

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Libardo Alfonso Quintero
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 01 Laboral del Cto. De Envigado
RADICADO	05266 3105 <b>001 2020 00115</b> 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 281 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Adiciona y confirma

Hoy, **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 con relación al recurso de apelación presentado por el apoderado de **Porvenir S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, dentro del proceso ordinario promovido en contra de estas entidades por el señor **Libardo Alfonso Quintero**. Radicado único nacional 05266 3105 **001 2020 00115** 01.

**Auto:** de conformidad con la prueba documental allegada vía correo electrónico, se procede a reconocerle personería jurídica a la Doctora Juliana Araque Quiroz, para que continúe con la representación de Porvenir S.A.

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

los restantes integrantes el proyecto, estudiado, discutido y aprobado mediante acta **Nº.038**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

## **Antecedentes**

Pretende el demandante, por conducto de su apoderada, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS, a través de Porvenir S.A., en consecuencia, se otorguen los derechos que se generan de tal declaratoria, ordenándosele a Porvenir S.A., retornar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financiero. Pide también condena en costas.

En sustento de ello y para lo que interesa, afirma que, nació el 8 de diciembre de 1961, vinculándose al extinto Iss a partir de 1985, entidad en la cual efectuó aportes por 493 semanas hasta el 2000, año en el que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, al haber sido contactado por un asesor de Porvenir S.A., el que le indicó que se debía afiliarse a dicha entidad para poder comisionar más en la empresa donde se encontraba vinculado, por tal, sin recibir asesoría y creyendo en la buena fe de la persona que lo abordó, suscribió el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, acto que se encuentra viciado al no estar precedido de una voluntad libre e informada. Afirma que actualmente tiene 1.439 semanas; que solicitó proyección pensional ante Porvenir S.A., informándole que ya contaba con el capital para pensionarse pero que le convenía más esperar hasta los 62 años, fecha en la que recibiría una mesada pensional de \$2.834.000,00, no obstante, al realizar una simulación en el régimen de prima media con prestación definida, recibiría \$7.916.839,00, resultando más beneficioso retornar; que solicitó el traslado de régimen ante Porvenir S.A., y Colpensiones, sin obtener respuesta por ninguna de las entidades.

En auto del **04 de enero de 2020, se admitió y ordenó** dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación, las demandadas allegaron pronunciamientos, así:

**Porvenir S.A.**, manifiesta que los hechos no son ciertos y no le constan. Aduce que el demandante suscribió formulario de afiliación el 30 de junio de 2000, haciéndose efectivo el 15 de abril de 2004; traslado que se dio en cumplimiento de las obligaciones legales vigentes para la época, realizándose una debida asesoría, por tal, debe someterse a las condiciones del sistema por el que optó, pudiendo verse beneficiado o perjudicado, en función de factores como su fluctuación en el mercado de trabajo, la evolución de sus salarios y otras que bien le pueden acarrear mayores o menores réditos, respecto de la prestación que hubiese recibido en uno u otro régimen. **Resistió las pretensiones**, formulando excepciones tendientes a enervarlas, enunciando la de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe.

**Colpensiones**, de los hechos tiene como cierta la fecha de nacimiento del actor, su afiliación a dicho fondo en 1985, el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, la simulación de la pensión que obtendría en el régimen de prima media; los demás supuestos no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación respecto al traslado, prescripción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, falta de legitimación en la causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, imposibilidad de condena en costas, innominada, y compensación.

La primera instancia terminó con **sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado**, declarando la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante, entendiéndose que ha permanecido afiliado al régimen de prima media con prestación definida,

sin solución de continuidad, condenando a Porvenir S.A., a que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia traslade a Colpensiones *"la totalidad de aportes por pensión recibidos en la cuenta de ahorro individual del demandante Libardo Alfonso Quintero Salcedo con motivo de su afiliación, con los rendimientos financieros, sin descuento alguno, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los bonos pensionales si los hubiere, todo ello debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos;* ordenó a Colpensiones recibir tales dineros, tener al demandante como su afiliado sin solución de continuidad al régimen de prima media y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas, e impuso costas a cargo de Porvenir S.A., fijando el monto de las agencias en derecho.

Como fundamento de la decisión, indicó, después de citar el contenido del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como el Decreto 663 de 1993, 720 de 1994, y la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral frente al tema de la ineficacia desde el radicado 31989 de 2008, que la AFP Porvenir S.A., no demostró haber cumplido con el deber ineludible de obtener del demandante un consentimiento informado, en los términos exigidos por la Ley y precisados por la jurisprudencia, concluyendo que al no haberse cumplido con la carga probatoria de demostrar que al momento de traslado se brindó una asesoría completa, clara, precisa, transparente, mostrando las ventajas y desventajas del traslado y las condiciones en que podría pensionarse en ambos regímenes, explicándole las consecuencias de la movilidad al RAIS, sin que tenga incidencia la motivación económica, al analizarse es la falta al deber de información, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el señor Quintero, con las consecuencias antes anotadas.

El **recurso de apelación** fue interpuesto por el apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando se imparta absolución en su favor. Frente a la

ineficacia de traslado afirma que no existen razones jurídicas ni fácticas para que se dé, al haberse suscrito el formulario de afiliación de manera voluntaria y precedido de una debida asesoría, adicional a que dicho documento contaba con la información necesaria y obligatoria para la época, y el querer del actor de retornar radica en un asunto puramente económico. Arguye que al demandante le asiste el deber de vigilancia y cuidado de sus propios negocios, sin que hubiese sido acatado, pues, pese a que se le comunicó vía correo electrónico que estaba próximo a entrar en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, no se acercó a la entidad.

En cuanto a las restituciones dispuestas en primera instancia, explica que no se debe ordenar el retorno de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, en tanto, devolver estos, y los rendimientos financieros darían lugar a un pago doble, al buscar los efectos de la ineficacia que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban, por lo que, no existe razón para que se ordene la devolución de los dos rubros, esto es, rendimientos financieros, al no haber existido en la cuenta de ahorro individual, no haberse generado, y gastos de administración debidamente indexados.

Finalmente, solicita se exonere de la condena en costas, al haber actuado la entidad de buena fe, y en cumplimiento de las obligaciones legales, generándole rendimientos financieros al demandante.

De la etapa para presentar alegatos, hizo uso **Colpensiones**, destacando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición que para movilidad entre regímenes pensionales establece el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, esto es, a menos de 10 años de la edad para adquirir el derecho a la pensión, sin que cumpla con los supuestos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para el retorno al RPM en cualquier tiempo, siendo posible la anulación del traslado efectuado solo si, la firma en el contrato de afiliación ha sido falsificada, lo que supone acción penal previa

ante la Fiscalía General de la Nación; afiliación efectuada por el empleador sin su consentimiento y cumplimiento de requisitos previstos en la sentencia SU 062 de 2010, sin que el actor se encuentre en ninguna de estas causales. Para la profesional, con la prueba allegada queda evidenciado que el demandante plasmó su firma en el formulario, siendo persona legalmente capaz, y con él aceptó las condiciones ofrecidas, sin que sea dable que años después muestre inconformidad, máxime cuando tuvo la posibilidad de tener reasesoría por parte del fondo privado, y además contó con el plazo de gracia del Decreto 3800 de 2004, del que no hizo uso. Agrega que la entidad se ha limitado a cumplir los preceptos constitucionales y legales, pues lo contrario la llevaría a prevaricar, y culmina solicitando la revocatoria de la decisión de primer grado.

**Porvenir S.A.**, quien luego de transcribir la parte resolutive de la sentencia, pide su revocatoria, pues no existen razones jurídicas ni fácticas para declarar la ineficacia, al tomar el demandante la decisión de traslado de régimen *de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación*, esto es, observando la regulación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, adicional a que tuvo varias oportunidades para retornar al régimen público y no lo hizo, manteniendo su interés en permanecer en el fondo privado, siendo la motivación de esta acción el carácter económico de la mesada pensional, sin que para la fecha de la movilidad pudiera determinarse el monto, haciendo además esa AFP campañas masivas para la educación del consumidor financiero y realizado diferentes comunicados de prensa informando los cambios normativos, aunado a que la prueba documental que extraña el a quo, no era obligación vigente para el momento del traslado, pues surgió con la Circular 016 de 2016 de la Superfinanciera y las de buen consejo y doble asesoría en los años 2010 y 2014, como se explica por la jurisprudencia especializada, avizorándose también el incumplimiento de obligaciones de diligencia y cuidado del demandante en sus propios negocios, por lo que no puede beneficiarse de su propia culpa. Por último,

la totalidad de condiciones del RAIS, las fija la ley, sin que su ignorancia sirva de excusa.

Al tener validez la afiliación al RAIS, no hay lugar al retorno del porcentaje destinado a gastos de administración, garantía de pensión mínima y seguros previsionales, y en caso de dejarse en firme la ineficacia, pide no se condene a su devolución, al haberse dispuesto el reintegro de los rendimientos financieros, sumado a que tales deducciones se encuentran autorizadas por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, cumpliendo en este caso en forma plena su cometido al haberse generado rendimientos, sin que dichos rubros se encuentren en poder de la AFP, por tal, una confirmación de la decisión atenta contra toda lógica jurídica y produciría un enriquecimiento sin causa, por lo que se debe acatar la regulación vigente frente a las restituciones mutuas, la cual no pregona este tipo de traslados, pues tiene como objetivo constitucional la estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema. Finalmente pide tener en cuenta el obrar de buena fe de la AFP, en aras de la exoneración de la condena en costas.

**Demandante**, afirma que, atendiendo las pruebas allegadas al proceso, se logró demostrar la falta del deber de información por parte del fondo privado, viéndose un ausentismo de este al momento del cambió de régimen pensional, el cual comprendía una asesoría completa, profunda, suficiente y transparente, por lo que atendiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, procedente resulta declarar la ineficacia del traslado de conformidad con lo regulado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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.

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, el traslado se efectuó el 30 de junio de 2000**, 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 al**



**sustentar la alzada, que no le consta la edad, la vinculación al régimen de prima media, a pesar de obrar dentro de los anexos de la misma contestación, certificación de Asofondos donde consta que estaba en Colpensiones, historia laboral la cual da cuenta del bono pensional a cargo de Colpensiones y marcándose en el formulario con el que pretende acreditar la completa ilustración, casilla vinculación traslado de régimen,** luego no es posible inferir para el momento de la afiliación el cumplimiento del deber de información bajo las reglas de la normatividad vigente, primer estadio como ya se explicó, pues del pronunciamiento frente a los hechos lo que se evidencia es **absoluto desinterés y desdén por la suerte del derecho pensional del aquí demandante.**

**Sobre el deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones,** pertinente resulta para el caso traer a colación lo explicado en sentencia SL2484-2022, con fecha 24 de mayo de 2022, en asunto de idéntica naturaleza en que también fue demandada la AFP Porvenir S.A.:

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

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

***Lo anterior, toda vez que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».***

*La Sala también ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres*

*etapas, conforme el avance normativo que regula el tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.*

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

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

Estando la carga de la prueba en cabeza de las administradoras, sin que sea requisito para su cumplimiento que el afiliado goce del beneficio de la transición o tenga un derecho pensional consolidado, ni obligación del ciudadano ilustrarse frente al sistema pensional, 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.***

---

<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.

*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.*

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).*

Además, como se tiene definido por el órgano de cierre de esta especialidad, se trata de un tema de carácter técnico, en que cada precepto normativo tiene reglamentación y desarrollo jurisprudencial concreto, debiendo analizarse la **situación particular y específica de cada afiliado frente al sistema**, explicándose 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»;*

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 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, **pues como ya se advirtió se acata el precedente vertical reiterado en más de 3 decisiones que constituyen doctrina probable**, explicándose en la última referenciada:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*El respeto al precedente judicial de los máximos tribunales de cierre guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad, en tanto garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes. Paralelamente, el respeto de los jueces a los precedentes sentados por las Altas Cortes tiene un carácter ordenador y unificador, en tanto asegura una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho.*

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

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

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

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

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

***De ahí que si las percepciones, convicciones o divergencias de los jueces respecto a una cuestión jurídica no se canalizó a través de válidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido***

***apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.*** Negrillas fuera del texto.

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

Se complementa la sentencia para ordenarle a la AFP que, al momento de cumplir la orden impartida en cuanto a restituciones, deberá remitir a Colpensiones relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma, en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011,

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

Se debe indicar que la acción tendiente a obtener la ineficacia de la movilidad entre regímenes es imprescriptible, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a este fenómeno y por ello puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida que tiene como objetivo *comprobar* o *constatar* un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la *litis* (ver sentencias SL4062-2021 y SL756-2022).

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

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



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

Y con relación a la no imposición de costas, baste decirse que las mismas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, que se traduce en una obligación que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir (auto Sala de Casación laboral Corte Suprema del 24 de enero de 2007, radicado 31.155, reiterado en sentencia SL 5141-2019), sin que sea dable entrar a analizar la buena o mala fe de la entidad en el transcurso del proceso, se mantiene esta condena en primera instancia y al desatarse adversamente el recurso (art. 365-1 del C. G. del P.), también se imponen en esta, las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000,00**, en favor de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **adiciona el numeral segundo de** la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, dentro del proceso ordinario promovido por **Libardo Alfonso Quintero** en contra de la **AFP Porvenir S.A., y Colpensiones**, para ordenarle a Porvenir S.A., que al momento de cumplir la orden de restitución y traslado de los rubros ordenados, tales conceptos deberán aparecer discriminados 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 en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., a quien se desata adversamente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000,00 a favor del demandante.**

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

Los magistrados (firmas escaneadas)

  
LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL  
Magistrada

  
MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO  
Magistrada

  
ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA  
Magistrado