



SALA CUARTA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	María Eugenia Salazar Arenas
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 003 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 003 2020 00143 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 4 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado afiliada
DECISIÓN	Revoca, modifica y confirma

Hoy, **veintisiete de enero de dos mil veintitrés (2023)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral, integrada por las magistradas: María Eugenia Gómez Velásquez, Nancy Gutiérrez Salazar y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente a los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de todas las partes y grado jurisdiccional de consulta para **Colpensiones**, en relación con la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **María Eugenia Salazar Arenas**, contra esa entidad y la **AFP Porvenir S.A.**, código de radicado único nacional 05001 3105 **003 2020 00143** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de las restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **01**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pide la demandante se declare la ineficacia de su traslado del RPMD al RAIS a través de Porvenir S.A., con posterior movilidad a Horizonte S.A. hoy Porvenir, y vuelvan las cosas al estado anterior, debiendo la AFP restituir a Colpensiones los valores recibidos por cotizaciones, incluyendo cuotas de administración y cualquier otro concepto de la cuenta de ahorro individual. Colpensiones deberá recibir a la actora como afiliada al RPM sin solución de continuidad, con los valores que retorne la AFP y realizar el cómputo de semanas. En relación con Porvenir S.A., pide el reconocimiento y pago de **perjuicios materiales y morales, estimados en 200 SMLMV o la suma que el juez considere**, y condena en costas.

En sustento de ello afirma que, nació el **12 de octubre de 1964**, ha laborado con diferentes empleadores, tuvo afiliación inicial al RPMPD, con traslado al RAIS a través de Porvenir S.A. el 28 de febrero de 2002, y movilidad a Horizonte S.A. el 22 de octubre de 2007. Que el promotor no la asesoró de manera técnica y adecuada al momento del traslado, pues no se le explicaron las características de cada uno de los regímenes, ni las exigencias para pensión; no le informaron que en Colpensiones se exigía edad y semanas cotizadas, ni la forma y modalidades de pensiones en el RAIS, ni le efectuaron proyecciones, y tampoco le indicaron la variación en el monto de la mesada según sus modalidades, ni que para pensionarse antes de 60 años debía castigar el bono por su redención anticipada, ni se le hizo comparativo de requisitos entre regímenes para determinar el más beneficioso para sus intereses. Nunca se le informaron las consecuencias negativas del traslado, posibilidad de retorno al RPM, tiempo para el retracto, en síntesis, no se cumplió con el deber de información profesional y al resultarle desfavorable su incorporación al RAIS se desconoció el contenido del artículo 53 Superior y el 272 de la Ley 100, generándosele perjuicios con la indebida asesoría. Puntualiza que previo a instaurar la acción efectuó reclamación administrativa.

En auto del **08 de septiembre de 2020, se admitió** y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación las entidades vinculadas por pasiva allegaron escritos de contestación, así:

AFP Porvenir S.A., frente a los hechos manifiesta que no son ciertos o no le constan, **la afiliación a Colpensiones,** por ser un tercero ajeno a esa entidad, la edad por no haberse allegado registro civil de nacimiento, frente al traslado a esa entidad se atiene a lo consignado en el formulario de afiliación, *en el cual se evidencia su libre escogencia al Régimen de ahorro individual, después de haber recibido información clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 en los artículos 60 y siguientes, por lo cual la decisión de suscribir el formulario de afiliación, fue libre, voluntaria e informada tal como se observa en la declaración escrita a que se refiere el literal e) del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento público que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.,* insistiendo en que, *mi presentada, siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo a con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, también mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual la decisión de suscribir el formulario de afiliación con mi representada, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, ... También, puso de presente, las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 en uno y otro régimen, razón por la cual el traslado se considera válido dentro de los términos establecidos en la ley.* **Resistió** la totalidad de las pretensiones, expuso los fundamentos y razones de su defensa y formuló las **excepciones de mérito** de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Colpensiones, tiene como ciertos la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación con varios empleadores y afiliación inicial al RPMPD a través del ISS hoy Colpensiones, al igual que la reclamación administrativa; los demás supuestos no le constan. Manifestó **oposición** a las pretensiones por carecer de fundamento fáctico, legal y probatorio, y formuló como **medios defensivos** los de falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 Superior, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad y ponderación, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada.

La primera instancia terminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, el 27 de octubre de 2022, en la que se decidió:

- 1. Declarar que la AFP Porvenir S.A. incumplió su obligación de diligencia debida y buen consejo, al no darle información veraz, clara y oportuna a la señora **María Eugenia Salazar Arenas**, cuando esta se trasladó del Seguro Social a dicha entidad en el año 2002 y a lo largo de toda la afiliación. La señora María Eugenia Salazar Arenas se identifica con CC Nro. 43.083.402.*
- 2. Declarar que la demandada Porvenir S.A. causó grave daño, perjuicio o menoscabo a la seguridad social en pensiones de la demandante, tal como fuera explicado en la parte motiva de esta sentencia.*
- 3. Declarar la responsabilidad constitucional y profesional de Porvenir S.A. en el daño o menoscabo a la seguridad social en pensiones de la demandante.*
- 4. Declarar la inaplicación constitucional de la pérdida del RPMPD que acaeció en la señora **María Eugenia Salazar Arenas** cuando esta se trasladó del Seguro Social a Porvenir S.A. en el año 2002 y a Horizonte Pensiones y Cesantías en el 2007 y en su lugar, declarar que esta, **María Eugenia Salazar Arenas**, sigue inmersa en el RPMPD pero a cargo de la AFP Porvenir S.A.*

- 5. Absolver de todas las pretensiones a Colpensiones sin perjuicio de las órdenes que enseguida se le darán.*
- 6. Consecuencial a las anteriores declaraciones, ordenar a la AFP Porvenir S.A. reconocer, liquidar y pagar pensión de vejez bajo el RPMPD a la demandante dentro del mes siguiente a la fecha en que lo solicite por escrito, solicitud que deberá hacerse al menos cuando cumpla 1.300 semanas cotizadas, y en la que deberá incluir certificado de retiro laboral*
- 7. Ordenar a la AFP Porvenir S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPMPD a la demandante **María Eugenia Salazar Arenas**, solicite por escrito de Colpensiones elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional, aquí mismo se ordena a Colpensiones que dentro de los 2 meses a que lo solicite por escrito Porvenir S.A., elabore dicho cálculo actuarial pensional, y dentro de ese mismo lapso, dos meses, lo presente por escrito a Porvenir S.A. y a su vez esta entidad, Porvenir S.A., dentro del mes siguiente a la fecha en que le sea presentado por escrito el valor del cálculo actuarial pensional por Colpensiones, deberá proceder al pago real y efectivo de esta suma de dinero a dicha entidad, Colpensiones.*
- 8. Ordenar a Porvenir S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a Colpensiones, está obligada a continuar pagando la pensión de vejez bajo el RPMPD a la demandante. Colpensiones subrogara en tal obligación a Porvenir S.A. desde el momento y hora en que se le pague el valor del cálculo actuarial pensional.*
- 9. Autorizar a Porvenir S.A. a enjugar parte del valor del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a Colpensiones, tomando para sí, para Porvenir S.A., los ahorros pensionales de la demandante con sus rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de **María Eugenia Salazar Arenas**.*
- 10. No prosperan las excepciones propuestas por Porvenir S.A. tal como fuera explicado en la parte motiva de esta sentencia. Si prospera la excepción presentada por Colpensiones de intransmisibilidad de la responsabilidad de la AFP hacía Colpensiones.*
- 11. Costas procesales a cargo de Porvenir S.A. agencias procesales en esta instancia a favor de **María Eugenia Salazar Arenas** en la suma de \$4.000.000*

Por vulnerar principios de orden constitucional como el de sostenibilidad financiera contenido en el inciso 3º del artículo 334 de la Carta Superior; el inciso 4º del artículo 48 del mismo texto, que dispone que los recursos de la seguridad social no se destinarán a fines diferentes, además del enriquecimiento sin causa, de que nadie puede ser beneficiado con su

propia negligencia o culpa y que las consecuencias lesivas de un acto recaen en quienes participan de él, el fallador se aparta de la doctrina probable contenida en línea reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y aunque declara el incumplimiento de la obligación de diligencia debida, buen consejo y no dársele por la AFP información clara, veraz y oportuna a la demandante al momento del traslado, acude a la **inaplicación constitucional de la pérdida de los beneficios del RPMD**, continuando la actora con estos pero a cargo de la AFP, con las ordenes ya indicadas, incluido el otorgamiento de pensión de vejez una vez cumpla los requisitos de ley para dicho régimen.

Frente a tal decisión manifestaron inconformidad **mediante apelación** los apoderados de todas las partes, así:

AFP Porvenir S.A., ratifica que dio cumplimiento al deber de información establecido para la época del traslado de régimen, y también si era el deseo de la demandante retronar al RPM debió hacerlo dentro de los plazos establecidos en la ley, sin que tal omisión le pueda generar responsabilidad a la AFP, pues ello debe imputarse a la propia parte.

En cuanto a la orden de cancelar pensión de vejez como si estuviera en el RPM, no obra en la ley regulación con la que se pueda pagar cálculo actuarial para subrogación, porque este se utiliza para empleadores que no afiliaron a sus trabajadores a la seguridad social.

Respecto a la obligación de aceptar la subrogación a partir del pago del cálculo actuarial a Colpensiones, de acuerdo con Resolución 249 de 2013, la conmutación pensional es un mecanismo especial para lograr la normalización del pasivo pensional, figura que se usa cuando se trata de empleador a administradora de pensiones, con varias etapas para ello,

primero pre cálculo y luego la conmutación como tal, pide revisar con detenimiento este punto.

Frente a la condena a la AFP a pensionar a la actora como si estuviera en RPM, de este es único administrador Colpensiones, sin que exista norma que soporte la misma. Adiciona que los dos regímenes si son excluyentes como lo menciona la sentencia SU 130 de 2013, la Ley 100 de 1993 y el Diario Oficial Nro. 41148 del 23 de diciembre de 2013.

En lo atinente a los perjuicios aduce el fallador que si existen sin que estén demostrados, y frente al daño la Corte Suprema de Justicia ha indicado que no se puede presumir cuando no se evidencia el nexo de causalidad y solo así puede surge la obligación de reparar, brillando ello por su ausencia, pues desde la vinculación de la demandante transcurrieron mas de 20 años sin que hubiere manifestado inconformidad con las características y requisitos para pensión del RAIS. Tampoco puede ampararse la argumentación en la sentencia SL373 de 2021, porque los perjuicios se fijaron para pensionados no para afiliados.

Para la apoderada si hay prescripción conforme a los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. T y de la S.S., pues desde el traslado de régimen transcurrieron más de 3 años, hablándose además de un incumplimiento de obligaciones que no se dio al generarse por la AFP rendimientos que superan el 50% del capital, agregando que no se solicitaron perjuicios, pero el juez bajo facultades ultra y extra petita estudio tal súplica.

Finalmente advierte que varias sentencias en igual sentido proferidas por el Juzgado Tercero han sido revocadas por esta Corporación al no estar dirigidas las pretensiones a la indemnización de perjuicios sino a la obtención de la ineficacia del traslado, por lo que se desconoce el principio

de consonancia, cita una radicación en la que se dictó pronunciamiento por la Sala Segunda de Decisión y añade que aunque no es la oportunidad procesal, las costas deben atender la naturaleza y duración del proceso, por lo que pide revocar íntegramente e impartir absolución.

Colpensiones. Reitera que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los afiliados cuentan con un espectro de decisión más amplio de acuerdo a su situación, afiliándose al régimen que consideraren más conveniente a sus intereses, bastando la suscripción del formulario, diligenciado válidamente sin coerción o dolo y como la demandante no está afiliada a Colpensiones no es procedente su traslado, ni su inclusión en el RPM, y tampoco es válido alegar vicio en el consentimiento, por lo que no se puede imponer ninguna carga económica a Colpensiones que es sujeto pasivo que nada tuvo que ver con la movilidad entre regímenes, lo sucedido con la afiliación de la demandante al RAIS no puede atribuirse a esta entidad, pues ha actuado bajo la legalidad y de buena fe. Pide revocar la sentencia y exonerar de cualquier condena.

Demandante. Expresa inconformidad parcial, pues está de acuerdo con la solución del juez en cuanto encontró acreditada la falta al deber de información del fondo privado, pero no con las consecuencias jurídicas aplicadas por la indebida asesoría, por lo que pide a esta Corporación que en atención al art. 281 del CGP, por remisión del 145 del CPT y la S.S. se estudie la demanda en los términos en que se presentó, en virtud del principio de congruencia; invoca también art. 66 A CPT y SS. pidiendo acoger el artículo art. 271 de la Ley 100 de 1993 y no el 272, tal como lo indica jurisprudencia Corte Suprema y de este Tribunal.

Y como **segundo punto de inconformidad**, plantea la negativa a reconocer los perjuicios morales solicitados, pues acudiendo al principio de responsabilidad enunciado desde Antes de Cristo, debe responder el fondo

por la falta al deber de información, y estos deben presumirse porque es natural que las personas después de 20, 30 o 40 años de trabajo se lleven angustias, preocupaciones, estrés, y en ocasiones depresiones o ansiedad por ver en peligro su futuro pensional cuando pasa de ganarse 7, 8 o 10 millones como la demandante a un salario mínimo, por lo que la judicatura debe resarcirla con 121 salarios mínimos o en el arbitrio del juez.

De la etapa de alegaciones hizo uso **el apoderado judicial de Colpensiones**, indicando que el análisis de la asesoría que se debió brindar a la demandante al momento de la afiliación debe valorarse conforme la normativa vigente para esa época, pues no es válido imponer a las administradoras obligaciones que surgen con posterioridad, al contrariarse con ello los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso, luego no es posible desestimar el formulario de afiliación, ya que con él se demuestra la libertad en la selección de régimen, sin estar supeditada a fuerza o engaño. La demandante accedió sin inconveniente alguno al RAIS y no verificó las consecuencias positivas y negativas, situación que no le es atribuible a Colpensiones, que permitió la movilidad, gozando así la afiliación de la actora al fondo privado de plena validez. Seguidamente cita aparte de la sentencia SU 062 de 2010, para indicar que permitir que una persona próxima a la edad de pensión se beneficie y resulte subsidiada con los aportes de otros, afecta el principio de eficiencia pensional, incurriéndose además en la prohibición de cambio cuando se está en la restricción de 10 años, que tiene como fin la preservación de la sostenibilidad financiera y es plenamente legal, como se explica en sentencia C1024 de 2004, insistiendo en que no es procedente autorizar el traslado e inclusión de la actora al RPM por lo que se deben desestimar las pretensiones.

El **apoderado de la AFP Porvenir S.A.**, pide revocar la decisión, pues en el asunto no se alegó y menos probó ninguno de los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, ni vicio en el consentimiento (art. 1508 de la misma obra) y tampoco fuerza, dolo u objeto ilícito (arts. 1515, 1517 y 1524 Ibídem). Y si lo que se pretende es la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma no se refiere, ni por aproximación, a lo previsto en los artículos 1740 y ss del C. C., ni están dados los presupuestos del artículo 899 del C. de Co., precisando que el formulario de afiliación suscrito por la demandante es un documento público que se presume auténtico y la selección del régimen privado fue libre, espontánea y sin presiones, sin que contra dicho documento se haya formulado tacha.

Agrega que Porvenir S.A. siempre le garantizó e hizo saber mediante publicación en el periódico El Tiempo del 14 de enero de 2004, la posibilidad de retracto, y a pesar de aducirse por el a quo que la AFP no allegó prueba de la observancia del deber de información, es claro que la conducta de la actora ratificó su vinculación a esa AFP al permitir el descuento con destino a ella del respectivo aporte, y en el hipotético caso de acogerse la declaratoria de ineficacia, se debe impartir orden de restitución de recursos existentes en la cuenta de ahorro individual, sin incluir gastos de administración porque estos cumplieron a cabalidad su cometido. Ruega entonces, impartir sentencia absolutoria.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Teniendo en cuenta los argumentos de los recursos interpuestos, lo planteado en el escrito de demanda, lo debatido en el trámite procesal y el

grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si en el caso se cumplen los presupuestos de ley y las subreglas de la jurisprudencia especializada, para la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el **20 de febrero de 2002, y su posterior movilidad a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. el 22 de octubre de 2007**, y consecuente con ello, disponer su inmersión automática en el RPMPD administrado por Colpensiones; en caso afirmativo, se definirá lo relativo a las restituciones económicas y al otorgamiento del derecho pensional estudiado bajo facultades ultra y extra petita por el fallador de primer grado. Finalmente se efectuará pronunciamiento frente a la condena por perjuicios morales y las costas impuestas a Porvenir S.A.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, y Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de

transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, **y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS o por los actos de relacionamiento**, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las AFP la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021, SL145-2021, SL1055-2022, 1651-2022, 1729-2022 y 2173-2022), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Y la Corte Constitucional en sentencia **T-191 de 2020** explica:

88. La libertad de elección presupone conocimiento¹ de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias que implica la elección². Este conocimiento, a su vez, se rige por el principio de la información, el cual vincula al empleador al momento de enganchar al trabajador³, así como a la administradora de fondos de pensiones, al momento de afiliarse o trasladarse.

¹ C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

² C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

³ C. Sup. Jus., SL 19447-2019, p. 18.

89. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha derivado este principio del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha indicado que **las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar asesoría seria y concreta, conforme con un análisis o estudio previo de la posición, la condición y la situación fáctica del afiliado**⁴. Esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema pensional a adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, así como las ventajas y desventajas de la elección⁵.

90. El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones: a) se debe suministrar información y asesoría a través de un lenguaje claro, simple y comprensible, y; b) debe darse a conocer toda la verdad objetiva –y comparada– de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro. Negrillas y subrayas intencionales.

Brillando por su ausencia prueba de la **asesoría** que se afirma por la AFP se le brindó a la actora al momento de su traslado de régimen, pues como se expone por la línea mayoritaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema y por la Corte Constitucional, la misma está a cargo de los fondo de pensiones, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y no del afiliado por cuanto: **i)** tales servicios 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». De ahí que, como se dijo, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la AFP demandada debía «[...] proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la

⁴ C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

⁵ C. Sup. Jus., SL 1688-2019.

⁶ C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

⁷ C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 18: "Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a los usuarios la información necesaria para lograr la 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".

asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», dando a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», siendo también de la administradora la carga probatoria sobre el particular, en los términos de los artículos 1604 del Código Civil y 167 del C. G. del P., este último en concordancia con la sentencia C – 086 de 2016, que en el acápite 7.4 prevé:

En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio "quien alega debe probar" cede su lugar al principio "quien puede debe probar". Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho.

En la regulación aprobada por el Legislador este decidió -también de manera deliberada y consciente- no fijar un catálogo cerrado de episodios en las cuales puede tener cabida la carga dinámica de la prueba. Por el contrario, dejó abierta esa posibilidad al juez, "según las particularidades del caso", para lo cual mencionó solo algunas hipótesis: (i) la posesión de la prueba en una de las partes, (ii) la existencia de circunstancias técnicas especiales, (iii) la previa y directa intervención en los hechos, (iv) el estado de indefensión o de incapacidad de una de las partes, "entre otras circunstancias similares".

Los eventos mencionados recogen en buena medida las reglas trazadas por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la propia Corte Constitucional. Sin embargo, el Legislador facultó a los jueces para evaluar las circunstancias de cada caso y definir si se dan o no los supuestos genéricos para recurrir en ciertos casos a la carga dinámica de la prueba. Esta decisión resulta comprensible y completamente válida, no solo ante la dificultad para anticiparse a nuevas situaciones en una sociedad que presenta vertiginosos cambios –algunos tal vez inimaginables-, sino porque son los contornos de cada situación los que permiten evaluar si la igualdad entre las partes se ha visto o no comprometida y se requiere de la "longa manus" del juez para restablecerla.

Estando definido por la Sala de Casación Laboral, que la ineficacia del acto de afiliación o traslado se caracteriza porque desde su nacimiento carece de efectos jurídicos, siendo las consecuencias idénticas a las de la nulidad, sentencia SL1688-2019, esto es, vuelta de las cosas al estado anterior, agregando 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 estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, 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, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).

Para el caso particular, debe además tenerse en cuenta que el artículo 230 de la Carta Superior dispone:

Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Y el artículo 7º del C.G. del P., aplicable por remisión al procedimiento laboral, indica:

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 dice sobre la doctrina dictada por las altas Cortes:

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.

Por lo que es posible a los jueces de inferior jerarquía apartarse del mismo con una argumentación que cumpla los requisitos de suficiencia y transparencia, concluyéndose:

Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria deben seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe,

certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.

Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos 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.

Luego, existiendo para el caso a estudio línea reiterada y mayoritaria desde el año 2008, acogida por esta instancia como un argumento de autoridad, guardando los asuntos analizados analogía estrecha con el que es objeto de estudio, en aras de la garantía a los derechos a la igualdad y seguridad jurídica, **lo procedente ante el incumplimiento de la obligación de diligencia debida**, pues como se enseña en el escrito de demanda, se declaró por el a quo, y queda evidenciado en el plenario, la AFP Porvenir S.A. faltó a su obligación de dar información veraz, oportuna y suficiente a la señora **María Eugenia Salazar Arenas**, y de verificar sus condiciones particulares a lo largo de la afiliación al RAIS, (al punto que al contestar la demanda la AFP confiesa que no le consta la edad, tampoco las semanas aportadas a otro régimen, ni su anterior empleador, datos mínimos para una debida asesoría), **es la declaratoria de ineficacia de tal acto, tal como expresamente se solicita en el escrito de demanda, quedando la actora inmersa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones y no por las AFP como lo definió la primera instancia, bajo la figura de inaplicación por inconstitucionalidad**, lo que implica que las cosas se retrotraigan al estado en que se encontraban antes de ocurrir la vinculación al RAIS y posterior movilidad entre AFP y por tanto, **Porvenir S.A.**, debe devolver a COLPENSIONES la

totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos generados, incluido el porcentaje descontado por gastos de administración durante la vigencia de la afiliación a esa entidad y a Horizonte S.A., **lo que comprende tal concepto, al igual que los valores aplicados a seguros previsionales y garantía de pensión mínima** (ver entre otras sentencias SL1688, SL1689 de 2019 y SL2877-2020), últimos tres conceptos que deberán indexarse al momento de la entrega a Colpensiones (**ver entre otras, sentencias SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803, SL 4806 de 2021, SL755-2022, SL756-2022, SL1019-2022 y SL1055-2022**), restitución que debe cumplirse dentro de los **30 días** siguientes a la ejecutoria de esta decisión; **COLPENSIONES debe aceptar el retorno de la demandante al RPMPD, recaudar los valores que se ordena restituir y validar en su historia laboral** las semanas a las que corresponden, para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar, en los términos de ley.

En relación con los efectos de la ineficacia, basta indicar, *que la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social y las órdenes emitidas frente a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPM, no son condenas a título de indemnización o de resarcimiento de perjuicios, como equivocadamente pareciera entenderlo el Tribunal, sino que responden a ese derecho irrenunciable a la seguridad social ya mencionado, que se enfoca en que la persona obtenga una cobertura en los riesgos de IVM en el régimen en el cual se le tenga por válidamente afiliado, derivada del fruto de su trabajo y reflejada en los tiempos servidos o en las cotizaciones efectuadas al sistema.* Subrayas fuera del texto. Ver sentencia SL4803-2021.

La AFP demandada 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.

Es intrascendente que la parte actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo de pensiones, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por las AFP sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliada, precisándose en sentencia SL 2877 de 2020, que *"la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida..."*.

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o de la 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.

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.

Al imponerse al acto jurídico de traslado de régimen la sanción de ineficacia, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo 1750 del Código Civil, ni la civil ordinaria y tampoco la trienal de las normas laborales, pues según la jurisprudencia especializada, entre otras, sentencia CSJ SL1689-2019, dicha figura no opera «de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles», razón por la cual «el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional», al ser «es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social», que redundando en «un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional» y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo.

Frente **al reconocimiento y pago de la pensión de vejez**, deberá la demandante una vez satisfechos los requisitos de ley, pues aún no cuenta con el número mínimo de semanas, tal como lo admite al absolver interrogatorio y queda evidenciado del material probatorio, y consolidada la historia laboral por Colpensiones, proceder a su reclamación ante esta entidad, pues ni siquiera está incluida como una pretensión.

Sobre **los perjuicios morales**, en el escrito de demanda se afirma que se causaron por la indebida asesoría, y al sustentar la apelación indica el apoderado que es natural que las personas después de 20, 30 o 40 años de trabajo se lleven angustias, preocupaciones, estrés, y en ocasiones

depresiones o ansiedad por ver en peligro futuro pensional cuando pasa de ganarse 7, 8 o 10 millones como la demandante a un salario mínimo, por lo que la judicatura debe resarcir en 121 salarios mínimos o en el arbitrio del juez, sin que se allegara ningún medio de convicción del daño moral padecido, de suerte que este **no puede ser presumido, tal y como se pretende por el apelante**, al afirmar que la sola falta al deber de información lo produjo, *pues claramente el juez debe tener plena certeza de que se generaron en cada caso concreto, a partir del examen de los medios de convicción arrojados al plenario, de donde se impone el no reconocimiento de este concepto* (ver sentencia SL572-2018, radicación 37948).

Y con relación a la **condena en costas a Porvenir S.A.**, baste advertir que las mismas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, que se traduce en una obligación que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir (auto Sala de Casación laboral Corte Suprema del 24 de enero de 2007, radicado 31.155, reiterado en sentencia SL 5141-2019), sin que sea dable entrar a analizar la buena o mala fe de la entidad en el transcurso del proceso, por lo que se mantiene la misma en primera instancia, advirtiendo que las inconformidades frente a su monto deben debatirse en la oportunidad fijada por el numeral 5º del artículo 366 del C. G. del P.

Ante el resultado de los recursos, no hay lugar a condena en costas para ninguna de las partes en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca, modifica y adiciona** la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del

Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **María Eugenia Salazar Arenas** contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, la cual queda en los siguientes términos:

1.- Confirma en cuanto declaró que la AFP Porvenir S.A. *incumplió su obligación de diligencia debida y buen consejo al no darle información veraz, clara y oportuna a la señora **María Eugenia Salazar Arenas**, cuando esta se trasladó del Seguro Social a dicha entidad en el año 2002 y a lo largo de toda la afiliación, pero como consecuencia de ello, se declara la ineficacia de tal acto y de la movilidad a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.,* en los términos de los artículos 13 literal b), 271 de la Ley 100 de 1993 y subreglas de la jurisprudencia especializada, lo que implica la reactivación automática y sin solución de continuidad de su vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

2. Se ordena a la **AFP Porvenir S.A.** restituir a COLPENSIONES la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos financieros, **incluyendo los valores descontados por gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje para garantía de pensión mínima, durante la vigencia de la afiliación a esa AFP y a Horizonte S.A.,** estos tres últimos ítems debidamente indexados, obligación que debe cumplirse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia; COLPENSIONES recibirá tales valores y validará en la historia laboral de la afiliada las semanas a que corresponden para los efectos de ley, continuando esta entidad como su administradora pensional.

Al momento de cumplir la orden anterior, 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.

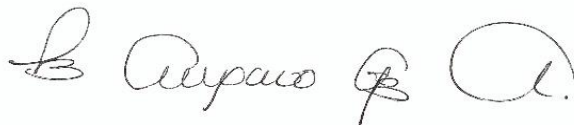
3.- Revoca la decisión revisada, quedando sin efecto las órdenes impartidas en cuanto reconocimiento de pensión a cargo de la AFP bajo la regulación del RPMPD, y subrogación pensional mediante pago de cálculo actuarial pensional a Colpensiones, y declara implícitamente resueltas las excepciones propuestas por las entidades accionadas.

4.- Confirma la absolución de perjuicios reclamados por la parte actora.

5.- Ante el resultado de los recursos, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia. El monto de las de primera deberá ser cuestionado en la oportunidad señalada por el artículo 366 – 5 del C. G. del P.

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 ARITIZABAL



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR