

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Jesús Arley Ramírez Restrepo
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado Segundo Laboral del Cto. de Envigado
RADICADO	05266 3105 <b>001 2022 00111</b> 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 291 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 de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la **AFP Porvenir S.A.**, así como el grado jurisdiccional de **consulta en favor Colpensiones**, en relación a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Envigado Antioquia, dentro del proceso ordinario promovido por **Jesús Arley Ramírez Restrepo**. Radicado único nacional 05266 3105 **001 2022 00111** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto, estudiado, discutido y aprobado mediante acta **Nº. 038**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

## Antecedentes

Pide el demandante se declare la ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS, y en consecuencia vuelvan las cosas al estado anterior, condenándose a Porvenir S.A. a entregar a Colpensiones el valor de los aportes recibidos por la afiliación. Se condena a Colpensiones a acoger al actor como afiliado al RPM sin solución de continuidad, a recibir el valor de las sumas que le retorne Porvenir S.A. y a computarlas como semanas cotizadas. También solicita condena en costas para Porvenir S.A.

En sustento de ello afirma en síntesis que, **nació el 07 de agosto de 1959**. Estando afiliado al RPMPD se trasladó al RAIS desde septiembre de 1999 sic., AFP Porvenir S.A., acto que se dio porque el asesor del fondo le manifestó que podría pensionarse antes de cumplir la edad mínima y no estaban en riesgo sus cotizaciones, es decir, que las condiciones para pensión de vejez eran más favorables que en el RPM y la mesada superior en la administradora privada. Que no se le suministró información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, esto es, con que IBC debía cotizar para acceder a la pensión anticipada o el capital para una pensión de vejez, ni se le hicieron proyecciones en ambos escenarios, ni se le dio a conocer el derecho de retracto. Tampoco lo ilustraron sobre las consecuencias del traslado, incumpliendo la AFP con *el deber legal de dar una completa, veraz e individual asesoría al momento de la afiliación, la cual abarca la obligación de poner en conocimiento los beneficios, inconvenientes y efectos de las decisiones de traslado de régimen, NO le suministró una información clara, precisa y detallada con respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional, pues no suministró información de las características y funcionamiento del sistema; de cómo se financiaba la pensión, sus modalidades, de la garantía de sostener o no las tasas de rentabilidad; sobre el ingreso base de liquidación, la fidelidad de cotización, el salario, el valor del bono pensional, la tasa de descuento del bono pensional y la composición del grupo familiar, elementos estos que podían modificar el monto de su*

*pensión por vejez; como tampoco se le enteró de la posibilidad de ejercer el derecho de retracto, y mucho menos las características propias de las contingencias de invalidez y sobrevivencia.* Para la fecha de traslado contaba con **854,57 semanas cotizadas al RPM**. El 03 de junio del año en curso radicó ante Porvenir S.A. Solicitud de documentos y el 01 de junio pidió a Colpensiones el traslado de régimen, respondiéndosele que no era procedente por encontrarse a menos de diez años de la edad para pensionarse.

En auto del **18 de marzo del año en curso**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación, dentro del término de ley, las entidades vinculadas por pasiva allegaron escritos de contestación así:

**AFP Porvenir S.A.**, frente a los hechos manifiesta que **no le consta la fecha de nacimiento del demandante** al ser un hecho personalísimo que debe probarse con registro civil, **tampoco le consta su afiliación al extinto ISS**, al ser una entidad ajena esa sociedad. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan. Sobre la vinculación a esa sociedad dice que se realizó de manera informada, libre y voluntaria, **el 27 de julio de 1998**, puesto que recibió asesoría verbal, *donde se le brindó la información clara, suficiente y veraz acorde a la información suministrada por la parte accionante y en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha de traslado.... informó a la demandante en relación con las condiciones y características del régimen pensional, el régimen de transición y, asimismo, sobre los bonos pensionales y requisitos y condiciones para acceder a una pensión.* Insiste en haber brindado información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y solo fue hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 que las AFP adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para afiliados como para el público en general. Aduce que se le explicó al actor que la pensión dependería del

capital aportado en su cuenta de ahorro individual, que podría efectuar aportes voluntarios periódicos u ocasionales, que se le tendría en cuenta el bono pensional si había aportado 150 semanas al momento del traslado de régimen pensional, la heredabilidad del capital, la garantía de pensión mínima, sin que sean aplicables exigencias previstas en normas posteriores. Se **opuso** a la prosperidad de las pretensiones. Expuso ampliamente los fundamentos y razones de su defensa, y formuló **las excepciones** de: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Envigado Antioquia, el **04 de noviembre** del cursante año, declarando la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, efectuado en el año 1998 por el demandante, a través de Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A., condenando a esta AFP a devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas que hubiere recibido como producto de las cotizaciones realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradora, esto es, el 100% de los aportes, con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además, los porcentajes aplicados a seguros previsionales, comisiones, gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos conceptos debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante al RPM, sin solución de continuidad, y además a recibir los dineros a retornar por Porvenir. Declaró imprósperas las excepciones propuestas. Impuso condena en costas a Porvenir S.A., fijando el monto de las agencias en derecho a favor del demandante, y dispuso el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones.

Argumentó el fallador que la movilidad entre regímenes efectuada por el accionante no estuvo precedida de la debida información, citando como sustento las normas correspondientes a la primera etapa de este, y

algunas sentencias de la Sala de Casación Laboral frente al tema, extractando las subreglas claramente definidas, siendo estas. **1.** Las administradoras tienen el deber de información para que el afiliado pueda adoptar una decisión consiente y libre, deber vigente desde el año 1994, inicialmente como simple información, evolucionando luego a la asesoría y buen consejo, y actualmente a la doble asesoría. **2.** La firma del formulario es insuficiente, pues a lo sumo acredita el consentimiento, pero no la debida información. **3.** La carga de la prueba de la debida, veraz y suficiente ilustración corresponde a las administradoras, pues siempre el fondo está en mejor posición que el afiliado, máxime cuando en el escrito de demanda se hacen negaciones indefinidas frente a las que no es posible allegar medio de convicción. **4.** El precedente de la Corte Suprema aplica únicamente para afiliados, sin que se requiera un derecho pensional consolidado, una expectativa pensional o ser beneficiario de régimen de transición. Basta ser afiliado para tener derecho a la información clara, cierta y comprensible sobre características, consecuencias, beneficios y riesgos del tránsito entre regímenes, acogiendo así la pretensión de ineficacia con las ordenes consecuenciales ya referenciadas.

Frente a tal decisión se interpuso **recurso de apelación** por el apoderado judicial de la **AFP Porvenir S.A.**, quien insiste en que no hay razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante RPM al RAIS, porque como lo manifestó en interrogatorio, se dio de manera voluntaria, sin que se satisfagan los supuestos del artículo 271 de la Ley 100, pues no se le vulneró la voluntad, sumado a ello, se le entregó formulario que contenía los requisitos exigidos en art. 11 Dto. 692 de 1994, y como bien lo manifestó el señor Jesús Arley realizó su traslado acompañado de asesores de Colpatria hoy Porvenir, quienes le ilustraron las características del RAS exigidas para ese momento conforme al Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993; además permaneció por muchos años en RAIS teniendo la posibilidad de retornar al RPMPD sin embargo no lo

hizo, demostrando interés en mantenerse vinculado al régimen primado.

Por otro lado, como lo también lo dijo en interrogatorio y se extrae del escrito de demanda, no es la forma de vinculación al fondo privado, sino inconformidad la con mesada pensional, de la que desconoce su monto, por lo que su pretensión carece de soporte, y en esta misma línea la Sala Laboral de la Corte Suprema ha dicho que no puede pretenderse la ineficacia por incumplimiento de expectativa pensional y económica, se trata de dos regímenes con naturaleza excluyente que convergen en un mismo sistema.

Precisa que NO es cierto que a los fondos privados les asista obligación de guardar soportes de la información brindada, pues esta solo surge con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera, por lo que no está en mejor posición probatoria.

Resalta que las obligaciones de buen consejo, doble asesoría y de desincentivar al afiliado surgen en 2010 y 2014, como lo explican las sentencias SL 1688, SL 1689 y SL 3464 de 2019, por lo que pide evaluar la condena por incumplimiento al deber de información, teniendo en cuenta los principios de irretroactividad de la norma y de legalidad, sin que se puedan exigir conductas no vigentes al momento del traslado y agrega que el demandante incumplió su deber de cuidado y diligencia pues no se acercó a la AFP, ni verificó en momentos posteriores la información brindada, lo que demuestra displicencia por su futuro pensional.

En el evento de mantenerse la decisión, teniendo en cuenta que se condena al traslado de aportes, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima, indexados, si lo que se busca es que tales recursos no se vean deteriorados en su valor por el paso de tiempo, ello se compensa con los rendimientos generados, por lo

que disponerse su actualización equivale a una doble condena, toda vez que con los gastos de administración se generaron rendimientos abonados a la cuenta de ahorro individual, y con el seguro previsional se cubrieron los riesgos de invalidez y sobrevivencia, y también son descontados en el régimen de prima media.

Frente a la condena en costas, no hay lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado porque la AFP cumplió con las disposiciones normativas contenidas en la Ley 100, administró correctamente los recursos y generó rendimientos.

De la oportunidad para presentar **alegaciones** hizo uso **la apoderada judicial de Colpensiones**, quien inicialmente hace alusión a la restricción de 10 años previos a la edad para pensión para la movilidad entre regímenes, siendo procedente la anulación del traslado cuando se presentan: a) firma falsificada, b) el empleador lo afilió sin su consentimiento; c) por cumplir los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, sin que se cumplan en este caso los requisitos objetivos y subjetivos para el retorno al régimen público, ni se haya efectuado la movilidad dentro de la oportunidad legal para ello.

*Ahora bien, el Decreto 3800 de 2004, artículos 1º y 2º, inciso segundo y que a la letra dice: Artículo 1o. Traslado de Régimen de Personas que les falte menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De conformidad con lo señalado en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, las personas a las que, a 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha. Artículo 2º. Casos de múltiple vinculación. En el evento en que las personas a que se refiere el artículo anterior se encuentren en situación de múltiple vinculación de régimen ante las administradoras del Sistema General de Pensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, deberán elegir el régimen al cual deseen estar vinculados. Las personas a las que se refiere el artículo anterior, que no manifiesten su voluntad de afiliación de administradora o selección de régimen, se entenderán vinculadas a la entidad a la que se encontraran cotizando a 28 de enero de 2004 o a aquella que recibió la última cotización antes de*

*dicha fecha. A la fecha, el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual tiene plena validez y respecto a la nulidad del contrato alegado por el interesado. Así mismo, La institución que represento, no puede argumentar motivos de equidad y desconocer la legislación vigente ni la propia voluntad y decisión del afiliado, Como institución de carácter público, tiene que someterse al imperio de la Ley, pues los servidores públicos no pueden, según la Constitución Política de Colombia, hacer sino lo que les está expresamente permitido, y entre esas cosas no está tomar decisiones en equidad. Lo contrario sería prevaricar.*

*Ahora, frente a las múltiples afectaciones al Sistema General de Pensiones En reciente pronunciamiento la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia razonó que no es posible revertir ciertos efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y las cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales. En efecto, es irreparable la pérdida de integridad del músculo financiero con que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraba las cosas, va en detrimento de los recursos de la Seguridad Social, bien sea que provengan de la Nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo pensional. Sumado a lo anterior, se torna inviable la realización de los efectos de la ineficacia, por cuanto no es posible cesar los efectos jurídicos de las operaciones, contratos y actos que involucran a terceros como aseguradoras, entidades oficiales e inversiones, que según la modalidad pensional en que se encuentre el actual pensionado, hayan concurrido en la administración y gestión del riesgo financiero, entre otras muchas problemáticas de orden financiero, que ocasionarían un déficit económico entre los actores del Sistema que han confluído en la gestión de los recursos a través de relaciones jurídicas válidamente suscitadas en el mundo jurídico del Sistema General de Pensiones, en cumplimiento de obligaciones y deberes contractuales que ya se encuentran consumados y perfeccionados con las consecuencias de orden legal y financiero que ello acarrea.*

*Solicitando se revoque el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Envigado, frente a la ineficacia de afiliación al RAIS, y la reactivación, sin solución de continuidad, del señor JESUS ARLEY RAMIREZ RESTREPO, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*

La apoderada judicial de la **AFP Porvenir S.A.**, luego de citar la parte resolutive de la sentencia, aduce no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, ya que la misma se realizó de manera espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, pues como AFP cumplió con el deber de información para la época previsto en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993;



adicionalmente contó con varias oportunidades para retornar a Colpensiones y no lo hizo, y su motivación para iniciar este proceso es la diferencia en la mesada pensional, a lo que se suma que la prueba documental que extraña la primera instancia solo surgió con la Circular 016 de 2016, época muy posterior al acto de traslado, e igualmente, las obligaciones de asesoría y buen consejo surgieron en los años 2010 y 2014, avizorándose además el incumplimiento del demandante frente a sus propias obligaciones, por lo que no puede sacar provecho de su propia culpa o negligencia.

Precisa que la totalidad de condiciones del RAIS es impuesta por la Ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa. Que la condena a reintegrar a Colpensiones las cotizaciones sin descuento de cuotas de administración y seguros previsionales, debidamente indexados, no tiene sustento alguno, pues como AFP cumplió con la debida gestión de los recursos generando rendimientos reflejados en el saldo de la cuenta de ahorro individual y también estuvieron activas pólizas previsionales para la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, sin que se pueda perder de vista la estabilidad del sistema financiero, tema analizado por la Sala Especializada Laboral en sentencia de unificación frente a ineficacia de pensionados del 14 de agosto de 2019.

Finalmente indica que su actuar siempre estuvo amparado en la buena fe objetiva, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes para la época en la que se dio el traslado de la parte demandante del RPM al RAIS, y buscando siempre su beneficio, por lo que la condena en costas resulta improcedente.

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 Porvenir 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. Se analizará también si procede o no la condena en costas a la AFP.

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 para que se entienda libre y voluntaria debe darse con la debida ilustración y transparencia previas, **para el caso concreto, dado que el formulario se suscribió el 27 de octubre de 1998 con la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A.**, 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, ni su vinculación al régimen de prima media por ser una entidad diferente a esa sociedad, a pesar de obrar dentro de los anexos de la propia contestación historia laboral en la que se registran 921,5 semanas válidas para bono pensional y 1208,1 directamente aportadas a la AFP, para un total de 2.134, con aportes con el empleador Municipio de Medellín hasta el mes de mayo de 2022**, documento en el que también está consignada la fecha de nacimiento del afiliado **07/08/1959, además de haberse allegado con la demanda copia de la cedula de ciudadanía; marcándose en el formulario con el que pretende acreditar la completa ilustración, la casilla traslado de régimen, entidad anterior ISS**, luego no es posible entender, como se afirma, para el momento de la afiliación el cumplimiento del deber de información bajo las reglas de la normatividad vigente, primer estadio, como ya se explicó, pues del pronunciamiento frente a los hechos lo que se evidencia es **absoluto desinterés y desdén por la suerte del derecho pensional del aquí demandante, al punto que ni siquiera se consultó la documentación aportada por la AFP para emitir pronunciamiento frente a los hechos que sustenta la acción, ni se verificaron los anexos del escrito de demanda**. Omisión que no se puede entender saneada por el transcurso del tiempo, movilidad entre administradoras del RAIS, aunque para el caso no se da, ni por actos de relacionamiento al estarse ante un acto expreso.

**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 –1º 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 que tenga un derecho pensional consolidado, ni sea carga del ciudadano ilustrarse frente al 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 obligación<sup>1</sup> (CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4806-2020).*

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

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

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

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

---

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

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 se infiera la debida ilustración 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 tránsito entre regímenes 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 su consecuencia, que las cosas se retrotraigan al estado anterior, con las correspondiente 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, **pues como ya se advirtió acata el precedente vertical reiterado en más de 3 decisiones que constituyen doctrina probable**, explicándose en la última sentencia referenciada:

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

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

***Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.***

***Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, de la misma manera procederán cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.***

Declarándose exequible el inciso segundo de esta disposición en sentencia C – 621 de 2015, en la que se explica:

*Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.*

Providencia en la que además se fijan las condiciones que debe cumplir la carga argumentativa para apartarse del precedente del tribunal de cierre, así:

*Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.*

Aspecto este último también ilustrado por la jurisprudencia especializada en sentencia de tutela en que se analiza el tema de la ineficacia de traslado de régimen, con radicación 59370 del 6 de mayo de 2020, indicando que:

*El respeto al precedente judicial de los máximos tribunales de cierre guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad, en tanto garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones*



*judiciales idénticas frente a casos semejantes. Paralelamente, el respeto de los jueces a los precedentes sentados por las Altas Cortes tiene un carácter ordenador y unificador, en tanto asegura una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho.*

Y más recientemente, en sentencia SL1108-2022, en la que se apuntó:

***Por último, debe indicarse que si bien los jueces puedan apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional, para que ello sea válido es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de identificación del precedente en la decisión y de la estructuración de una carga argumentativa suficiente y válida, toda vez «que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella» (CC SU-354-2017 y CSJ SL3537-2021).***

*Sobre este tema, en la sentencia CSJ SL440-2021 la Corte explicó:*

***Ahora, es cierto que los jueces del trabajo deben considerar en sus sentencias el precedente judicial vertical que emana de la Sala de Casación Laboral. En efecto, al ser esta el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, sus decisiones tienen fuerza vinculante en virtud de los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, pero siempre que tengan la capacidad de responder adecuadamente a la realidad fáctica del asunto concreto, así como la social, económica y política del momento (CC C-836-01 y CC -621-2015).***

*En este sentido, de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia-, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del derecho (CC T-446-2013), o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015).*

***De ahí que si las percepciones, convicciones o divergencias de los jueces respecto a una cuestión jurídica no se canalizó a través de válidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.*** Negrillas fuera del texto.

Por lo que se **confirma** la sentencia revisada en cuanto ordenó a la AFP Porvenir S.A. retornar los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros, **así como 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, adicionándose este numeral para indicar que tales restituciones se harán en un término no superior a los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia,** y que al momento de cumplirse la orden impartida, la AFP deberá remitir a Colpensiones relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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 por vejez, si están íntimamente relacionados con la declaratoria de ineficacia, la cual según criterios ya expuestos de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, no se extinguen por el transcurso del tiempo, sumado a que solo se está declarando en este trámite.

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 obediencia de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno.***

Frente a la **condena en 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 AFP en el transcurso del proceso, razón por la que se mantienen las fijadas por el a quo, y por la forma incoherente en el planteamiento de los argumentos de defensa y desatarse adversamente la apelación también se le imponen en esta instancia. Las agencias en derecho a favor de la parte activa se fijan en la suma de \$2.000.000,00.

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 Segundo laboral del Circuito de Envigado dentro del proceso ordinario promovido por **Jesús Arley Ramírez Restrepo**, en contra de **Porvenir S.A., y Colpensiones**, para **indicar que las restituciones ordenadas a la AFP se harán en un término no superior a los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia**, y que al momento de cumplirse la orden impartida, esta sociedad deberá remitir a Colpensiones relación

discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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 **\$2.000.000,00 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 ABISTIZABAL  
Magistrada

  
MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO  
Magistrada

  
ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA  
Magistrado