

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Hugo Antonio Ossa Mira
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 010 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 010 2021 00070 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 22 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado afiliado
DECISIÓN	Revoca para excluir de las restituciones el bono pensional y sumas adicionales de la aseguradora. En lo demás confirma

En la fecha, **veintitrés (23) de febrero 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, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las **AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y de Colpensiones**, al igual que el grado jurisdiccional de **consulta** para esta última entidad, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Hugo Antonio Ossa Mira**. Radicado único nacional 05001 3105 **010 2021 00070** 01.

Auto

Con fundamento en la documentación allegada a esta instancia, se reconoce personería a la abogada **Marya Astrid Giraldo Zuluaga**, para asumir la defensa judicial de **Colpensiones**.

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°. **003**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pide el demandante se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, y se le tenga siempre incorporado al primero, ordenándose a Porvenir la devolución de todos los valores recibidos, y a Colpensiones aceptar su retorno, activar la afiliación al RPM y validar las semanas del RAIS. Solicita también condena en costas.

En sustento de ello afirma, en síntesis, que, **nació el 01 de febrero de 1963**, se afilió al ISS hoy Colpensiones el 05 de enero de 1987, cotizando hasta el mes de febrero de 1996 un total de **467,57 semanas**; que a partir de marzo de 1996 inició aportes a la AFP Porvenir S.A., sociedad a la que estuvo vinculado hasta mayo de 2000 cuando transitó a Protección S.A., y a partir de marzo de 2002 figura nuevamente afiliado a Porvenir S.A., donde continua cotizando. Que el cambio de régimen se dio porque el asesor del fondo privado le indicó que el Seguro Social se iba a acabar, sus aportes corrían peligro y en el RAIS se pensionaría a cualquier edad, con mesada más alta que en el ISS, sin que se le indicara cual era el capital requerido, ni la edad necesaria para redención de bono pensional, omitiéndose la cabal ilustración y buen consejo, al no expresársele las consecuencias que generaría tal acto. Que por iniciativa propia, el 16 de diciembre de 2020, pidió a Porvenir S.A. proyección de mesada en ambos regímenes,

indicándosele que en esa AFP a los 62 años sería de **\$4.795.900**, sin suministrarle monto en el RPM, y solo hasta ese momento se le explicó que el valor dependía de los movimientos del mercado financiero, de la rentabilidad del capital, de la fidelidad en las cotizaciones, de los beneficiarios, del estado civil, de la modalidad de pensión y de la redención del bono pensional. Repetidamente insiste que no recibió la debida información de ventajas y desventajas por parte de ninguna de las AFP codemandadas, y que al consultar sobre la posibilidad de retorno al régimen público, Porvenir le advirtió no ser posible por encontrarse a menos de diez años de la edad para pensión. Finalmente, informa que el 15 de diciembre de 2020, radicó ante Colpensiones formulario de vinculación al RPM, negado por estar dentro de la restricción de los diez años de la edad.

Por ajustarse a las exigencias de Ley, en auto del **10 de noviembre de 2021**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente notificadas de la actuación, las entidades vinculadas por pasiva allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, de los hechos tiene como ciertos, la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al RPM, las fechas en que se dio y el número de semanas cotizadas; también acepta la solicitud de retorno al RPM y la respuesta negativa, con fundamento en el artículo 2º, literal e) de la Ley 797 de 2003, que modificó el 13 de la Ley 100 de 1993. Los demás supuestos no le constan o no son técnicamente hechos. **Resistió las pretensiones**, expuso los fundamentos y razones de derecho y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir la ineficacia o nulidad de traslado; ausencia de prueba de engaño, equivocada información y perjuicio padecido; indebida aplicación de la carga probatoria; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones – artículo 48 de la Constitución Política – adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; prescripción, buena fe, cobro de lo no debido,

imposibilidad de condena en costas, compensación y presunción de legalidad de los actos jurídicos.

AFP Protección S.A., de los hechos acepta como ciertos, la fecha de nacimiento del demandante, su incorporación a esa sociedad mediante formulario suscrito en marzo de 2000. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan. Explica que esa AFP, para el momento de afiliación, le brindó el señor Ossa Mira, *una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todo el sistema general de pensiones colombiano, donde se le explicaron las características del RPM y del RAIS, teniéndose... como resaltables de este último: la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual donde se depositan mes a mes sus aportes pensionales ganando rentabilidad financiera de acuerdo con el comportamiento del mercado y el perfil de riesgo de cada afiliado, capital a partir del cual se define la pensión, así mismo se le explicó que ese capital es de su propiedad y por esta razón este valor puede heredarse a falta de beneficiarios, también se le informó sobre la garantía de pensión mínima y la devolución de saldos, la posibilidad de realizar aportes voluntarios y de pensionarse en forma anticipada, siempre y cuando cuente con un capital que le permita financiar una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual ... tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993,... se indicaron al demandante todas las diferencias que existen entre este y el Régimen de Prima Media señalando, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aportes necesarios para que la misma pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional haciendo énfasis en que ambos regímenes son DIFERENTES y EXCLUYENTES por lo que traen sus propias implicaciones o efectos para cada persona, esto con el fin de que el actor pudiera tomar libremente la decisión de continuar vinculado o no a este régimen, pero no de manera impuesta como lo pretende hacer ver ..., sino voluntariamente, tal como sucedió....* Adicionalmente el actor fue informado de manera OBJETIVA e INTEGRAL sobre todas las características del Régimen de Ahorro Individual en comparación con el Régimen de Prima Media, señalándole las diferencias o aspectos comparativos entre uno y otro: **cuenta de ahorro individual –vs- fondo común... capital acumulado –vs- requisitos de edad y semanas de cotización... garantía de pensión mínima en el RAIS ... devolución de saldos e indemnización sustitutiva.** Agrega que también se le explicaron con claridad los aspectos y factores para liquidar la mesada. Manifestó **oposición** a las pretensiones que

la comprometen. Expuso los fundamentos de derecho y razones de su defensa, y propuso como medios **exceptivos** los de: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a la AFP Porvenir, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, al sujetarse a la regulación del artículo 16 del Decreto 692 de 1994; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y dentro de esta inexistencia de obligación de devolución de la comisión de administración y del porcentaje aplicado a seguro previsional y la innominada o genérica.

AFP Porvenir S.A., frente a los hechos admite la vinculación del demandante a esa sociedad el **07 de febrero de 1996, con efectividad a partir del 1º de marzo del mismo año**, hasta el **20 de abril de 2000**, diligenciando nuevo formulario de afiliación **el 20 de enero de 2002, con efectividad a partir del 01 de marzo siguiente**. Los demás supuestos no le constan o no son ciertos. Y dentro de los que no le constan está la edad, por ser un hecho personalísimo, y la afiliación a otra administradora ajena a esa sociedad, **que en todo caso se desconoce, motivo por el que se adhiere a la prueba aportada**. Advierte que *informó de manera clara, veraz, objetiva y oportuna sobre las condiciones, características, requisitos y funcionalidad del RAIS y del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), conforme a la normatividad vigente para la fecha y las particularidades propias del demandante para dicha anualidad, esto sin ninguna clase de acoso o información errada o engañosa*, sin que la afiliación se diera por falta al deber de información, pues se le suministró la misma de forma íntegra y completa, en lo que es insistente. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones, expuso los hechos, fundamentos y razones de defensa, y formuló **las excepciones de mérito** 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 Décimo Laboral del Circuito, el 23 de noviembre de 2022, declarando ineficaz el cambio de sistema pensional del RPM al RAIS que realizó el demandante y en consecuencia, que ha permanecido afiliado, sin solución de continuidad, al primero, administrado por Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, el saldo de su cuenta de ahorro individual, con sus correspondientes rendimientos financieros, frutos e intereses, el bono pensional si ya fue redimido. Asimismo, y con indexación, trasladará en el mismo término lo descontado de las cotizaciones por conceptos tales como fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros. **Protección S.A.**, con cargo a sus propios recursos, trasladara a Colpensiones, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los descuentos que efectuó para el fondo de garantía de pensión mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora, mientras el demandante estuvo afiliado a dicho fondo, valores que deberán ser debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Condenó a Colpensiones a recibir los rubros aludidos e incorporarlos como semanas válidamente cotizados. Declaró no probada la excepción de prescripción, las demás implícitamente resueltas de manera negativa. Impuso condena en costas a Porvenir S.A. y a Protección S.A.. a favor del demandante, fijando el monto de las agencias en derecho, y ordenó el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones.

El Juzgador, luego de citar la legislación aplicable al caso y las subreglas sobre el tema definidas por la jurisprudencia especializada, estimó que con la prueba allegada no quedó acreditado el deber de información al momento del traslado entre regímenes, ni para la fecha de movilidad entre

administradoras del RAIS, pues las AFPs Porvenir S.A. y Protección S.A. no aportaron prueba de ello, y tal omisión no se sana por el tiempo de permanencia, ni se infiere del formulario de vinculación, deviniendo procedente la declaratoria de ineficacia reclamada, con las condenas consecuenciales ya transcritas.

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

Colpensiones, pide revocar de manera total la decisión, pues conforme lo expuesto en los alegatos de conclusión, con esta declaratoria de ineficacia se vulnera la sostenibilidad financiera del sistema, estudiada en sentencia SU 130 de 2013, pues no es cierto que con el reintegro de los rendimientos producidos en el RAIS, debidamente indexados, se sostenga el presupuesto que destina el Estado hacía la entidad y que permita financiar las mesadas pensionales y riesgos de IVM a los afiliados; con estos fallos dice, se produce impacto negativo de manera fiscal y una carga onerosa excesiva que hace que a futuro no se puedan generar los pagos de estas mesadas, pues se impacta el principio económico fiscal y se quebranta el equilibrio de la entidad. Sumado a que el interrogatorio de parte da cuenta de error de hecho y no de derecho. Finalmente pide no imponer condena costas.

AFP Protección S.A., impugna de manera parcial, en lo que tiene que ver con el traslado de las comisiones de administración y seguros previsionales; frente a las primeras pide no ordenar la restitución de este concepto porque fueron comisiones causadas por la administración de los dineros del demandante, además de ser descuentos autorizados por la ley y por la debida gestión, como cualquier entidad financiera. Respecto del seguro previsional, tampoco se devuelve pues mensualmente se pagó a una aseguradora para cubrir los siniestros de invalidez y sobrevivencia, encontrándose imposibilitada la AFP para recobrar estos dineros y ratonarlos a Colpensiones,

siendo la aseguradora un tercero de buena fe. En el caso del demandante todos los dineros de su cuenta de ahorro individual fueron trasladados a Porvenir S.A., además las comisiones de administración se generan también en prima media; y respecto de seguro previsional no se ha recibido reporte de ocurrencia de siniestro de invalidez o sobrevivencia.

AFP Porvenir S.A., recurre de manera integra, rogando la revocatoria total de la sentencia, considera que la vinculación del demandante al RAIS en 1996 fue valida y eficaz, ya que para ese momento recibió acompañamiento y asesoría por el fondo, lo que no fue negado, por el contrario se ratificó en el interrogatorio y; **segundo**, porque el demandante libremente decidió vincularse suscribiendo el formulario de afiliación, único documento exigido para la época. Y si bien el deber de información ha existido desde el inicio de las administradoras, ha tenido desarrollo legal y jurisprudencial, incrementando las obligaciones, pero en el fallo no se realizó la debida interpretación de la norma, ejerciendo el afiliado el deber de libre elección, revelándosele las características del RAIS, y lo más importante, no hubo coacción, ni se le violentó su decisión, exigir otro tipo de pruebas es un imposible jurídico, debiéndose respetar la voluntad del demandante, anotando que han transcurrido muchos años y este decidió continuar en el régimen privado, con movilidad entre varias administradoras, sin que sea dable su retorno al RPM con la única motivación de la diferencia de la mesada, pese a haberse adherido a las condiciones del sistema y para el año 96 se descocía su contexto laboral futuro, y al no poderse trasladar administrativamente acude a este medio, desconociendo la ley.

En caso de confirmarse la sentencia, se debe absolver de la devolución de gastos de administración y sumas de la aseguradora de manera indexada, porque también se ordenó devolver los rendimientos, pues si el acto de traslado es ineficaz, estos tampoco deben reintegrarse, por lo que pide absolver de estos conceptos.

De la etapa de alegaciones hizo uso la apoderada judicial de **Colpensiones**, quien luego de resumir las órdenes impartidas por el a quo, pide **modificar y revocar** lo decidido, toda vez que el demandante no logró acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de ineficacia de su movilidad del régimen público al privado, como lo exige el artículo 167 del CGP, precisando que en los eventos de traslado de régimen, la Corte Suprema de Justicia, sin atender las particularidades de cada caso, invierte la carga de la prueba en cabeza de los fondos y exime a la parte activa de demostrar la existencia de vicio en el consentimiento, limitándose el esfuerzo de esta a realizar afirmaciones sin sustento en el interrogatorio de parte, evidenciándose que la motivación para el retorno está basada en una expectativa económica, pues en Colpensiones recibiría una mayor mesada, lo que no es suficiente para soportar un vicio en un ERROR DE DERECHO, sin que la parte económica sea suficiente para aducir una inadecuada información, citando como sustento sentencia del **17 de enero de 2017 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira**.

Para la profesional, vía jurisprudencial, se ha creado una situación desventajosa que favorece a los afiliados, pues su simple afirmación de no haberseles brindado información precisa, clara y exacta, plasmando en la demanda es suficiente para la prosperidad de la pretensión, sin que se allegue un mínimo de prueba, invirtiéndose, bajo la teoría de la carga dinámica la carga de esta, sin que se haya podido cumplir por las AFP con tal exigencia al contar solo con el formulario de afiliación, conllevando los fallos judiciales en contra de tales entidades, efectos colaterales para Colpensiones, sin que sean los afiliados parte débil de la relación, pues la ley previó en cabeza de los mismos distintos deberes, y tampoco pueden desconocerse las particularidades de cada caso.

Alude luego a las etapas del deber de información y la regulación normativa frente a cada una, puntualizando que si bien se requiere la debida ilustración al afiliado debe diferenciarse cada una y tener en cuenta que Colpensiones no participó en el trámite de traslado.

Trae a cita las normas constitucionales sobre el principio de sostenibilidad financiera del sistema, el que igualmente ilustra con sentencias de la Corte Constitucional como la SU 130 de 2013 y la T-489 de 2010, peticionando, en caso de mantenerse lo decidido por el a quo, mantener la orden de restitución de la integridad de aportes debidamente indexados y la exoneración de condena en costas.

La apoderada de la **AFP Porvenir S.A.**, luego de transcribir la parte resolutive de la sentencia, expone como puntos materia de inconformidad: **1) declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS**, al no existir razones para ello, pues insiste en que brindó la debida asesoría de acuerdo con la normativa vigente, adicional la actora conto con varias oportunidades para retorno al régimen público y no lo hizo, sin que la diferencia en el monto de la mesada sirva de sustento a lo pedido y sin que existiera, para la época del traslado, obligación de soportes adicionales al formulario, precisando que el buen consejo, doble asesoría e incluso desincentivar al afiliado de opción que no le beneficie, surgieron en los años 2010 y 2014, como se explica por la jurisprudencia especializada, avizorándose también incumplimiento de la accionante en sus deberes, debiéndose considerar también que la totalidad de condiciones del RAIS son impuestas por la Ley, cuyo desconocimiento o ignorancia no sirve de excusa. **2) la condena a reintegrar a Colpensiones lo contenido en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus correspondientes rendimientos, frutos e intereses, y el bono pensional si ya fue redimido, y así mismo con indexación, el traslado de lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima , los gastos de administración y el valor de las primas de seguro previsional y reaseguros**, pues no se tienen en cuenta

los frutos producidos que compensan lo descontado por gastos de administración, que además están autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y cumplieron su finalidad, y **3)** la condena en costas, pues no se valora su actuar ajustado a la buena fe y a las disposiciones legales vigentes.

En orden a decidir, basten las siguientes:

Consideraciones:

De acuerdo con el recuento realizado, los argumentos de las apelaciones y el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si hay lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. **el 07 de febrero de 1996, con posterior movilidad a Protección S.A.** mediante formulario suscrito el **1º de mayo de 2000**, y nuevamente retorno a **Porvenir S.A.** con formato diligenciado **el 30 de enero de 2002**, y como consecuencia de ello, a su inmersión automática en el RPM administrado por Colpensiones, con las correspondientes restituciones económicas, los conceptos que estas comprenden y si se debe ordenar o no su actualización mediante el mecanismo de la indexación.

Pues bien. Reiterada ha sido la línea de la jurisprudencia **mayoritaria** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, en torno al tema de la carencia de efectos jurídicos del traslado de régimen pensional cuando no está precedido de una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, existiendo unas reglas decantadas, entre ellas que la movilidad entre regímenes debe estar precedida de la debida información y transparencia, **para el caso concreto, como los formularios de**

vinculación se suscribieron entre los años 1996 y 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 1° 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 transición, y la eventual pérdida de beneficios pensionales**, lo que supone el análisis de la situación particular de cada afiliado ante el sistema, **confesándose por la AFP Porvenir en el escrito de contestación, contrario a lo que afirma en su defensa, y en lo que insiste en la etapa de alegaciones y al sustentar la alzada, que no le consta la fecha de nacimiento del demandante, y tampoco le consta la vinculación al régimen de prima media por ser una entidad diferente a esa sociedad, a pesar de adjuntar el formulario del que dice se infiere la debida ilustración, con fecha 07 de febrero de 1996, marcándose la casilla cuenta con cotizaciones a otro régimen, ISS por más de 150 semanas, adjuntándose formulario con información para bono pensional que registra cotizaciones al régimen público por 2.860 días equivalentes a 409 semanas**, supuestos bajo los que no es posible admitir para el momento de la afiliación inicial al RAIS y el posterior retorno a esa AFP el cumplimiento de la debida información bajo las reglas de la normatividad vigente, primer estadio como ya se explicó, y tampoco el debido acompañamiento durante la vigencia de la misma, 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 consulta la documentación en su poder ni la allegada con el escrito de demanda**, sin que como lo advirtió el a quo, tal omisión se subsane por el transcurso del tiempo o por **la movilidad entre administradoras del RAIS**, toda vez que, *la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con*

prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales, (ver sentencia CSJ Sala de Casación Laboral 31989 de 2008, reiterada en la SL5686-2021 y SL2693-2022, entre otras).

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 AFP, sin que sea requisito para su cumplimiento que el afiliado goce del beneficio de la transición o tenga un derecho pensional consolidado, ni sea el ciudadano quien deba efectuar el estudio del tema, así se explica en la sentencia antes citada:

Sobre el particular, la Sala reitera que le corresponde a la administradora de pensiones acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que no haber recibido información suficiente corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación¹ (CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4806-2020).

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

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

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

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

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**, explicándose por la jurisprudencia especializada que los servicios a cargo de las AFP:

- *i) están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*
- *ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;*
- *iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;*
- *iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones»;*

Sin que del formulario de afiliación se infiera la completa 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 traslado de régimen en los términos de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que:**

... las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que la administradora tiene que asumir los deterioros del bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta del fondo, al haber incurrido en la omisión de brindar la información adecuada, oportuna y suficiente al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y

comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

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

De acuerdo con ello y por ser el precedente vigente en el órgano de cierre de esta especialidad, es el acogido por esta Sala de Decisión, advirtiéndose que en lo atinente a los rubros a devolver una vez declarada la ineficacia del acto de traslado, su actualización mediante el mecanismo de la indexación, **y la obligación de las AFP de asumir lo descontados por gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima con su propio patrimonio**, surgen, entre otras, a partir de las sentencias **SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803-2021, SL4609-2021** reiteradas, entre otras en las **SL755-2022, SL756-2022, SL843-2022, SL1019-2022, SL1055-2022, SL2484-2022**, sin que sea una decisión caprichosa, **pues como ya se advirtió acata el precedente vertical reiterado en más de 3 providencias que constituyen doctrina probable.**

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o del demandante, y tampoco doble

condena, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad, máxime que fue la conducta de la AFP la que generó la ineficacia aquí declarada, por lo que se **confirma** la sentencia revisada en cuanto ordenó a **Porvenir S.A. y Protección S.A.** restituir, con su propio peculio las sumas descontadas durante el tiempo de afiliación del actor, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, así como que al momento de cumplirse la orden impartida en cuanto a restituciones, deberá remitir a Colpensiones relación discriminada de los conceptos a que corresponden. **Se revoca la decisión para excluir la orden de restitución de bono pensional**, pues en el evento de haberse redimido, procede es su anulación, y también se **excluyen las sumas adicionales de la aseguradora**, que solo operan para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, y como claramente se dijo por la apoderada de Protección al sustentar la apelación, estos no han ocurrido.

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, lo que se reitera en el interrogatorio de parte, 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 SL1055-2022, 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.

En relación con la condena en costas, en la que se incluyen las agencias en derecho, al ser una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, se traduce en una obligación que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir (auto Sala de Casación laboral Corte Suprema del 24 de enero de 2007, radicado 31.155, reiterado en sentencia SL 5141-2019), resultando procedente **confirmar las de primer grado y por desatarse adversamente el recurso de apelación interpuesto por las accionadas, se imponen también en esta instancia** (art. 365-1 CGP), las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.160.000,00 a cargo de Protección y de Colpensiones, y de \$2.320.000,00 para Porvenir S.A., obedeciendo tal diferencia a la conducta procesal en cuanto al planteamiento de los argumentos defensivos, totalmente contradictorios con el material probatorio allegado por esta AFP.

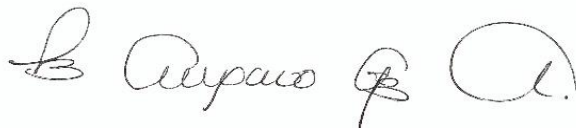
En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca y confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Hugo Antonio Ossa Marín**, contra las **AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y de Colpensiones, así:**

Revoca el numeral **segundo**, para excluir de los conceptos a **restituir por las AFP Porvenir S.A. y Protección**, los bonos pensionales si se hubieren redimido, pues en este caso deben ser anulados, y también las sumas adicionales de la aseguradora, al tener operancia estas para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, que en este caso no han tenido ocurrencia. **En lo demás confirma.**

Costas en esta instancia a cargo de las entidades demandadas, a quienes se desata adversamente la apelación y a favor del demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.160.000,00 a cargo de Protección S.A. y de Colpensiones. Porvenir S.A. deberá cancelar \$2.320.000,00.**

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

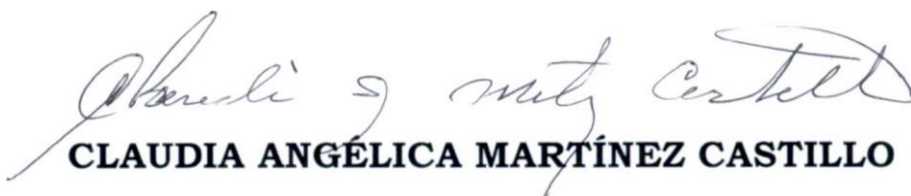
Las magistradas (firmas escaneadas)



LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO