

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Carlos Mario Atehortúa Pérez
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 010 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 010 2020 00217 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 292 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	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 de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la **AFP Porvenir S.A. y de Colpensiones**, al igual que el grado jurisdiccional de **consulta** para esta última entidad, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Carlos Mario Atehortúa Pérez**. Radicado único nacional 05001 3105 **010 2020 00217** 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°. **038**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pretende el demandante la nulidad del traslado a la AFP Porvenir S.A., por vicio en el consentimiento, en razón de la omisión al deber de información, y se tenga valida y sin solución de continuidad la vinculación al RPMPD hoy administrado por Colpensiones, ordenándose a la AFP devolver a la entidad pública los aportes realizados, incluidos los rendimientos, sin descuento por cuotas de administración; se condene a Colpensiones a reactivar la afiliación, y se imponga condena en costas.

En sustento de ello afirma que, **nació el 23 de diciembre de 1955**, se afilió al sistema pensional RPMPD en octubre de 1981; en 1998 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., sin obtener información suficiente sobre la forma de liquidar y requisitos para obtener pensión. Indica que una buena asesoría le hubiese permitido evidenciar que le resultaba más benéfico el RPM, pues el agente comercial no tuvo en cuenta sus condiciones particulares, solo se le prometió rentabilidad y excelente pensión con diversos beneficios económicos, asumiéndose por los asesores una dinámica de libre competencia y una agresiva e indiscriminada campaña comercial para obtener el mayor número de afiliados. *No se le explicó de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliada en el Régimen de Ahorro Individual frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.* El 15 de mayo de 2019 elevó derecho de petición a la AFP solicitando el traslado de régimen y pruebas de las asesorías y reasesoría, emitiéndose respuesta el 24 del mismo mes, manifestándosele que no se contaba con soportes y la información fue verbal. El 16 del mismo mes efectuó reclamación administrativa a Colpensiones, solicitando traslado, con respuesta negativa.

Explica que el daño que va a sufrir está representado en el monto de su mesada, incorporando cuadros con cálculos de esta en ambos regímenes.

Subsanados los defectos advertidos por el Juzgado de conocimiento, en auto del **03 de marzo de 2021, se admitió y ordenó dar trámite a la acción**, debidamente enteradas de la actuación las demandadas allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, de los hechos tiene como ciertos, la fecha de nacimiento del demandante, la vinculación al RPMPD en el mes de octubre de 1981 hasta diciembre de 1998, que efectuó traslado al RAIS – AFP Porvenir S.A.; la solicitud de retorno al régimen público radicada el 16 de mayo de 2019 emitiéndose respuesta negativa por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensión. Manifestó **oposición** a las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de la nulidad de traslado de régimen pensional, inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPM por falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada o genérica e imposibilidad de condena en costas.

AFP Porvenir S.A., no le consta la fecha de nacimiento del demandante, debe probarse con documento idóneo, tampoco la afiliación al ISS hoy Colpensiones. Frente a la vinculación RAIS en el año 1998 a través de esa sociedad, *fue producto de su voluntad y de su decisión **libre e informada** después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales en el RAIS, tal 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 CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT,... 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 alas partes pactar condiciones diferentes. Los demás supuestos no son ciertos, no le constan o no son hechos, sino consideraciones de la parte actora. Insiste en que se atiene al contenido del formulario de afiliación y que brindó la debida asesoría al momento del tránsito entre regímenes, sin que pueda prosperar la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, ni objeto o causa ilícitos. **Resistió las pretensiones.** Expuso los hechos, fundamentos y razones defensa y **formuló las excepciones** de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito el 24 de octubre del año en curso, declarando ineficaz el cambio de sistema pensional del RPM al RAIS que realizó el demandante y en consecuencia, que ha permanecido afiliado, sin solución de continuidad, al primero, administrado por Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el saldo de la cuenta de ahorro individual del señor Atehortúa Pérez con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses, el bono pensional si se hubiere redimido, lo descontado para el Fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros, elementos que deben ser indexados a la fecha de entrega al RPM. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Condenó a Colpensiones a recibir los valores aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizados. Declaró no probada la excepción de prescripción, las demás implícitamente resueltas. Impuso condena en costas a Porvenir S.A. y ordenó el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones.

El Juzgador, luego de citar la legislación aplicable al caso y las subreglas sobre el tema definidas por la jurisprudencia especializada, estimó que con la prueba allegada no quedó acreditado el deber de información al momento del traslado entre regímenes, pues la AFP Porvenir S.A. no aportó prueba de ello, y tal omisión no se sana por el tiempo de permanencia en el RAIS, ni se infiere del formulario de vinculación, deviniendo procedente la declaratoria de ineficacia reclamada, con las condenas consecuenciales ya transcritas.

Inconformes con tal pronunciamiento, **interpusieron recurso de apelación los apoderados de:**

Colpensiones, solicita adicionar el pronunciamiento, pues como se explica en sentencia SL4360 de 2019, hay lugar a reintegrar la totalidad de cotizaciones mencionadas por el a quo y si la sumatoria de estos conceptos resultare inferior al valor que con los rendimientos se hubieren obtenido en caso de que el demandante hubiere permanecido en el RPM sea porvenir quien asuma la diferencia. También pide se adicione con el principio de estabilidad y sostenibilidad financiera, y que la sentencia no sea abstracta, debiéndose aclarar y especificar que la rentabilidad de los recursos corresponde a la del RAIS y no se haga aplicando la del RPM, todo ello de conformidad con los artículos 283 y 284 CGP, y finalmente ruega no se imponga condena en costas por ser llamada como tercero y pretender con la apelación la garantía de la estabilidad financiera.

Porvenir S.A. solicita revocar lo que respecta a valores a retornar e indexación de las sumas, en la medida que el actor realizó su vinculación de manera libre y voluntaria y no se le afectó la libertad de escogencia, por lo que las actuaciones de la AFP fueron legales, y se dio la debida administración de aportes con generación de rendimientos que se abonaron a la cuenta de ahorro individual, circunstancia bajo la que no es

dable generar devolución de conceptos por gastos de administración, máxime que no van a financiar prestación de la parte actora, y también se causan en el RPM, por lo que se generaría enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones al devolverse este monto, a pesar de haber sido administrado durante 22 años por esa sociedad. En lo que respecta a indexación se genera doble sanción para la AFP porque los valores actualizados se encuentran en la cuenta de ahorro individual y al trasladarse no poseen afectación monetaria, cita sentencia del Tribunal de Cundinamarca en la que señala que la devolución de los rendimientos que incluyen frutos e intereses recibidos de la AFP siendo este rubro excluyente con la indexación, insistiendo en que es incompatible la actualización con los rendimientos, pues con creces superan cualquier devaluación. Pide revocar de manera parcial en este punto, porque los gastos de administración no financian la pensión.

De la oportunidad para presentar alegatos hizo uso **el apoderado judicial de Colpensiones**, pidiendo se modifique la sentencia del a quo, *toda vez que, en relación a las pruebas allegadas dentro del proceso de la referencia, la parte demandante no logra acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de Ineficacia de la Afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en razón a que no cumple con lo preceptuado por el artículo 167 del código general del proceso. Ello con base en que, en materia probatoria, por regla general corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias. En los eventos de traslado de Régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin atender las situaciones particulares de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza del fondo privado y exime al demandante de probar la existencia de un vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, reduciéndose la labor de este, en el interrogatorio de parte, a realizar afirmaciones si base de sustento, equivalentes a las del escrito de demanda, creándose jurisprudencialmente*

una situación más ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación de que no se le brindó información precisa, clara y exacta plasmada en una demanda, recayendo en los fondos privados la carga de la prueba, exigencia que no han podido superar por contar solo con el formulario de afiliación, sin que la carga de la prueba pueda invertirse en forma arbitraria, ni pueda considerarse a todos los afiliados parte débil de la relación.

Luego de relacionar las etapas del deber de información fijadas por la jurisprudencia, indica que hasta 2016 los fondos privados solo contaban con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, sin que este afectado el consentimiento.

Pide el profesional dar aplicación a la garantía de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, prevista en los artículos 48 y 334 superiores, pues este representa la *garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenida e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuesta en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva. La estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general de pensiones percibe y mantiene, a través de medios jurídicos y financieros, los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general.*

Cita salvamento de voto de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en sentencia con radicación 88720.

En el evento de confirmarse la decisión, con fundamento en sentencia SL4360-2019, debe ordenarse el retorno de todos los valores recibidos por la AFP, pidiendo adicionar, *en el sentido de que si la sumatoria de todos los conceptos que se ordenen trasladar, tales como los antes mencionados (Recursos cuenta individual de ahorro, Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, Rendimientos, Anulación de Bonos Pensionales y porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración), resultare inferior al valor total del aporte legal correspondiente más los rendimientos que se hubieran generado en caso de que el demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media, sea PORVENIRS.A., quienes asuman la diferencia que resultare en proporción al periodo durante el cual la mencionada permaneció afiliada a la Administradora de Fondos de Pensiones referida. De igual manera Honorable Magistrada, es de su conocimiento que en la sentencia SL782-2021, como en el presente proceso por ser homologo, y por versar sobre los mismos intereses, se debe, en defensa de los principios de la Estabilidad Financiera y Sostenibilidad Financiera del Sistema de Seguridad Social propender porque no solo el saldo de la CAI, sino todos los recursos con sus respectivos rendimientos que generó la afiliación al RAIS, sean TODOS estos valores DEBIDAMENTE INDEXADOS para la sentencia definitiva del proceso.*

Finalmente advierte que no tiene soporte una condena en costas, porque la entidad actuó de buena fe y en esta instancia pide adición del fallo para que en el evento de ser desfavorable sea con una condena en concreto.

El apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, luego de sintetizar los antecedentes del caso, pide **revocar** en su integridad la sentencia, argumentando 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.

En orden a decidir, basten las siguientes:

Consideraciones:

De acuerdo con el recuento realizado, los argumentos de las apelaciones 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 Porvenir S.A. **el 30 de octubre de 1998**, 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 se debe ordenar o no 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, como el formulario de movilidad entre regímenes se suscribió el 30 de octubre 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 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, **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 fecha de nacimiento del demandante, y tampoco le consta la vinculación al régimen de prima media por ser una entidad diferente a esa sociedad, a pesar de adjuntar el formulario del que dice se infiere la debida ilustración, marcándose la casilla correspondiente a traslado de régimen, entidad administradora anterior ISS,** supuestos bajo los que no es posible admitir para el momento de la afiliación inicial al RAIS el cumplimiento de la debida 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,** sin que como lo advirtió el a quo, tal omisión se subsane por el transcurso del tiempo.

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 el ciudadano quien deba efectuar el estudio del tema, 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 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**

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.

particular y específica de cada afiliado, 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»;*

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, retrotrayéndose las cosas al estado anterior, con las correspondientes 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, 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, **que como ya se advirtió acata el precedente vertical reiterado en más de 3 providencias 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).

Tesis también sostenida en la sentencia SL4360 de 2019, en que sustenta la apelación Colpensiones:

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

Y en la parte resolutive se expresó:

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones, las

sumas percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora.

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o del demandante, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad, máxime que fue la conducta de la AFP la que generó la ineficacia aquí declarada, por lo que se **confirma** la sentencia revisada en cuanto ordenó a 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, así como que al momento de cumplirse la orden impartida en cuanto a restituciones, deberá remitir a Colpensiones relación discriminada de los conceptos a que corresponden.

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma, en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la

Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Se precisa que si bien es cierto en los fundamentos de la demanda se afirma que una de las razones para promover esta acción es obtener una mejor mesada pensional, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.* Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016.

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

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

independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.

Frente a la inconformidad de Colpensiones, ningún sustento jurídico tiene la solicitud de especificar la rentabilidad que generaron los recursos cuya restitución se ordena para que se aplique la del RAIS y no del RPM, pues a Porvenir S.A. se le ordenó **devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual con los correspondiente rendimientos, que obviamente son los generados en el RAIS**, ya que ninguna alusión o comparativo se hizo con el RPMPD, y como se dijo, se acató el precedente vertical en cuanto a la inclusión de gastos de administración debidamente indexados, siendo este además un argumento que solo se planteó al sustentar la alzada.

Se excluye de los conceptos ordenados a Porvenir S.A., el relativo a los **bonos pensionales**, pues de haberse redimido, lo procedente es su anulación.

En relación con la condena en costas, en la que se incluyen las agencias en derecho, al ser una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, 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), por lo que **al desatarse adversamente el recurso de apelación interpuesto por ambas accionadas, se imponen en esta instancia**, las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.000.000,00, a cargo de cada una y 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, **modifica y confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Carlos Mario Atehortúa Pérez**, contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, así:

Modifica el numeral **segundo**, para excluir de los conceptos a **restituir por la AFP Porvenir S.A.**, los bonos pensionales si se hubieren redimido, pues en este caso deben ser anulados. **En lo demás confirma.**

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

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

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ARÍSTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado