

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Amparo García Correal
DEMANDADO	A AFP Porvenir S.A. Skandia S.A., y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 15 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADOS	05001 3105 015 2021 00101 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 285 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma

En la fecha, **dieciséis (16) 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 frente al recurso interpuesto por **Skandia S.A., y Colpensiones**, y el grado jurisdiccional de **consulta** en favor de esta última, interpuesto y ordenado, en sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Amparo García Correal** en contra de estas entidades y de la **AFP Porvenir S.A.**. Código de radicado único nacional 05001 3105 **015 2021 00101** 01.

Auto: de conformidad con la documentación enviada vía correo electrónico, se procede a reconocerle personería jurídica a las Doctoras

Anyta Camila Mosquera y Juliana Araque Quiroz, para que continúe con la representación de Colpensiones y Skandia S.A., respectivamente.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del año en curso, procede a emitir sentencia, según proyecto estudiado, discutido y aprobado mediante acta Nro. **038**, que se plasma a continuación:

Antecedentes

Pretende la demandante se declare la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, entendiéndose que siempre ha estado afiliada al primero, en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. y Skandia S.A., a retornar a Colpensiones los aportes realizados, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debiendo Colpensiones validarlos en la historia laboral. Pide también condena en costas.

En sustento de ello y para lo que interesa a esta, afirmó que nació el 9 de mayo de 1960, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida, entidad en la cual estuvo hasta decidió trasladarse a Porvenir S.A., sociedad que no le realizó un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen, y tampoco le explicaron las diferentes entre uno y otro, la posibilidad que tenía de retractarse, los requisitos que debía acreditar para pensionarse, la posibilidad de retornar a Colpensiones antes de cumplir los 47 años, entre otros aspectos. Esgrime que el 15 de mayo de 2014, cuando contaba con 54 años, suscribió formulario de vinculación a Skandia, entidad que tampoco le efectuó ningún tipo de asesoría sobre el régimen a dicha fecha, ni le brindó una reasesoría; que cuenta con 1.571 semanas de

cotización, ascendiendo su mesada pensional en el régimen de prima media con prestación definida, con el promedio de los 10 últimos años, a \$3.196.310,00; que solicitó ante Colpensiones su retorno.

En auto del **03 de mayo de 2021**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente notificadas las entidades vinculadas por pasiva allegaron escritos de contestación así:

AFP Porvenir S.A., resistió las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó que no le constan o no son ciertos, afirmando que la afiliación de la actora en 1996, fue producto de su voluntad libre y de su decisión voluntaria e informada, ello, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones, el fundamento del RAIS, y de indicarle sus condiciones pensionales en dicho fondo, 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, elemento de convicción que por demás se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP, y el parágrafo del artículo 54 del C.P.T.. Precisa que por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar diferentes. Expuso los hechos, fundamentos y razones de su defensa y formuló **las excepciones** de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Colpensiones, de los hechos, de acuerdo con la documentación aportada, le consta la fecha de nacimiento de la demandante, y la afiliación al RPMPD. Los demás supuestos no le constan. Manifestó **oposición** a las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación

de traslado de régimen pensional por aspectos legales y financieros que impiden la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, improcedencia de declarar nulo o ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual, prevalencia de la autonomía de la voluntad privada, imposibilidad de responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, devolución de cuotas de administración, falta de legitimación en la causa, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe, y la innominada o genérica.

Skandia S.A., acepta lo relativo a la afiliación a dicha entidad el 15 de mayo de 2014, fecha para la cual contaba con 54 años, así mismo admite que no le informaron sobre la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida y, que cuenta con 1.571 semanas, los demás supuestos de hecho no le constan. Asevera que al momento de afiliarse la actora, se le suministró una asesoría amplia y suficiente sobre las implicaciones de su traslado, requisitos y características del RAIS, especialmente sobre el capital necesario para acceder a la pensión de vejez, la posibilidad de realizar aportes voluntarios para aumentar el valor de la posible pensional y la heredabilidad de los aportes en caso de fallecimiento y no completar el capital necesario para acceder a una pensión. Finalmente, expone que no se puede perder de vista que, para el momento en que se afilió a dicha entidad, ya se encontraba imposibilitada para trasladarse al RPM, pues para la fecha de suscripción del formulario de afiliación contaba con 54 años de edad, estando inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues le faltaba menos de 10 años para cumplir con la edad para acceder a la pensión. Presentó oposición a las pretensiones, formulando como excepciones tendientes a enervarlas las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de obligación.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito, declarando la **ineficacia** del traslado de la

señora Amparo García al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. y con posterioridad a Skandia, por no haberse demostrado el cabal cumplimiento del deber de información en los términos explicados por la jurisprudencia especializada, citando algunas radicaciones y apartes ilustrativos; condenando a la AFP Skandia a devolver a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, las sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, *esto es, las respectivas cotizaciones, rendimientos, y cuotas de administración, sin incluir otros conceptos que no fueron solicitados en la demandada*, en virtud del principio de congruencia; condenó a Porvenir S.A., a retornar los gastos de administración descontados durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a dicho fondo; condenó a Colpensiones a recibir las sumas que le sean retornadas por Skandia y Porvenir S.A. y a activar la afiliación de la accionante al RPMPD de forma permanente y sin solución de continuidad; declaró no probada la excepción de prescripción, dispuso el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones e impuso condena en costas a Skandia S.A. y Porvenir S.A. fijando el monto de las agencias en derecho.

Inconformes las partes con la decisión presentaron recurso de apelación, así:

Colpensiones, solicitando la revocatoria para ordenar a la AFP codemandada devolver todos y cada uno de los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, esto es, sumas de las aseguradoras, cuotas de administración, primas de seguros Fogafin y primas de seguros invalidez y sobrevivientes, porque el inciso 2º del art. 20 de la Ley 100 1993 modificado 7º de la Ley 797 de 2003, establece la distribución de porcentajes de aporte de los afiliados al RAIS, indicando que el 3% es destinado a financiar gastos de administración. Indica que de conformidad con la Resolución 2549 de 1994, la cuota de administración a favor de estas entidades no era del 3,5%, constituyendo este concepto un

ingreso propio de la AFP a favor de la generación del patrimonio en virtud de la afiliación del cotizante obligatorio al sistema de pensiones, por lo que en caso de nulidad o ineficacia del acto de afiliación, estos dineros, conjuntamente con sus rendimientos, generan un enriquecimiento sin justa causa a su favor y en desmedro de Colpensiones, pues capitalizan el fondo de naturaleza común, insistiendo en la modificación de este apartado.

Skandia S.A., se muestra inconforme con la decisión y solicita su revocatoria, frente a la ineficacia, afirma que la demandante se trasladó de manera voluntaria en 1996 a Porvenir S.A., tal y como consta en el formulario de afiliación, el cual, fue creado y aprobado por la Superintendencia Financiera, gozando de legalidad y validez, documento que también suscribió en el 2014, cuando se afilió a la entidad, época para la cual tenía cumplidos los 54 años, y se encontraba inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. Alega que para la época en que la actora se trasladó no existía la obligación de asesoría en los términos señalados en la demanda, al haber dejado el legislador en cabeza del ciudadano la escogencia de régimen, teniendo la demandante la oportunidad de seguir en el de prima media o no, supuesto este último que fue por el que optó de manera voluntaria, adicional a que tuvo varias opciones de retornar, o revertir su decisión, y no lo hizo, sin que la diferencia en el monto de las pensiones pueda servir de base para declarar la ineficacia, al ser ambos regímenes excluyentes, pero legales.

Menciona que no es posible ordenar la restitución de las cuotas de administración, al estar revestido dicho concepto de legalidad, al haber sido descontado atendiendo una previsión legal –artículo 20 Ley 100 de 1993-, y cumpliendo la finalidad de su cometido, esto es, que la cuenta obtuviera rendimientos financieros. De disponerse la devolución de dicho rubro, se estaría desconociendo el sentido de las restituciones mutuas.

De la etapa procesal para presentar **alegatos hizo uso Skandia S.A.**, indicando que siempre actuó de buena fe en relación con la afiliación que realizó de manera libre, voluntaria y consciente la actora, tal y como quedó acreditado con el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, siendo el mismo prueba suficiente de la libertad informada de la afiliación, sumado a que se le asesoró de manera verbal y personalizada, cumpliendo los parámetros legales fijados para la fecha.

En caso de que se confirme la sentencia, pide se abstenga de imponer condena a devolución de gastos de administración, al ser una suma que se descontó conforme a Ley, logrando su cometido, cual es generar rendimientos financieros, los que se ven reflejados en la cuenta de ahorro individual, por lo que, imponer una restitución de los mismos sería desconocer la gestión realizadas, adicional a que de haber permanecido en el régimen de prima media, dichos rubros también hubiesen sido deducidos.

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, solicita no se acoja la sentencia de instancia, al encontrarse la actora inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años para alcanzar la edad pensional; no obstante, en caso de acogerse las pretensiones, se debe considerar lo regulado en el artículo 48 de la Constitución Política, así como el Acto Legislativo 01 de 2005, ordenándosele a las AFPs la entrega del total de los valores cotizados y/o depositados en la cuenta de ahorro individual con solidaridad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que se considere.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

De acuerdo con el recuento realizado, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si hay lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS a través la **AFP Porvenir S.A. y su posterior traslado a Skandia S.A.**, donde actualmente permanece, y como consecuencia de ello, a la activación de la vinculación en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, 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 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 de tránsito entre regímenes se suscribió el 27 de mayo de 1996**, se estaba en el primero 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 supone el análisis de la situación particular de cada afiliado ante el sistema, sin que se hubiere **allegado estudio particular y concreto**, ni aportado ningún medio de convicción sobre la asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre las **características y regulaciones del RAIS y su funcionamiento, así como los rasgos diferenciadores del RPM**, como se afirma en el escrito de contestación por parte de Porvenir S.A., entidad a la que primigeniamente se trasladó la actora, y por el contrario, con lo manifestado en tal acto procesal se desvirtúa este argumento, pues no le consta a la AFP la fecha de nacimiento, ni la afiliación del demandante al RPM, pese a que en el formulario de vinculación se puso la "X" de traslado del "ISS", ni ningún supuesto de los expuestos; obligación de ilustración que deben cumplir las AFP al momento del acto de traslado de régimen y no en forma posterior, sin que haya lugar a saneamiento por reasesoría previo al arribo al límite temporal de los 47 años de edad, que para el caso ni siquiera

se dio, ver, entre otras, sentencias SL1688-2019 y SL5704-2021; ni se infiere de los formularios suscritos, que solo contienen datos básicos y generales del afiliado y aunque tienen pre impresa una declaración de voluntad suscrita por el promotor del proceso, lo cierto es que, por ese solo hecho no es posible inferir que la persona conocía los verdaderos efectos que sobre sus derechos pensionales podía tener la decisión de trasladarse, lo que además, no puede considerarse como satisfecho con una simple expresión genérica; o con el hecho de que el afiliado no haya demostrado en el transcurso del tiempo inconformidad alguna sobre el cambio en el sistema pensional, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, ya que ello no se puede satisfacer únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la persuasión certera sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendía a las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (en este último aspecto ver sentencia SL843-2022).

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 carga 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 obligación¹ (CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4806-2020).

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.

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. Negrilla fuera del texto original.

Y tampoco 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 tal y como fue solicitado por Colpensiones, se **adiciona la sentencia revisada para ordenar también la restitución de los gastos de administración, porcentajes aplicados a seguros previsionales y a garantía de pensión mínima, debidamente actualizados, con cargo a los recursos de la AFP Porvenir S.A., durante el tiempo de vinculación de la demandante en dicho**

fondo, y a Skandia S.A., sin que con ello se desborde el principio de congruencia como lo argumentó la a quo.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia del traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

*Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. **Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020 y SL843-2022).***

Se adiciona también la decisión para indicar que, al momento de cumplirse la orden impartida a la AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A., los conceptos a restituir deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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 de la movilidad entre regímenes, 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.

Costas a cargo de Skandia S.A., a quien resulta adverso el recurso, inclúyanse como agencias en derecho en favor de la demandante, la suma de \$1.000.000,00

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **adiciona** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito dentro del proceso promovido por **Amparo García Correal, en contra de Porvenir S.A. y Skandia S.A.**, así:

Adiciona el numeral segundo, para condenar a las **Skandia S.A.**, a **restituir a Colpensiones**, además de los conceptos indicados en la sentencia revisada y dentro del término otorgado para ello, los **porcentajes descontados por gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima, debidamente indexados**, valores que deberá asumir la sociedad con cargo a sus propios recursos.

Adiciona el numeral tercero, para condenar a **Porvenir S.A.**, a que en el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, retorne a Colpensiones los porcentajes descontados por gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión

mínima, debidamente indexados, valores que deberá asumir la sociedad con cargo a sus propios recursos, y por el tiempo que la actora estuvo en la entidad.

Se adiciona la sentencia para ordenarles a Porvenir S.A. y Skandia S.A., que al momento de cumplirse la orden impartida 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. **En lo demás confirma.**

Costas a cargo de Skandia S.A., a quien resulta adverso el recurso, inclúyanse como agencias en derecho en favor de la demandante, la suma de \$1.000.000,00

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

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado