemente a Protección S.A. AFP, a reconocer, liquidar y pagar pensión de vejez bajo el RPMPD al demandante **Jorge Alberto González López**, dentro del mes siguiente a la fecha en que este lo solicite por escrito, dentro del escrito en que el demandante solicite su pensión de vejez debe anexar certificado de retiro laboral.*
- 7.** *Ordena a la AFP Protección S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el RPMPD al demandante, debe solicitar por escrito de Colpensiones, elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional, aquí mismo se ordena a Colpensiones que dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que lo solicite por escrito Protección S.A., debe elaborar dicho cálculo actuarial pensional, y dentro de ese mismo lapso, dos meses, presentarlo por escrito a Protección S.A., a su vez Protección S.A., dentro del mes siguiente a la fecha en que reciba por escrito el cálculo actuarial pensional de manos de Colpensiones debe proceder al pago real y eficaz de él a dicha entidad, Colpensiones.*
- 8.** *Ordenar a Protección S.A. que hasta que no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a Colpensiones, continua obligada a pagar la pensión de vejez bajo el RPMPD al demandante, Colpensiones subrogará en tal obligación pensional a Protección S.A. desde el momento y hora en que se le pague el valor del cálculo actuarial pensional.*
- 9.** *Autorizar a Protección S.A. a enjugar parte del valor del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a Colpensiones, tomando para sí, para Protección S.A. los ahorros pensionales del demandante, sus rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue a la cuenta de ahorro de este.*
- 10.** *No prosperan las excepciones propuestas por Protección S.A., tal como se indicó en la parte motiva de esta sentencia. Si prospera la excepción propuesta por Colpensiones de intransmisibilidad de la responsabilidad de la AFP.*
- 11.** *Costas procesales a cargo de Protección S.A., agencias procesales a favor del demandante en la suma de \$4.000.000.*

Por vulnerar principios de orden constitucional como el de sostenibilidad financiera contenido en el inciso 3º del artículo 334 de la Carta Superior; el inciso 4º del artículo 48 del mismo texto, que dispone que los recursos de la seguridad social no se destinarán a fines diferentes, además del enriquecimiento sin causa, el de que nadie puede ser beneficiado con su propia negligencia o culpa y que las consecuencias lesivas de un acto recaen en quienes participan de él, el fallador, en los términos del artículo 7º del CGP, se aparta de la doctrina probable contenida en línea reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y aunque declara el incumplimiento de la obligación de diligencia debida, buen consejo y no dársele por la AFP información clara, veraz y oportuna al demandante al momento del traslado y durante su permanencia en el RAIS, acude a la **inaplicación constitucional de la pérdida de los beneficios del RPMD**, continuando la parte actora con estos pero a cargo de la AFP, con las ordenes ya indicadas, incluido el otorgamiento de pensión de vejez.

Frente a tal decisión manifestaron inconformidad **mediante apelación** los apoderados de todas las partes, así:

AFP Protección S.A., pide revocar en su totalidad, porque considera que la condena impuesta no se ajusta al precedente de la Corte Suprema de Justicia, reiterado desde 2008 hasta la fecha, pues la consecuencia de la ineficacia del traslado es retrotraer las cosas al estado anterior, lo que implica que el demandante continua afiliado al RPM y el fondo de pensiones procede con la devolución de la totalidad de los aportes que ha recibido; con base en ello, condenar a Protección a reconocer pensión de vejez bajo el RPM y posterior subrogación a Colpensiones pagándole un título pensional no es un efecto propio de la ineficacia y del precedente de la Corte Suprema de Justicia, máxime que en la demanda ni siquiera se

pretendió el pago de la pensión por Protección o la cancelación de perjuicios, alterando el juez el principio de congruencia, careciendo la decisión de sustento normativo y legal, pues las normas del RAIS fueron declaradas exequibles mediante sentencia C 086 de 2002, por lo que las mismas son ajustadas a derecho.

Para el profesional es importante tener en cuenta que el juez realizó una modificación puntual al escrito de demanda al introducir dos temas específicos, esto es si el demandante tiene derecho a la presentación pensional y en caso positivo a cargo de quien, pues no está contenida en el escrito de demanda y además analiza si la AFP incurrió en responsabilidad profesional, ello bajo facultades ultra y extra petita, y si bien el artículo 50 del CPT y SS las otorga, no permiten decidir de manera caprichosa sino con hechos probados y debatidos para evitar violar el derecho de defensa y debido proceso, así se explica en sentencia SL3614-2020, exigiendo para extra petita dos aspectos puntuales, hechos debidamente discutidos y acreditados, cita también los requisitos ultra petita, por lo que la indemnización de perjuicios no fue una situación planteada en los hechos y pretensiones y por ello la AFP no los debatió, por lo que el fallador desbordó las facultades del Código Procesal.

Sobre el precedente de la Corte Suprema en cuanto a perjuicios han sido establecidos para pensionados del RAIS, no para afiliados, por lo que no existe fundamento específico que faculte o legitime la condena impuesta, sin que se analice tampoco la prescripción que para el caso considera configurada.

Finalmente, con la sentencia si se afectan los intereses de Colpensiones, pues más que proteger al demandante reconociéndole una pensión a cargo de esta entidad, sin que tampoco sea dable aplicar facultades ultra y extra petita, toda vez que Colpensiones interviene como demandada no como

demandante, por ello la indemnización de perjuicios contra la AFP Protección debe tramitarse en proceso aparte. Insiste en la revocatoria total de la sentencia y en que se imparta decisión absolutoria.

Colpensiones. Reitera que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los afiliados contaban con espectro de decisión más amplio, de acuerdo a su situación, afiliándose al régimen que consideraran más conveniente a sus condiciones particulares, bastando la suscripción del formulario de afiliación diligenciado válidamente, sin coerción o dolo, y como el demandante no está afiliado a Colpensiones no es procedente traslado ni inclusión al RPM, y tampoco es válido alegar vicio en el consentimiento en el traslado, por lo que no se puede imponer ninguna carga económica a Colpensiones, pues ha actuado dentro de la legalidad y no tuvo ninguna intervención en la movilidad del demandante. Pide revocar y exonerar de cualquier condena.

Demandante. Solicita confirmar la sentencia pero modificándola en las consecuencias jurídicas establecidas por el a quo, porque si bien se comparten los motivos que llevan a declarar la falta de información, diligencia y buen consejo, por no suministrar la AFP clara, suficiente y certera información, también considera que las consecuencias impartidas no son propias de las pretensiones, porque al pedirse la ineficacia del traslado se buscaba que las cosas volvieran al estado inicial, es decir, que el demandante retornara al RPM administrado por COLPENSIONES y fuera esta la entidad quien reconociera la pensión de vejez, pues no puede olvidarse que cada uno de estos regímenes, conforme a la Ley 100 de 1993, tiene sus características, fundamentos y estructuración financiera propias; por tanto, no sería dable jurídicamente que pudiera la administradora de pensiones del RAIS reconocer una pensión conforme al RPM.

De la etapa de alegaciones hizo uso la apoderada judicial de Colpensiones, quien luego de citar la decisión del a quo, insiste en los fundamentos del recurso, ante la imposibilidad de retorno de la demandante al régimen público al encontrarse en la restricción del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) art. 13 de la Ley 100 de 1993, esto es, faltarle menos de 10 años para la edad pensional, teniendo la figura de la ineficacia una función diferente, esto es proteger personas realmente afectadas con el cambio de régimen, sin que pueda aceptarse como único interés el económico, al ser más alta la mesada en el RPM, a ello se suma que ninguno de los vicios del consentimiento aducidos fue debidamente probado, sin que la mera afirmación de la actora sea suficiente para ello. Finalmente, pide mantener la absolución de la condena en costas para esa entidad.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Teniendo en cuenta los argumentos de los recursos interpuestos, lo planteado en el escrito de demanda, lo debatido en el trámite procesal y el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si en el caso se cumplen los presupuestos de ley y las subreglas de la jurisprudencia especializada, para la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a la AFP Protección S.A. **el 09 de marzo de 1996**, y consecuente con ello, disponer su inmersión automática en el RPMPD administrado por Colpensiones; en caso afirmativo, se definirá lo relativo a las restituciones económicas y al otorgamiento del derecho pensional estudiado bajo facultades ultra y extra petita por el fallador de primer grado.

Pues bien, 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, 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 Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o 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 por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS o por los actos de relacionamiento**, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las AFP la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello 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, SL1055-2022, 1651-2022, 1729-2022 y 2173-2022), 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).

Y la Corte Constitucional en sentencia **T-191 de 2020** explica:

88. La libertad de elección presupone conocimiento¹ de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias que implica la elección². Este conocimiento, a su vez, se rige por el principio de la información, el cual vincula al empleador al momento de enganchar al trabajador³, así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse.

*89. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha derivado este principio del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha indicado que **las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar asesoría seria y concreta, conforme con un análisis o estudio previo de la posición, la condición y la situación fáctica del afiliado⁴. Esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema pensional a adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional⁵, así como las ventajas y desventajas de la elección⁶.***

90. El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones: a) se debe suministrar información y asesoría a través de un lenguaje claro, simple y comprensible, y; b) debe darse a conocer toda la verdad objetiva –y comparada– de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro. Negritas y subrayas intencionales.

¹ C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

² C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

³ C. Sup. Jus., SL 19447-2019, p. 18.

⁴ C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

⁵ C. Sup. Jus., SL 1688-2019.

⁶ C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

⁷ C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 18: "Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a los usuarios la información necesaria para lograr la transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

Brillando por su ausencia prueba de la **asesoría** que se afirma por la AFP se le brindó a la parte actora al momento de su traslado de régimen, y durante su permanencia en el RAIS, pues como se expone por la línea mayoritaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema y por la Corte Constitucional, la misma está a cargo de los fondo de pensiones, 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 la administradora 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 prevé:*

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.

Estando definido por la Sala de Casación Laboral, que la ineficacia del acto de afiliación o traslado se caracteriza porque desde su nacimiento carece de efectos jurídicos, siendo las consecuencias idénticas a las de la nulidad, sentencia SL1688-2019, esto es, vuelta de las cosas al estado anterior, agregando que:

... los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).

Para el caso particular, debe 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 artículo 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 dice 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.

Por lo que es posible a los jueces de inferior jerarquía apartarse del mismo con una argumentación que supere los requisitos de suficiencia y transparencia, concluyéndose:

Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria deben seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.

Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos 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.

Luego, existiendo para el caso a estudio línea reiterada y mayoritaria desde el año 2008, acogida por esta instancia como un argumento de autoridad, guardando los asuntos analizados analogía estrecha con el que es objeto

de estudio, en aras de la garantía a los derechos a la igualdad y seguridad jurídica, **lo procedente ante el incumplimiento de la obligación de diligencia debida**, pues como se enseña en el escrito de demanda, se declaró por el a quo, y queda evidenciado en el plenario, la AFP faltó *a su obligación de dar información veraz, oportuna y suficiente* al momento de tránsito entre regímenes y durante el lapso en que ha permanecido el demandante en el RAIS, (al punto que al contestar la demanda la AFP confiesa que no le consta la afiliación al ISS por ser otro régimen y otra administradora), **es la declaratoria de ineficacia de tal acto, tal como expresamente se solicita en el escrito de demanda, quedando el demandante inmerso en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones y no por las AFP como lo definió la primera instancia, bajo la figura de inaplicación por inconstitucionalidad**, lo que implica que las cosas se retrotraigan al estado en que se encontraban antes de ocurrir la vinculación a Protección S.A., sociedad que debe devolver a COLPENSIONES la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos generados, incluido el porcentaje descontado por gastos de administración durante la vigencia de la afiliación, **lo que comprende tal concepto, al igual que los valores aplicados a seguros previsionales y garantía de pensión mínima** (ver entre otras sentencias SL1688, SL1689 de 2019 y SL2877-2020), últimos tres conceptos que deberán indexarse al momento de la entrega a Colpensiones (**ver entre otras, sentencias SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803, SL 4806 de 2021, SL755-2022, SL756-2022, SL1019-2022 y SL1055-2022**), restitución que debe cumplirse dentro de los **30 días** siguientes a la ejecutoria de esta decisión; **COLPENSIONES debe aceptar el retorno de la demandante al RPMPD, recaudar los valores que se ordena restituir y validar en su historia laboral** las semanas a las

que corresponden, para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar, en los términos de ley.

En relación con los efectos de la ineficacia, basta indicar, *que la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social y las órdenes emitidas frente a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPM, no son condenas a título de indemnización o de resarcimiento de perjuicios, como equivocadamente pareciera entenderlo el Tribunal, sino que responden a ese derecho irrenunciable a la seguridad social ya mencionado, que se enfoca en que la persona obtenga una cobertura en los riesgos de IVM en el régimen en el cual se le tenga por válidamente afiliado, derivada del fruto de su trabajo y reflejada en los tiempos servidos o en las cotizaciones efectuadas al sistema.* Subrayas fuera del texto. Ver sentencia SL4803-2021.

La AFP demandada al momento de cumplir la orden impartida en cuanto a **restituciones**, deberá remitir a Colpensiones relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Es intrascendente que la parte actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo de pensiones, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por las AFP sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada, precisándose en sentencia SL 2877 de 2020, que *"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 el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”.

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o del demandante, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad.

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.***

Se precisa que 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.

Sumado a que sobre el particular la Sala de Casación Laboral en providencia SL1055-2002, precisó:

Ahora, si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

Al imponerse al acto jurídico de traslado de régimen la sanción de ineficacia, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo 1750 del Código Civil, ni la civil ordinaria y tampoco la trienal de las normas laborales, pues según la jurisprudencia especializada, entre otras, sentencia CSJ SL1689-2019, dicha figura no opera

«de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles», razón por la cual «el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional», al ser «es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social», que redundando en «un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional» y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo.

Frente **al reconocimiento y pago de la pensión de vejez**, deberá el demandante, una vez se consolide su historia laboral y efectúe el retiro del sistema proceder a la reclamación directa ante Colpensiones, pues tal pretensión ni siquiera está incluida en el libelo demandatorio, ni en la reclamación administrativa que opera para esta entidad.

Ante el resultado de los recursos, no hay lugar a condena en costas en esta instancia para ninguna de las partes. Se mantienen las de primera.

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, modifica y adiciona** la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Jorge Alberto González López** contra la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**, la cual queda en los siguientes términos:

1.- Confirma en cuanto declaró que la AFP Protección S.A. *incumplió su obligación de diligencia debida de buen consejo que debió desplegar hacia **Jorge Alberto González López**, cuando este se trasladó del Seguro Social a Protección S.A. en 1996, al no darle en su momento oportuno información clara veraz y suficiente, pero como consecuencia de ello, se declara la ineficacia de tal acto,* en los términos de los artículos 13 literal b), 271 de la Ley 100 de 1993 y subreglas de la jurisprudencia especializada, lo que implica la

reactivación automática y sin solución de continuidad de su vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

2. Se ordena a **la AFP Protección S.A.** restituir a COLPENSIONES la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante, con los rendimientos financieros, **incluyendo los valores descontados por gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima, durante la vigencia de la afiliación a esa AFP**, estos tres últimos ítems debidamente indexados, obligación que debe cumplirse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia; COLPENSIONES recibirá tales valores y validará en la historia laboral del afiliado las semanas a que corresponden para los efectos de ley, continuando esta entidad como su administradora pensional.

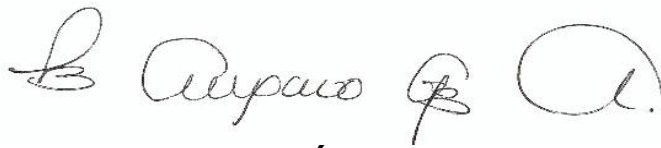
Al momento de cumplir la orden anterior, la AFP deberá remitir a Colpensiones relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

3.- Revoca la decisión revisada, quedando sin efecto las órdenes impartidas en cuanto reconocimiento de pensión a cargo de la AFP bajo la regulación del RPMPD, y subrogación pensional mediante pago de cálculo actuarial pensional a Colpensiones, y declara implícitamente resueltas en forma negativa las excepciones propuestas por las entidades accionadas.

4.- Ante el resultado de los recursos, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

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.

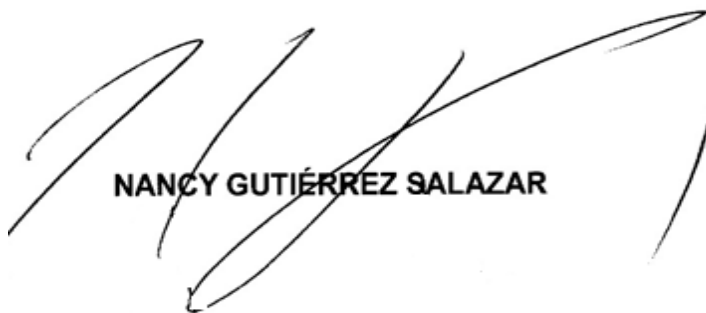
Las magistradas (firmas escaneadas)



LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR