

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Nelson Enrique Areiza Ramírez
DEMANDADO	Colfondos S.A., Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 01 Laboral del Cto. De Envigado
RADICADO	05266 3105 001 2021 00556 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 269 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma

Hoy, **siete (07) de diciembre 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 con relación al recurso de apelación formulado por el apoderado de **Porvenir S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, dentro del proceso ordinario promovido por **Nelson Enrique Areiza Ramírez**, trámite en que también fue vinculada por pasiva **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**. Radicado único nacional 05266 3105 **001 2021 00556** 01.

Auto: Con fundamento en la documentación allegada a esta instancia, se reconoce personería suficiente a la abogada **María Alejandra Ramírez Olea**, para asumir la defensa judicial de la **AFP Porvenir S.A.**

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 el proyecto, estudiado, discutido y aprobado mediante acta **Nº 037**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pretende el demandante, por conducto de su apoderado, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS, a través de Horizonte hoy Porvenir S.A., y con posterioridad a Colfondos S.A.; en consecuencia, se determine que nunca ha dejado de estar afiliado a Colpensiones, disponiéndose el retorno a esta entidad del valor acumulado en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, seguros previsionales, debidamente indexados. Pide también costas del proceso.

En sustento de ello y para lo que interesa afirma que, nació el 22 de octubre de 1966, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida en marzo de 1986, efectuando traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., en agosto de 1994, y entre administradoras del mismo régimen, Colfondos S.A., en noviembre de 1999, entidad a la cual cotiza hasta la fecha. Que, en julio de 1994, se le acercó un asesor de la AFP motivándolo a trasladarse, no obstante, no le brindó información clara, cierta, completa, comprensible, adecuada y oportuna sobre las ventajas y desventajas de los dos regímenes de pensiones, por lo que su decisión de afiliarse al RAIS no fue libre y voluntaria. La misma precaria información recibió en el mes de noviembre de 1999 cuando se trasladó a Colfondos S.A.. Que nunca se le efectuó una proyección de su pensión, mostrándosele la forma de liquidarla en uno y otro régimen, lo cual, le hubiera permitido adoptar una decisión objetiva, pues, se limitaron a resaltar lo mejor del RAIS, especialmente que

se podría pensionar con menos edad y con un mayor monto, supuesto bajo el cual tomó la decisión de afiliarse; que según proyección realizada por Colfondos, a los 62 años, tendría la opción de obtener una garantía mínima, cuando en el régimen de prima media, de acuerdo al monto y número de cotizaciones, su mesada ascendería a \$1.307.500.00; que le solicitó a Colfondos y a Colpensiones, el traslado a esta última entidad, respondiéndole la administradora del régimen de ahorro individual de manera negativa, guardando silencio la entidad pública.

En auto del **27 de octubre de 2021, se admitió y ordenó** dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación, las demandadas allegaron pronunciamientos, así:

Porvenir S.A., manifiesta que los hechos no son ciertos y no le constan. Aduce que el demandante solicitó afiliarse a dicho fondo el 22 de noviembre de 1994, con efectividad a partir del 1º de diciembre del mismo año y hasta el 31 de diciembre de 1999, fecha en que se retiró; que al momento de la vinculación se le informaron las características del sistema pensional y del RAIS, como las prestaciones ofrecidas y los requisitos para acceder a ellas, ciñéndose a lo establecido en la Ley 100 de 1993, y las normas que la complementan y modifican. Expone que el actor recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más instruida posible, de acuerdo con lo regulado en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, precisando que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras adquirieron la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general. Indica que durante todo el tiempo en que el actor estuvo en la entidad, se le pusieron a disposición los canales de información para que este, en caso de desearlo, aclarara cualquier tipo de duda o inquietud. **Resistió las pretensiones**, formulando excepciones tendientes a enervarlas, enunciando las de prescripción, cobro de lo no debido por

ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe.

Colpensiones, de los hechos tiene como cierta la fecha de nacimiento del actor, su afiliación a esa entidad en febrero de 1986, y la falta de respuesta frente a la solicitud de retorno; los demás supuestos no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de carga dinámica de la prueba, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia para decretar la ineficacia del traslado de régimen o inexistencia de la obligación, improcedencia de la indexación de las condenas, prescripción, devolución de cuotas y gastos de administración, seguros previsionales, rendimientos y ahorros voluntarios debidamente indexados, buena fe, improcedencia de condena en costas y, compensación.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, admite la data en que nació el actor, la afiliación a la entidad en 1999, la proyección de la pensión, la petición de traslado y la respuesta negativa; con relación a los restantes hechos aduce que no son ciertos o no le constan. Frente a la afirmación realizada en el escrito de demanda relacionada con la falta de información, explicó que al momento de suscribir el actor el formulario de afiliación, se le suministró toda la información del RAIS, sumado a que *“su traslado obedeció a un acto libre y voluntario tal y como se manifiesta en el formulario de vinculación, en el cual se declara la voluntad de acogerse y permanecer en el Régimen de Ahorro Individual de forma “libre, espontánea y sin presiones”. Además, al momento de firmarse el formulario de afiliación al demandante se le dio toda la información necesaria acerca de la pensión, de la forma como se podían pensionar y de todas las ventajas que tenía al continuar y pertenecer al RAIS, pues endicho régimen todo se basa en un capital y se constituye la pensión de acuerdo al ahorro y sin necesidad de una edad determinada. Al demandante se le brindó toda la información necesaria a cerca de la pensión, de los beneficios, del capital, del trámite pensional, del régimen de transición y de las posibilidades de regresarse al RPM. Adicionalmente, también se le comunicaron “las ventajas y desventajas de pertenecer al RPM y sobre todo del RAIS y se le explico que existía la posibilidad de obtener una pensión anticipada de vejez,*

*cabe advertir que si esta fue una de las razones por las cuales el demandante se trasladó al RAIS, debemos indicar que no son alejadas de la realidad, pues por la forma financiera sobre la que se cimienta el RAIS, es totalmente posible que un afiliado se pensione a cualquier edad –incluso antes de la edad de pensión: 57 años mujer, 62 años hombre –siempre que logre acumular en su cuenta de ahorro individual el capital mínimo exigido por la ley. Ahora en cuanto al monto, igualmente es posible que éste sea superior al que recibiría un afiliado al RPM, pero ello depende exclusivamente del ahorro pensional que efectúe el mismo afiliado. Por último, olvida el demandante que igual fue informado de su derecho de retracto, previsto por la ley para proteger al cotizante al régimen de seguridad social en pensiones, que cambia de decisión frente a su traslado. Al respecto, ésta estableció un periodo de (5) días hábiles desde la fecha en la cual manifestó la correspondiente selección, para que éste pueda retractarse (derecho de retracto) de su decisión de escogencia del régimen, como si lo establece el Artículo 3 del decreto 1161 de 1994, derecho que en su oportunidad la demandante no ejerció.” Presentó **oposición a las pretensiones**, formulando excepciones tendientes a enervarlas, entre ellas, la de buena fe, compensación y prescripción.*

La primera instancia terminó con **sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado**, declarando la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante, entendiéndose que ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, condenando a Colfondos S.A., a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia traslade a Colpensiones *"la totalidad de aportes por pensión recibidos en la cuenta de ahorro individual del demandante Nelson Enrique Areiza Ramírez con motivo de su afiliación, con los rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; incluyéndose además los bonos pensionales si los hubiere",* término con el que también cuenta Porvenir S.A., para *"devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante Nelson Enrique*

Areiza Ramírez estuvo afiliado a esa administradora”; ordenó a Colpensiones recibir los dineros trasladados, tener al actor como afiliado sin solución de continuidad al régimen de prima media y actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas, e impuso costas a cargo de Porvenir S.A. y de Colfondos S.A..

El a quo, después de citar el contenido de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como los Decreto 663 de 1993, 720 de 1994, y la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral frente al tema, desde el radicado 31989 de 2008, concluyó que la AFP Porvenir S.A., no demostró que al momento de traslado de régimen se le brindara al demandante una asesoría completa, clara, precisa, transparente, mostrándole las ventajas y desventajas de la movilidad y las condiciones en que podría pensionarse en ambos regímenes, explicándole las consecuencias del tránsito al RAIS, sin que tenga incidencia la motivación económica del actor, y la movilidad entre administradoras, al analizarse la falta al deber de información, declarando la ineficacia de su inmersión en el RAIS, con las consecuencias antes anotadas.

El **recurso de apelación** fue interpuesto por la apoderada de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando se imparta absolución en su favor, dado que, 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 que fue firmado de manera libre y voluntaria, sin que para entonces existiera la obligación de hacer cuadros comparativos o presentar proyecciones pensionales, pues ello solo surgió para el 2016, a más que el actor se trasladó a otra administradora del régimen de ahorro individual, y contó con varias oportunidades para retornar al RPM y no lo hizo, lo que demuestra su interés de permanencia en el RAIS. También aduce que la inconformidad respecto a la mesada pensional no es requisito para declarar

la ineficacia, en tanto, la obligación de la entidad estaba dirigida exclusivamente a administrar bien los recursos, sin que fuera posible proyectar la mesada al momento de la vinculación, al no contarse con los insumos y variables para ello, adicional a que no era exigido para la época.

Afirma que el demandante no empleó el deber de diligencia y cuidado que debía frente a sus propios negocios, lo cual, no lo puede llevar a ser beneficiario de su propia culpa.

En cuanto a las restituciones, explica que no se debe ordenar el retorno de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, en tanto, fueron destinados a administrar la cuenta de ahorro individual, lo cual, generó unos rendimientos financieros, adicional a que no se encuentran en su patrimonio, así como tampoco la suma descontada para seguros previsionales, al estar cubierto el actor en las contingencias de invalidez y sobrevivencia en dicho fondo, a más que dicho rubro también es deducido para tal fin en el régimen de prima media con prestación definida.

Asevera que ordenarse la devolución de estos rubros, daría lugar a un doble pago, y que los rendimientos generados compensan la indexación.

Finalmente, pide no ser condenada en costas al haber actuado de buena fe, y no exigírsele, a la fecha de traslado, guardar información, pues ello solo surgió a partir de 2016.

De la etapa para presentar alegatos, hizo uso el **demandante**, manifestando que en el momento del traslado, no se le suministro por parte del fondo privado, como era su deber, una información clara, cierta, adecuada, comprensible y oportuna sobre los riesgos, ventajas y desventajas de permanecer en el RPM o en el RAIS, por lo que deviene incontrovertible que la decisión de escoger el régimen que más le convenía

no fue “libre y voluntaria” como lo exige el artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993, cuya consecuencia es que dicho traslado deviene ineficaz conforme lo estatuye el artículo 271 de la misma ley, sin que dicho acto sea susceptible de convalidación.

Colpensiones, destacando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición que para movilidad entre regímenes pensionales establece el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, esto es, a menos de 10 años de la edad para adquirir el derecho a la pensión, sin que cumpla con los supuestos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para el retorno al RPM en cualquier tiempo, siendo posible la anulación del traslado efectuado solo si, la firma en el contrato de afiliación ha sido falsificada, lo que supone acción penal previa ante la Fiscalía General de la Nación; afiliación efectuada por el empleador sin su consentimiento y cumplimiento de requisitos previstos en la sentencia SU 062 de 2010, sin que el actor se encuentre en ninguna de estas causales. Para la profesional, con la prueba allegada queda evidenciado que el demandante plasmó su firma en el formulario, siendo persona legalmente capaz, y con él aceptó las condiciones ofrecidas, sin que sea dable que años después muestre inconformidad, máxime cuando tuvo la posibilidad de tener reasesoría por parte del fondo privado, y además contó con el plazo de gracia del Decreto 3800 de 2004, del que no hizo uso. Agrega que la entidad se ha limitado a cumplir los preceptos constitucionales y legales, pues lo contrario la llevaría a prevaricar, y culmina solicitando la revocatoria de la decisión de primer grado.

Porvenir S.A., quien luego de transcribir la parte resolutive de la sentencia centra su inconformidad en tres aspectos, la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, las ordenes en cuanto a restituciones económicas y la condena en costas; la primera por inexistencia de razones fácticas y jurídicas, toda vez que la afiliación del demandante al RAIS se efectuó de manera espontánea, sin presiones o apremios de naturaleza alguna, cumpliendo los requisitos de ley, teniendo oportunidad de retornar

al régimen público, la que no aprovechó, estando motivada la acción en la diferencia en la mesada, destacando que la entidad cumplió con las exigencias vigentes al momento del traslado, en concreto art. 97 del Decreto 663 de 1993, surgiendo las obligaciones de asesoría y buen consejo con posterioridad, y estando la totalidad de condiciones impuestas al RAIS en la ley, sin que sea posible su modificación por las partes; en cuanto a las **restituciones**, teniendo en cuenta la validez de la afiliación no hay lugar a ellas, pero en caso de dejarse en firme la decisión, debe considerarse que los gastos de administración tienen sustento legal, Artículo 20 ley 100 de 1993, y fueron debidamente destinados, entre otras al cubrimiento de las pólizas que cubrieron los riesgos de invalidez y sobrevivencia y a la generación de rendimientos para la cuenta de ahorro individual, por lo que atenta contra toda lógica y constituye enriquecimiento sin causa para Colpensiones su devolución, debiendo tenerse también en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, explicado en sentencia de unificación del mes de agosto de 2019 por la Sala especializada de esta Corporación cuando trató el tema de ineficacia frente a pensionados, y el concepto de la Superintendencia financiera del 17 de enero de 2020 en el que se indican los conceptos a restituir cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado de régimen; y frente a la **condena en costas**, esgrime que siempre actuó de buena fe, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en que se dio el traslado de la parte demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, sumado a que siempre se buscó el beneficio de la parte actora, no siendo procedente la condena ante la ausencia de mala fe.

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 Horizontes hoy Porvenir S.A. y con posterioridad a Colfondos 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 22 de noviembre de 1994**, 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 1º 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, teniéndose para el caso, de un lado que Porvenir S.A., no acreditó el cabal cumplimiento

al deber de información, pues, en la oportunidad que tuvo para ello, esto es, la contestación de la demanda, manifestó no constarle supuesto de hecho expuestos por el actor, entre ellos, que se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida antes de trasladarse, y por otro lado, también es claro que el traslado entre administradoras no convalida la afiliación, siendo el acto inicial el que se analiza a efectos de corroborar el cabal acatamiento de la Ley, luego no es posible inferir para el momento de la afiliación la observancia del deber de información bajo las reglas de la normatividad vigente, primer estadio como ya se explicó.

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, 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 obligación¹ (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 desfavor de los consumidores financieros.

¹ 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.

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 era el actor el que debió haberse informado, y era quien tenía a su cargo el deber de diligencia y cuidado, tal y como se afirma en el recurso de apelación, 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;*
- *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»;*

Y tampoco del formulario de afiliación se infiere 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, siendo su consecuencia que las cosas se retrotraigan al estado anterior, con las debidas 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, ni se pueda disponer ningún tipo de compensación, ya **que como ya se advirtió, esta Sala acata el precedente vertical reiterado en más de 3 decisiones que constituyen doctrina probable**, explicándose en la última providencia 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 este precepto 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 las AFP Porvenir S.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.

Se complementa la sentencia para ordenar tanto a Colfondos S.A., como a Porvenir S.A., que al momento de cumplir la orden impartida en cuanto a restituciones, deberán 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.

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 de la prestación, si están íntimamente relacionados con la declaratoria de ineficacia, la cual según criterios ya expuestos por 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.***

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.

Y con relación a la no imposición de costas, baste advertir que las mismas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, que se traduce en una obligación que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir (auto Sala de Casación laboral Corte Suprema del 24 de enero de 2007, radicado 31.155, reiterado en sentencia SL 5141-2019), sin que sea dable entrar a analizar la buena o mala fe de la entidad en el transcurso del proceso.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., a quien se desata adversamente el recurso interpuesto (art. 365-1 del C. G. del P.), las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000,00** y en favor de la parte actora.

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, **adiciona los numerales segundo y tercero** de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, dentro del proceso ordinario promovido por **Nelson Enrique Areiza Ramírez** en contra de la **Porvenir S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Colpensiones**, para indicar que al momento de cumplir la orden de restitución y traslado de los rubros ordenados a las AFPs, estas deberán también enviar a Colpensiones relación discriminada de los mismos, debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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 ARISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado
