

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Carlos Mario Gutiérrez Gallego
DEMANDADO	AFP Protección S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 009 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 009 2022 00548 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 208 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Confirma

En la fecha, **ocho (08) de noviembre 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, Luz Patricia Quintero Calle y como ponente, Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al grado especial de consulta para **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido en su contra y de **Protección S.A.**, por **Carlos Mario Gutiérrez Gallego**. Radicado único nacional 05001 3105 **009 2022 00548**grac 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **026**, que se plasma a continuación:

Antecedentes

Pretende el actor la declaración de ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad. Como resultado, busca que Protección S.A., devuelva a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, debiendo esta última entidad activar su afiliación, recibir el dinero e incluirlo en su historia como semanas efectivamente cotizadas. Pide también condena en costas.

En sustento afirma que, **nació el 15 de diciembre de 1964** y se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 04 de marzo de 1983, cotizando hasta el 01 de septiembre de 1994 un total de **502,86** semanas. Esgrime que, ante la estrategia comercial de los fondos privados, los asesores de Protección S.A., se acercaron a la empresa donde laboraba y lograron su traslado a dicho fondo el 01 de septiembre de 1994, sin proporcionarle asesoramiento adecuado, sin proyecciones de su pensión y sin realizar un análisis de las diferencias en la mesada si continuaba en el extinto ISS, entre otros aspectos. Asegura que, en respuesta a derecho de petición, Protección S.A., le informó que, cotizando hasta los 62 años con un monto de \$25.000.000,00 y con un total de dinero acumulado de \$1.612.221.822,00, su mesada ascendería a \$10.486,755,00, mientras que en Colpensiones sería de \$16.605.050,00. Menciona que el 09 de diciembre de 2022, le solicitó a Colpensiones fuera recibido en dicho régimen, pedido que fue negado el mismo día. Afirma que Protección, a través de escrito del 23 de noviembre de 2022, admite que al momento de firmar el formulario de traslado, no le informaron sobre los beneficios de continuar en el régimen de prima media.

En auto del **19 de enero de 2023**, 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 tiene como ciertos, la fecha de nacimiento y la vinculación del señor Carlos Mario al régimen de prima media con prestación definida, la petición de retorno y la respuesta brindada. Los demás supuestos no le constan al ser circunstancias frente a las cuales no tuvo ninguna participación o injerencia. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de improcedencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

Protección S.A., admite la data en que nació el actor, su afiliación al fondo el 22 de agosto de 1994 y la proyección de su mesada pensional a los 62 años, los restantes hechos no le constan o no son ciertos. En su defensa sostiene que el señor Carlos Mario suscribió el formulario de afiliación después de recibir asesoría adecuada, correcta, suficiente, oportuna y objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual (RAIS). Al brindársele las indicaciones se le resaltan las características principales y diferenciadoras del RAIS, mostrándole que el monto de su prestación económica sería variable y dependería de los aportes ahorrados a lo largo de su vida laboral, así como de los rendimientos financieros que generaran los mismos. También se le comunicó sobre los aportes voluntarios, los beneficiarios, la existencia o no de un bono pensional, la regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada pensional. Además, se llevaron a cabo comparativos generales entre el RAIS y el Régimen de Prima Media (RPM). Se le subrayó que el RAIS es completamente diferente y excluyente respecto al RPM, y no se puede afirmar que uno sea mejor que el otro, ya que esto depende de las circunstancias específicas de cada afiliación. Enfatiza que el monto de la pensión no constituye un vicio del consentimiento o una causal de ineficacia. Resalta que la prestación económica a la que el demandante puede acceder está en consonancia con los aportes realizados por él. Existe un equilibrio entre la contribución efectuada y lo que recibiría por concepto de pensión

de vejez, conforme a los parámetros actuariales y financieros establecidos por ley para liquidarla. Subraya que la situación es diferente en Colpensiones, donde el cálculo depende de factores completamente diversos a los del RAIS, en el que el demandante está afiliado válidamente. Finalmente, señala que la obligación de realizar un comparativo financiero o de monto de la mesada entre ambos regímenes no existía en el momento de la afiliación del señor Carlos Mario, ya que dicho deber solo surgió a partir del año 2014 con la Ley 1748. **Resistió las pretensiones** y propuso excepciones tendientes a enervarlas tales como: 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, innominada o genérica e inexistencia de la obligación de devolver seguros previsionales y comisiones de administración por falta de causa y afectar derechos de terceros.

La primera instancia **terminó con sentencia** proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito, el 25 de septiembre del presente año, declarando la ineficacia de la afiliación realizada por el señor **Carlos Mario Gutiérrez** al RAIS, entendiéndose que siempre permaneció, sin solución de continuidad, en el régimen de prima media. Condenó a Protección S.A., a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria del fallo, traslade a Colpensiones el *"el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante el señor CARLOS MARIO GUTIERREZ GALLEGO, junto con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses y los bonos pensionales si hubieren sido ya redimidos y con sus propios recursos deberá trasladar con indexación lo descontado por el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de primas de seguro previsional y reaseguros, al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante que los justifique."* Le ordenó a Colpensiones recibir las sumas que le sean giradas e incorporarlas como semanas válidamente cotizadas. Declaró no probada la

excepción de prescripción e impuso costas a cargo de la AFP del RAIS, fijando el monto de las agencias en derecho.

La a quo hizo referencia a la normativa aplicable al caso y a la jurisprudencia del máximo órgano de la justicia laboral ordinaria, en la que se sostiene que, al realizar un cambio de régimen, la entidad que lo promueve debe cumplir con la obligación de examinar las circunstancias particulares del afiliado, y explicar si dicho acto le beneficia. Esto implica brindar información detallada sobre las ventajas y desventajas, así como los requisitos y características de las prestaciones económicas y los regímenes involucrados, lo cual asegura que tenga un conocimiento completo de las implicaciones legales del cambio, sin que sea suficiente simplemente llenar un formulario y aseverar que el acto fue voluntario y, sin que el fondo en cuestión, para el caso, cumpliera con la obligación de probar la asesoría suministrada, a pesar de que recaía sobre él tal carga procesal, lo que llevó a la decisión de declarar la ineficacia del cambio con las restituciones anotadas.

Al ser la decisión adversa a Colpensiones, y no haberse recurrido se conoce de la misma en el grado jurisdiccional de consulta.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Como hechos debidamente acreditados se tienen: la vinculación del demandante al RPM, el 04 de marzo de 1983; su tránsito al RAIS a través de **Protección S.A.**, con formulario suscrito el 22 de agosto de 1994. Según historia laboral aportada por Protección S.A., generada el 16 de febrero de 2023, el actor acredita un total de 1.664,14, 485 en otro régimen y 1.178,57 en dicha entidad.

De acuerdo con el recuento realizado y el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si hay lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS a través de **Protección S.A.** y como consecuencia de ello, a su inmersión automática en el RPM, con las correspondientes restituciones económicas y los conceptos que estas comprenden.

Pues bien. Reiterada ha sido la línea de la jurisprudencia **mayoritaria** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2008, en torno a la **carencia de efectos jurídicos del traslado de régimen pensional cuando no está precedido de una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información, sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras. Para el caso concreto, teniendo en cuenta que la migración se dio en el año 1994**, se estaba en el primer estadio de la regulación normativa, **contenida entre otros en los arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993**, disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal, y por tanto, el contenido mínimo estaba circunscrito a brindar ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, dando a conocer la existencia de ventajas y desventajas, lo que implica el estudio particular de la situación de cada usuario ante el sistema, estando también definido jurisprudencialmente que tal información constituye:

... una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CP, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de la política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto. Ver sentencia SL4322-2022.

Y,

... en cuanto al deber de información exigible a las AFP, esta Corporación ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Lo anterior, comoquiera que desde la creación de las AFP, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor 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» y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Sin que en el **caso concreto** se haya demostrado por la AFP la debida ilustración al actor, ni se puede inferir del formulario con leyenda pre impresa de libertad y voluntariedad, ya que según el precedente vertical:

... la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL1108-2022).

Ni es viable estimar improcedente la ineficacia por no estarse ante una expectativa legítima, un derecho consolidado, no gozar el afiliado de transición, o por estar motivado el retorno a Colpensiones en la diferencia de la mesada (ver sentencia SL1055-2022), y menos es posible aplicar el aforismo de conocimiento de la ley, por ser el tema pensional de carácter técnico, o hacer

recaer en la afiliada la obligación de instruirse, así se explica, entre otras en sentencia SL1197-2021:

*Así lo es, pues **en su disertación llega al punto de postular que era la accionante la que debía tener conocimiento de aquellos presupuestos, contrario a ello, debió el Colegiado considerar que el deber de información debió ser veraz, oportuno e insoslayable en este campo de la seguridad social. Las AFP tienen la imperativa obligación de brindar una asesoría suficiente, y por ello, si el afiliado alega que no fue así, como aquí ocurrió, el Tribunal debía entonces contraer su atención en elucidar si ese deber se satisfizo o no, con pruebas que lo demuestren de forma contundente, más aún, si aquella está, tal y como se indicó en el precedente transcrito, en mejor posición que los afiliados, para demostrar esas circunstancias.*** Negritas extra texto.

Y en lo atinente al tema de las proyecciones pensionales, en sentencia SL4322-2022, se expone que no es factible afirmar,

*... **que para la época en que el demandante se trasladó, la selección del régimen pensional no tenía relación con el monto de la pensión, pues lo que se espera al momento del traslado no es precisamente que se le informe el valor futuro de la prestación, sino que se le explique que aquella depende del capital acumulado en la cuenta individual, por lo que, las AFP como expertas en el aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cuentan con los soportes técnicos, estadísticos y actuariales para realizar proyecciones del capital que en el tiempo puede acumular el afiliado para acceder a su derecho pensional, teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada uno al momento del traslado, como la edad, sexo, nivel de ingreso, persistencia en la cotización, etc; información con que cuenta la AFP por encontrarse registrada en el formulario de afiliación y en la historia laboral del afiliado.***

*Así mismo, advierte el juzgador de alzada que la solicitud del demandante de retornar a Colpensiones no se realizó dentro de los plazos previstos, según las sentencias de la Corte Constitucional que citó en la providencia; **sin embargo, resultaría ser un desaguizado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA, con lo cual, se desdibujaría por parte del Colegiado de instancia el pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL1475-2021).*** Negritas intencionales.

Luego, acertada resulta la declaratoria de **ineficacia** o la exclusión de todo efecto jurídico al acto de traslado, siendo sus consecuencias idénticas a las de la nulidad – vuelta al estado anterior, explicándose por la Sala de Casación Laboral que en estos casos la AFP debe reintegrar a **Colpensiones, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos**. Y también deberá devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, 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, **adjuntando documento en que aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen**, acatándose así el precedente vertical, contenido entre otras en sentencias **SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021** reiteradas, entre otras en **las SL755-2022, SL756-2022, SL843-2022, SL1019-2022, SL1055-2022, SL2229-2022, SL2484-2022, SL3188-2022, SL4322-2022, SL610-2023 y SL554-2023. COLPENSIONES, debe aceptar el retorno de la afiliada al RPMPD, recaudar los recursos que se ordena devolver y validar en la historia laboral** las semanas a las que corresponden, para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar. **Puntos en los que se confirma la providencia revisada.**

Sin costas en esta instancia al analizarse la decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

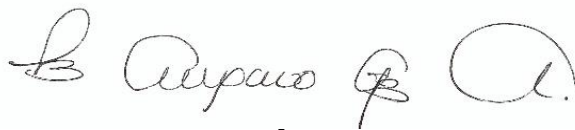
En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito dentro del proceso

ordinario promovido por **Carlos Mario Gutiérrez Gallego**, contra la **AFP Protección S.A. y Colpensiones**.

Sin costas en esta instancia al analizarse la actuación en el grado jurisdiccional de consulta.

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO**, que se fijara por **secretaría 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



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Con aclaración de voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado

Aunque acojo la decisión de la Sala, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación (entre muchas, la providencia CSJ STL3201-2020), en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, (que la suscrita integraba) a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga; bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada