

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Jorge Horacio Cardona Jaramillo
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 023 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 <b>023 2019 00718</b> 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 255 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Confirma sentencias

En la fecha, **veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de 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 la apoderada de la **AFP Porvenir S.A.** y el grado especial de consulta para **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Jorge Horacio Cardona Jaramillo**, en contra de estas dos entidades y de la **AFP Protección S.A.** Radicado único nacional 05001 3105 **023 2019 00718** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del año en curso, sometió a consideración de los

restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **035**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

## **Antecedentes**

El demandante, por conducto de su apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia y/o nulidad de su traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, se le ordene a Protección S.A., retornar a Colpensiones los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual con solidaridad, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, y los rendimientos, debiendo Colpensiones autorizar el retorno, recibir los dineros y tenerlo afiliado sin solución de continuidad. Pide también condena en costas.

En sustento de ello y teniendo en cuenta lo que es objeto de debate, afirma que, estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, realizando aportes entre el 22 de enero de 1982 y el 28 de febrero de 1999, cotizando un total de 798.86 semanas. Que a la empresa donde laboraba acudió un asesor de Colpatria, hoy Porvenir, y le manifestó que era mejor estar en el régimen de ahorro individual, pues, el Seguro Social se iba a acabar, y corría el riesgo de perder sus aportes, sin efectuarle ningún tipo de asesoría frente a la forma en que obtendría la pensión, no le hablaron de las diferentes modalidades, no se le realizaron cuadros comparativos, pero sí se le dijo sobre la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, decidiendo trasladarse a dicho fondo, y posteriormente en el 2000 a Horizonte, y en el 2002 a Protección S.A.. Indica que el 19 de marzo de 2014, concertó una cita con una asesora de Protección, quien le manifestó que tenía hasta el 30 de septiembre de ese mismo año para trasladarse Colpensiones; que el 3 de enero de 2019, solicitó una proyección de la pensión, indicándosele que a los 62 años en el régimen de prima media tendría una mesada de \$6.742.305, y en el régimen de ahorro individual con solidaridad \$3.309.064. Que el 3 de enero de 2019, petitionó ante Colpensiones su retorno al régimen público,

manifestándole que no era dable atender su requerimiento al encontrarse a menos de 10 años de pensionarse.

En auto del **05 de julio de 2019**, 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 afiliación al régimen de prima media con prestación definida, el traslado al RAIS, la solicitud de retorno al régimen público y la respuesta emitida. Los demás supuestos no le constan al ser ajenos a la entidad. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe, y la innominada.

La **AFP Protección S.A.**, acepta la suscripción del formulario para afiliarse a dicha entidad el 20 de septiembre de 2002, lo dicho por la asesora frente la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida hasta septiembre de 2014, la proyección de la pensión y los resultados obtenidos; frente a los restantes supuestos manifestó que no eran ciertos o no le constaban. Aduce que en la fecha de afiliación el actor manifestó su consentimiento libre, espontáneo y sin presiones, de trasladarse de régimen, a través del formulario, el cual, cumple con todos los requisitos del Decreto 692 de 1994, acto jurídico que estuvo precedido de la asesoría adecuada, correcta y oportuna por parte de la entidad respecto de todos los aspectos del régimen, como la construcción de un capital en la cuenta de ahorro individual, donde se depositan mes a mes sus aportes pensionales, que el valor de la cuenta es heredable a falta de beneficiarios, también se le indicó sobre la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos, la posibilidad de realizar aportes voluntarios y de pensionarse de manera anticipada siempre y cuando cuente con el capital requerido para financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente, razón por la

cual, el acto suscrito es válido y produce efectos hasta la actualidad. Presentó oposición a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, validez del traslado entre AFP, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración y seguros previsionales por falta de causa y por afectar derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

La **AFP Porvenir S.A.**, frente a los hechos manifiesta que no son ciertos o no le constan. Explica que son situaciones ajenas y genéricas, por tal, no debe efectuar pronunciamiento, no obstante, indica que la afiliación del actor de trasladarse fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación –documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y 54 del C.P.T.. Así mismo resalta que por tratarse de un sistema público obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotizaciones y reconocimiento de prestaciones, tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual, se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la Ley, sin que le este dado a las partes pactarlas en forma diferentes, sumado a que el demandante pretende desconocer lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2o de la Ley 797 de 2003. Manifestó **oposición a las pretensiones**, expuso los hechos, fundamentos y razones de su defensa y formuló **las excepciones** de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica.

La primera instancia **terminó con sentencia** proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito el 24 de agosto del año en curso, declarando la ineficacia de la afiliación del señor **Cardona Jaramillo** al RAIS,

administrado por **Porvenir S.A. y Protección**, condenando a Porvenir S.A. y Protección S.A, a que *dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, trasladen a COLPENSIONES el valor de la cuenta de ahorro individual del demandante con sus respectivos rendimientos, las cuotas de administración, las primas previsionales y los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Y advertir a dichas entidades que, al momento de cumplir la orden impartida, deberán remitir a Colpensiones la 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.* Le ordenó a Colpensiones recibir las sumas que le sean giradas y las convierta en semanas cotizadas, teniendo al actor afiliado sin solución de continuidad a dicho fondo. Declaró no probadas las excepciones propuestas, gravó con costas a las AFPs codemandada a favor del demandante y fijó el monto de las agencias en derecho.

Argumentó el fallador que, bajo las premisas normativas y alcance de la línea jurisprudencial, coherente y sólida, de la Sala de Casación Laboral, frente al tema de la ineficacia, para el caso las AFPs no acreditaron el cumplimiento del deber de información calificada, completa, suficiente, idónea y comprensible, de acuerdo a la etapa en que se estaba, sin que dicho deber se entienda satisfecho con la suscripción libre y voluntaria del formulario de vinculación que se aporta, en consecuencia, le impuso al acto de traslado del RPMPD al RAIS la sanción de ineficacia, con la restitución por parte de Protección y Porvenir de las cuotas de administración, primas previsionales, y los porcentajes del fondo de garantía mínima debidamente indexados, y a Protección de los valores de la cuenta de ahorro individual con los respectivos rendimientos.

El **recurso de apelación** fue interpuesto por la apoderada de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando se imparta absolución en su favor, pues frente a la falta al deber de información y con ello la ineficacia de traslado, se probó dicha obligación con los requisitos establecidos para la fecha de la afiliación, bastando para la época con la suscripción del formulario, documento público

que se presume auténtico de conformidad con lo establecido en el Código General del Proceso y el artículo 54 de la Ley 100 de 1993, adicional a que dicha misiva contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100, esto es, la selección libre, voluntaria y sin presiones, sin que para la fecha existiera la obligación de hacer cuadros comparativos o presentar proyecciones pensionales, pues ello solo surgió con la expedición del Decreto 1748 de 2014, a más que no es jurídicamente posible exigir requisitos que no estaban contemplados en la Ley, pues ello constituye violación al debido proceso y a la confianza legítima. También acude al artículo 9º del Código Civil, que presume el conocimiento de la Ley, por lo que debidamente promulgadas la 100 de 1993 y la 797 de 2003, el demandante, como cualquier habitante debe conocerla.

En cuanto a las restituciones dispuestas en primera instancia, indica que no se debe ordenar el retorno de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, en tanto, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también los prevé para el régimen de prima media, sin que la misma ley establezca que en caso de retorno los mismos deban entregarse, tal y como lo dispone el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, adicional a que en ninguno de los dos regímenes estos valores están destinados a la financiación de la pensión, ni son de propiedad de los afiliados, sino de la entidad por la gestión realizada, por lo que ordenar su entrega generaría un enriquecimiento ilícito.

Aduce que los gastos de administración y primas de seguros no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados, no financian la prestación de vejez en ninguno de los regímenes y no se puede predicar su imprescriptibilidad, estando sujeto su reclamo a los términos de los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, por lo que así debe declararse.

Finalmente, solicita que de los rendimientos financieros se compense lo que se ordena devolver por conceptos de gastos de administración e indexación, ya que estos exceden los mínimos establecidos en la Ley, sumado a que los rendimientos son excluyentes con la indexación.

De la etapa de alegaciones ante esta instancia hizo uso el **demandante**, al quedar demostrado que al momento de realizar la afiliación no se le brindó una información necesaria en los términos previstos en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que hace referencia a las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que pudiera conocer las ventajas y desventajas de cada una de estas, así como las consecuencias del traslado, sin que ello se pueda desprender del formulario de afiliación.

La **AFP Porvenir S.A.**, solicitando revocar la decisión de primer grado, para lo que argumenta que en este asunto no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en artículo 1741 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1508 de la misma obra, y si bien el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. del C.C., por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes preceptos para resolver un asunto en concreto; y finalmente el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, sin que **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARAN NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, descartándose la existencia de causal de nulidad del acto jurídico, pues la demandante realizó el cambio de régimen de forma libre y voluntaria, recibiendo previamente información oportuna y completa, como

lo aseveró al suscribir el formulario, cumpliendo la AFP con la carga procesal impuesta, en la medida en que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora ha estado vinculada al RAIS producto de una decisión libre e informada, permitiendo los descuentos con destino al fondo privado, siendo inequívoca su voluntad de permanecer en ese régimen pensional, citando como sustento la sentencia con radicado 47236 del 06 de abril de 2016, sin que sea jurídicamente viable imponerle a la AFP cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que se dio la afiliación, pues ello constituiría violación al debido proceso y a la confianza legítima, resultando forzoso concluir que la afiliada recibió información suficiente, sin que se preocupara por conocer aspectos para ella relevantes y que ahora echa de menos, pese a contar con distintos canales de atención.

A renglón seguido destaca que no se puede confundir la ineficacia con la nulidad absoluta y en consecuencia, atendiendo las orientaciones del artículo 1746 del Código Civil, no se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a las previstas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación, debiéndose excluir de las restituciones lo relativo a cuotas de administración, como se explica por la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020.

Seguidamente cita apartes de salvamento de voto del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán a sentencia de tutela 5912 del 13 de mayo del año en curso, peticionando analizar las circunstancias particulares del trámite, las que a su juicio exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos para la declaratoria de nulidad absoluta y tampoco para la ineficacia, cumpliendo la sociedad con la carga probatoria como lo refleja el formulario de afiliación, documento público que se presume autentico y además no fue tachado ni



desconocido en los términos de ley. Pide absolver a la AFP de las pretensiones incoadas en su contra.

**Colpensiones**, insta para que al momento de proferir sentencia se tome en consideración el artículo 48 de la Constitución Política y el Acto Legislativo 01 de 2005, en los cuales se estableció el principio de sostenibilidad financiera del sistema, viéndose vulnerados los mismos con la declaratoria de ineficacia, no obstante, en caso de concederse se debe ordenar la devolución de todos los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, e, intereses.

En orden a decidir, basten las siguientes,

### **Consideraciones**

De acuerdo con el recuento realizado, los argumentos de la apelación 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 la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y con posterioridad a Protección S.A., y como consecuencia de ello, a su inmersión automática en el RPM administrado por Colpensiones, con las correspondientes restituciones económicas, los conceptos que estas comprenden y si hay lugar o no a su actualización mediante el mecanismo de la indexación.

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 al tema de 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, existiendo unas reglas decantadas, entre ellas que la movilidad entre regímenes debe estar precedida de la debida información y transparencia, **para el caso concreto, dado que el formulario se suscribió el 28 de diciembre de 1998**, se estaba en el primer estadio de la regulación normativa, contenida entre otras 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 la **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**, lo que supone el análisis de la situación particular de cada afiliado ante el sistema, **confesándose por la AFP Porvenir en el escrito de contestación, contrario a lo que afirma en su defensa, y en lo que insiste en la etapa de alegaciones y al sustentar la alzada, que no le consta la vinculación al régimen de prima media por ser una entidad diferente a esa sociedad, a pesar de obrar dentro de los anexos de la demanda historia laboral la cual da cuenta del bono pensional a cargo de Colpensiones, marcándose en el formulario con el que pretende acreditar la completa ilustración, casilla vinculación traslado de régimen**, luego no es posible inferir para el momento de la afiliación el cumplimiento del deber de información bajo las reglas de la normatividad vigente, primer estadio como ya se explicó, pues del pronunciamiento frente a los hechos lo que se evidencia es **absoluto desinterés y desdén por la suerte del derecho pensional del aquí demandante**.

**Sobre el deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones**, pertinente resulta para el caso traer a colación lo explicado en

sentencia SL2484-2022, con fecha 24 de mayo de 2022, en asunto de idéntica naturaleza en que también fue demandada la AFP Porvenir S.A.:

***(i) Del deber de información de las administradoras de pensiones***

*Esta Corporación ha considerado que, desde la implementación del sistema integral de seguridad social en pensiones, que incluyó la creación de las administradoras de pensiones, se estableció a cargo de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de los dos regímenes pensionales a fin que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ 2611-2020 y CSJ SL1062-2021).*

***Lo anterior, toda vez que 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», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».***

*La Sala también ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula el tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.*

***Entonces, de acuerdo a la fecha en la que el actora migró al régimen de ahorro individual con solidaridad –1.º de septiembre de 1999–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.***

***En consecuencia, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenían a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como el procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que el afiliado, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna.*** Negrillas intencionales.

Estando la carga de la prueba en cabeza de las administradoras, sin que sea requisito para su cumplimiento que el afiliado goce del beneficio de la transición o tenga un derecho pensional consolidado, ni sea obligación del ciudadano, así se explica en la sentencia antes citada:

*Sobre el particular, la Sala reitera que le corresponde a la administradora de pensiones acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que no haber recibido información suficiente corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación<sup>1</sup> (CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4806-2020).*

*Asimismo, porque la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad quien debe observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*Y es que no es razonable invertir la carga de la prueba contra la otra parte de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia respecto del afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.*

*En esa perspectiva, se advierte que le asiste razón al recurrente cuando afirma que el Tribunal se equivocó al asignarle la carga probatoria, pues la misma compete a la AFP convocada. Negrillas fuera del texto original.*

Y tampoco se puede afirmar que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa y una vez promulgada debe ser conocida, pues se está ante un tema de carácter técnico, en que cada precepto normativo tiene reglamentación y desarrollo jurisprudencial concreto, debiendo analizarse la **situación particular y específica de cada afiliado frente al sistema**, explicándose por la jurisprudencia especializada que los servicios a cargo de las AFP:

- *i) están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*

---

<sup>1</sup> En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

- *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»;*

Sin que del formulario de afiliación se infiera la debida información, porque:

*..., la simple firma, 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 SL4062-2021 y SL2484-2022).*

Siendo la consecuencia de la inobservancia de tal deber, **la ineficacia del acto de traslado de régimen en los términos de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993**, sin que la acción tendiente a su declaratoria se vea afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, y siendo su consecuencia que las cosas se retrotraigan al estado anterior, con las consecuentes restituciones económicas.

De acuerdo con ello y por ser el precedente vigente en el órgano de cierre de esta especialidad, es el acogido por esta Sala de Decisión, sin que existan razones para su variación, máxime cuando el recurso de apelación se funda justamente en los argumentos de defensa ya analizados por la alta Corporación, advirtiéndose que en lo atinente a los rubros a devolver una vez declarada la ineficacia del acto de traslado, su actualización mediante el mecanismo de la indexación, y **la obligación de las AFP de asumir lo descontados por gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima con su propio patrimonio**, surgen, entre

otras, a partir de las 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, SL2484-2022**, sin que sea una decisión caprichosa y sin que se pueda disponer ningún tipo de compensación, **que como ya se advirtió acata el precedente vertical reiterado en más de 3 decisiones que constituyen doctrina probable**, explicándose en la última referenciada:

*Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante y bonos pensionales que recibió junto con sus rendimientos. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4063-2021).*

Resultando pertinente citar el contenido del artículo 7º del C. G. del P., aplicable por remisión normativa en materia laboral,

***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:

*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 apuntó:

***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 se **confirma** la sentencia revisada en cuanto ordenó a la AFP Porvenir S.A. a restituir con su propio peculio las sumas descontadas durante el tiempo de afiliación del actor, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, así como que al momento de cumplirse 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, supuesto que también cobija a Protección S.A., entidad



que adicionalmente debe retornar los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros.

Los rubros antes mencionados no se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, pues pese a que los mismos no están ligados al reconocimiento del a prestación, si están íntimamente relacionados con la declaratoria de ineficacia, la cual según criterios ya expuestos de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral no prescribe, sumado a que solo en el trámite del proceso es que fue declarada.

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 debe indicar que la acción tendiente a obtener la ineficacia de la movilidad entre regímenes es imprescriptible, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a este fenómeno y por ello puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida que 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* (ver sentencias SL4062-2021 y SL756-2022).

Y por último 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.***

Las costas en esta instancia quedan a cargo de la AFP Porvenir S.A. a quien se desata adversamente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.000.000,00 a favor del demandante.

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, **confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Jorge Horacio Cardona Jaramillo**, contra la **AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones**.

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., a quien se desata adversamente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000,00 a favor del demandante**.

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 (firmas escaneadas)

  
**LUZ AMPARO GÓMEZ ARÍSTIZABAL**  
Magistrada

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado