

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Rigoberto de Jesús Arroyave González
DEMANDADO	AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 010 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 010 2021 00237 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 63 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado afiliado
DECISIÓN	Revoca y confirma

En la fecha, **treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Laboral integrada por los magistrados: María Eugenia Gómez Velásquez, Carlos Alberto Lebrún Morales y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto los apoderados judiciales de la **AFP Porvenir S.A.** y de **Colpensiones**, al igual que el grado jurisdiccional de consulta para esta última entidad, ordenado en sentencia proferida dentro del proceso promovido por **Rigoberto de Jesús Arroyave González**, en el que también se demandó a la **AFP Protección S.A.**. Radicado único nacional 05001 3105 **010 2021 00237** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **008**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Solicita el demandante, por conducto de su apoderado, se declare la nulidad relativa, resolución, ineficacia, inexistencia, inaplicación, o cualquier otra figura jurídica que se logre probar, tendiente a invalidar o dejar sin efecto el traslado del RPMPD al RAIS, a través de Protección S.A. y Porvenir S.A., y se le declare siempre inmerso en el primero, **condenando a las AFP** a devolver a Colpensiones el saldo de su cuenta de ahorro individual, bono pensional y todo lo recibido por motivo de su traslado, con los rendimientos y sin ningún tipo de descuento por gastos de administración, ordenando a Colpensiones recibir tales valores, y actualizar su historia laboral con los correspondientes periodos y semanas. Pide también condena en costas.

En sustento de ello afirma que, se afilió al RPM el 12 de diciembre de 1992, se trasladó al RAIS con vinculación a Porvenir S.A. el 30 de junio de 1995, recibiendo previo a ello, con otros compañeros, poca asesoría, pues se les dio una charla que no duro más de 15 minutos y el tema central fue la inminente liquidación del ISS y la posibilidad de pensionarse en esa AFP a la edad que eligieran, sin estudiarse su situación particular, ni dársele a conocer los aspectos positivos y negativos que le implicaría tal movilidad. Agrega que solo con ocasión de derecho de petición formulado el 21 de septiembre de 2020, Porvenir le presentó, el 14 de octubre del mismo año, proyección pensional, en el RAIS con retiro programado a los 62 años \$877.803, a los 64 \$1.085.300, sin suministrarle dato en el RPM, informándole las variables para determinar tal monto, lo que no hizo cuando se suscribió el formulario, lo que permite concluir que no se le dio ilustración suficiente, clara y completa de las reales implicaciones de abandonar el RPM y consecuencias futuras.

Agrega que el **04 de junio de 1997** tuvo movilidad Colmena S.A. hoy **Protección S.A.**, sin que tampoco se le brindara información completa sobre aspectos negativos y positivos, ni se le suministrara proyección de mesada en cada uno de los regímenes. Que esta AFP en respuesta a derecho de petición presentado el 21 de septiembre de 2020, le entregó constancia de traslado de aportes a **Colpatria S.A. y Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.**, y detalle del tiempo cotizado desde junio de 1997 hasta marzo de 2000. Que el 21 y 29 de setiembre de 2020 pidió a Colpensiones aceptarlo como su afiliado, por carecer de eficacia y validez su vinculación al RAIS, lo que le fue negado.

En auto del 12 de enero de 2022, **se admitió** y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de tal actuación, las entidades vinculadas por pasiva, dentro del término para ello, allegaron escritos de contestación, así:

AFP Porvenir S.A., manifestó **oposición** a las pretensiones. De **los hechos** admite la afiliación del demandante a esa sociedad el 30 de junio de 1995. Los demás supuestos no son ciertos, o no le constan, explicando que la vinculación a esa administradora fue, *producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud No. 00562131 – documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, en el cual expresó: "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Provenir para que sea la única que administre mis aportes pensionales y también declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos".* Conviene precisar que, por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado,

cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes. ... PORVENIR S.A. le brindó la asesoría pertinente, clara y oportuna para que la decisión de la parte demandante de suscribir los formularios de afiliación fuera libre, voluntaria e informada, razón por la cual el traslado y la posterior vinculación se consideran validos dentro de los términos establecidos en la ley, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en el cual se especifican las características del régimen. Expuso los fundamentos y razones de la defensa y formuló **las excepciones** de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Colpensiones manifestó **oposición** a las pretensiones declarativas y de condena. **De los hechos**, acepta la afiliación del demandante al RPM desde el 12 de diciembre de 1993 y su vinculación a Porvenir S.A. el 30 de junio de 1995, con posterior movilidad a Colmena Hoy Protección S.A. el 04 de junio de 1997; también admite que mediante solicitudes con fechas 21 y 29 de septiembre de 2020, por medio de apoderado, el actor solicitó a Colpensiones lo aceptara como su afiliado, lo que fue negado en la misma calenda. Los demás supuestos no le constan. Expuso los fundamentos y razones de derecho y formuló como medios **exceptivos** los de: inexistencia de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, ausencia de causa para pedir, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y compensación.

AFP Protección S.A. explica que, *de acuerdo al formulario de afiliación suscrito por la parte actora de manera libre y voluntaria, la solicitud de afiliación a mi representada se efectuó el pasado 04 de junio de 1997, información debidamente corroborada... a través del Historial de vinculaciones generado por la plataforma web de ... ASOFONDOS.* Es cierto que la decisión de afiliarse a Colmena obedeció a la información brindada por el asesor; también es cierto el derecho de petición formulado el 21 de septiembre de 2020 y la entrega

de constancia de traslado de aportes a Colpatria y Horizonte hoy Porvenir S.A.. Los demás supuestos no son ciertos o no le constan, pues cuenta con asesores capacitados permanentemente, con conocimiento y lealtad moral para orientar a los posibles afiliados y en ese sentido, *asesoró en debida forma al accionante respecto a todo el sistema general de pensiones colombiano, donde se le explicaron las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre ambos, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que el mismo pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional, esto con el fin de que... pudiera tomar libremente la decisión de vincularse o no a este régimen, pero no de manera impuesta como lo pretende hacer ver el demandante, sino voluntariamente, tal como sucedió.* **Resistió** las pretensiones. Sustentó las razones de defensa y formuló **las excepciones** 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento – sentencia SL 3752-2020 Ana María Muñoz Segura, reiterado en las SL4934-2020 y SL1008-2021; reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y dentro de esta, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el porcentaje aplicado a seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado; traslado de aportes y la innominada o genérica.

La primera instancia finalizó con **sentencia** proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito el 20 de febrero del año en curso, **declarando ineficaz el cambio de régimen pensional** efectuado por el demandante al trasladarse al RAIS proveniente del RPM, y de contera todas las afiliaciones surtidas dentro del sistema privado. Condenó a Porvenir S.A., a que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, restituya a Colpensiones, *el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante con sus correspondientes*

*rendimientos financieros, frutos e intereses y **el bono pensional si fue redimido.***
Así mismo, y con indexación, trasladara en el mismo término, lo descontado de las cotizaciones por...., conceptos tales como lo destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional y reaseguros. Condenó a Protección S.A., a que con cargo a sus propios recursos traslade a COLPENSIOENS dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, los descuentos que efectuó a las cotizaciones de RIGOBERTO DE JESUS ARROYAVE GONZALEZ para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, gastos o cuotas de administración y las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora mientras el accionante estuvo afiliado a dicho fondo, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su depósito efectivo en Colpensiones. Al momento de cumplirse estas órdenes, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Colpensiones deberá recibir tales valores e incorporarlos como aportes en la historia laboral del demandante, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo con los IBC aportados, a efectos de tenerlos en cuenta como semanas válidamente aportadas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema. Declaró no probada la excepción de prescripción. Las demás implícitamente resueltas en forma negativa. Impuso costas a Porvenir S.A. y protección S.A. a favor del demandante, fijando el monto de las agencias en derecho.

Como fundamentos de la determinación el a quo citó los artículos 13 – b) y 271 de la Ley 100 de 1993; 1º y 7º del Decreto 663 de 1993; 10 del Decreto 720 de 1994; 21 de la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, en concordancia con los artículos 164 y 167 CGP y 1604 C.C., y la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que parte de la sentencia 31989 de 2008, reiterada en las más recientes, entre otras en las SL906, SL1671, SL3156 y SL3465 todas de 2022, en las que se define que la afiliación a un régimen pensional

debe ser libre e informada, siendo carga de la AFP estudiar las circunstancias personales de cada potencial afiliado para determinar si el cambio le es favorable o no, y si es del caso, desanimar al interesado en tal determinación, teniendo este deber una evolución normativa referenciada en la sentencia SL1688 de 2019, exigiéndose su observancia al momento del traslado, siendo la consecuencia de su omisión la ineficacia del acto con efectos extuc, esto es, como si no hubiere existido, motivando ello la restitución integral de aportes por las AFP a Colpensiones, y porque además debe ser Colpensiones quien posea los recursos necesarios para financiar las prestaciones que se generan a futuro, sin que sea posible compensar rubro alguno con los rendimientos financieros, trasladándose la carga de la prueba a las AFP, sin que se requiera para ser beneficiario de la ineficacia, tener un derecho consolidado o gozar de régimen de transición, bastando al interesado afirmar la falta de ilustración suficiente, la que no se acredita con los formularios con leyenda pre impresa sobre libertad y voluntariedad, ni aplica la teoría de los actos de relacionamiento, por ser la vinculación al sistema pensional un acto expreso, constituyendo tales supuestos reglas jurisprudenciales decantadas que consolidan precedente de obligatorio acatamiento.

Recurso de apelación, fue oportunamente interpuesto por los apoderados de:

Colpensiones. Pide modificar la providencia teniendo en cuenta los Decretos 663 de 1993, 692 y 720 de 1994, los cuales crearon obligaciones, directrices y parámetros que direccionan el actuar de los fondos privados, otorgando responsabilidades a cargo de ellos y no de Colpensiones, por lo que es necesario cambiar el esquema de responsabilidad que en casos de ineficacia de traslado endilga la carga

económica en un 100% a Colpensiones, pues dicha línea transgrede lo dispuesto por Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto a los principios de sostenibilidad financiera, legalidad y confianza legítima, porque Colpensiones no tendría la obligación de soportar cargas económicas y prestacionales que fueron creadas por desatención de los deberes del fondo privado en cuanto a información y buen consejo; por ello, en caso de otorgarse alguna prestación a favor del demandante, esta debe quedar a cargo del fondo privado bajo los parámetros del RPMPD, o en su defecto, recalcular los valores que se transfieren para cubrir la totalidad del monto que se tenga que pagar, pues los fondos privados son una de las empresas más rentables de Colombia, que trabajan con los aportes de los afiliados durante un vasto periodo de tiempo en el que no pueden hacer uso de sus recursos hasta cumplir la edad, y mediante sentencia judicial se les quita la carga prestacional y se le traslada a Colpensiones, entonces el fondo es premiado al no tener a cargo reconocimiento pensional y solo restituir los aportes, quedándose con los rendimientos propios de las inversiones, lo que transgrede el principio de sostenibilidad financiera, siendo la segunda instancia la correcta para cambiar la línea, porque se pueden crear reglas proporcionales, no para perjudicar a los afiliados sino para responsabilizar al causante de las omisiones, si se faltó al deber de información y buen consejo.

Porvenir S.A. recurre en forma parcial, teniendo en cuenta que se ordena devolver conceptos diferentes a los previstos en el art. 113 de la Ley 100, rendimientos, comisiones y gastos de administración de forma indexada, precisa y solicita revocar estas devoluciones, porque si se mira esta norma, los únicos valores a retornar son los aportes y los rendimientos, señalando que los gastos de administración son un concepto de tracto sucesivo que no financian la mesada, están creados

y autorizados por el art. 20 de la Ley 100 de 1993, y también se hubieren causado en el régimen de prima media, generándose un enriquecimiento sin causa para **Colpensiones**, al no haber realizado gestión alguna de aportes desde 1996, como si lo ha hecho la AFP produciendo rendimientos equivalentes a un 53% del valor de la cuenta de ahorro individual, frente a un 47% de aportes, y bajo estos términos se observa la debida administración y cumplimiento de sus obligaciones. Pide aplicar la figura de prescripción, por no financiar estos gastos la mesada pensional, extinguiéndose entonces por tal fenómeno. En cuanto a la indexación, estima que los **rendimientos** superan cualquier devaluación económica y al retornarse estos valores debe revocarse esta condena.

De la etapa de alegaciones hizo uso **el apoderado judicial de Colpensiones**, argumentando que no son de recibo las consideraciones del a quo para declarar la ineficacia del traslado y retorno del demandante al RPM, toda vez que para el momento de presentación de la demanda, año 2021, contaba con 62 años de edad, situación que lo deja inmerso en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2º de la Ley 797 de 2003, e igualmente, por haber arribado a tal edad, su situación se encuentra enmarcada en el precedente de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, contenido en sentencia SL373-2021.

A ello se suma con ningún medio de prueba demostró que de manera oportuna ejerció las acciones tendientes a regresar al RPM de manera oportuna, como el derecho de retracto, ni hizo uso del año de gracia que trajo el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, ni lo intentó antes del arribo a los 52 años, y de acuerdo con el Decreto 2241 de 2010, artículo 4º, los consumidores financieros del sistema general de pensiones tienen

deberes concretos, como leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, *el demandante debió informarse de las características del Régimen pensional al cual se estaba afiliando, indagando sobre las condiciones generales, exclusiones, derechos, obligaciones emanadas de dicha afiliación, exigiendo explicaciones verbales o escritas necesarias y precisas que le posibiliten la toma de decisiones.*

En caso de confirmarse la sentencia, solicita se ordene al fondo privado trasladar debidamente actualizado el saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, cuotas de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional.

El apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, luego de hacer un recuento del trámite, manifiesta que en este evento no se alegó ni menos probó ninguno de los eventos del artículo 1741 del C. Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto de traslado, tampoco se evidencia vicio en el consentimiento en los términos 1.508 del mismo estatuto con el alcance establecido por los preceptos 1.515, 1.517 y 1.524 de la misma obra, ni se presenta la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, realizándose por la Corte Suprema de Justicia una mixtura al resolver las ineficacias de traslado de régimen, porque acude a normas del sistema general de pensiones y a las del Código Civil, aunado a que Porvenir S.A. siempre **garantizó** al afiliado el derecho de retracto y la vinculación a esa AFP se dio producto del derecho a la libre escogencia, sin que se ajuste a la realidad procesal la conclusión de no haberse suministrado información completa, veraz, cierta y oportuna, imponiéndosele cargas probatorias no previstas en las leyes existentes al momento de ocurrencia de los hechos, habiéndose entregado la información necesaria y objetiva acerca de las condiciones

y requisitos para acceder a la pensión de vejez por los futuros afiliados, llamando la atención sobre la previsión de información calificada.

Arguye que la primera instancia no realizó un análisis conjunto y crítico de los medios de prueba, como lo ordena el artículo 60 del C.P.T. y de la S.S., ni se entendió la diferencia legal entre la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos, sin que exista norma que respalde los efectos deducidos por la jurisprudencia especializada para los casos de ineficacia de traslado de régimen, ni sea procedente disponer las restituciones en la forma en que lo hizo el a quo, pues solo es posible ordenar la entrega del saldo de la cuenta de ahorro individual, toda vez que el 3% aplicado a gastos de administración, cumplió su cometido, y tampoco es dable ordenar la indexación de las condenas. Ruega revocar la sentencia y en su lugar, impartir absolución.

En orden a decidir, basten las siguientes:

Consideraciones:

En primer lugar, se debe precisar que la competencia de esta instancia queda exclusivamente circunscrita a las inconformidades planteadas por los recurrentes y grado **jurisdiccional de consulta, sin que la etapa de alegaciones sea la oportunidad para incluir puntos no cuestionados al sustentar la alzada**, pues es lo que hace el apoderado de la AFP Porvenir S.A., **entidad que limitó la apelación a las restituciones ordenadas**, sin cuestionar lo atinente a la ineficacia del acto de traslado.

De acuerdo con el recuento realizado, los argumentos de los apelantes 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.** mediante formulario firmado **el 30 de junio de 1995**, posterior movilidad a **Colmena S.A.**, **el 04 de junio de 1997**, sociedad que tuvo cesión por fusión con ING el 1º de abril de 2000; traslado a **Colpatria** el **09 de junio de 2000**, sociedad que tuvo cesión por fusión con Horizonte el 29 de septiembre de 2000 y luego bajo la misma figura esta última fusionada con **Porvenir S.A. el 01 de enero de 2014**, sociedad en la que continua haciendo aportes; 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, o si por el contrario, se debe adoptar una formula distinta frente a estas últimas como se pide por el apoderado de Colpensiones, en aras de salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema (A. L. 01 de 2005, que modifica el 48 Superior), o excluir algunos conceptos y exonerar de la indexación, como lo ruega la apoderada de la AFP Porvenir S.A.

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 la movilidad entre regímenes y luego entre administradoras del RAIS se dio entre **el 30 de junio de 1995**, y **el 09 de junio de 2000**, se estaba en el primer estadio de la regulación

normativa, contenida entre otras en los arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, art. 97, numeral 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, **sin que se evidencie medio de convicción frente al particular**, ni sea posible inferir tal exigencia de los formularios de afiliación, bajo las reglas de la normatividad vigente, primer estadio como ya se explicó, y tampoco el debido acompañamiento durante la vigencia de esta, ni para cuando ocurrió el tránsito entre administradoras, sin que este defecto se subsane por el transcurso del tiempo, vinculación a distintas AFP o por actos de relacionamiento. (ver sentencias SL1055-2022 y SL4322-2022).

Sobre el deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, pertinente resulta citar lo explicado en sentencia SL4322-2022, con fecha 23 de noviembre de 2022, en asunto de idéntica naturaleza al que aquí es objeto de análisis:

... el deber de las administradoras de pensiones de brindar una información clara, oportuna, transparente y objetiva al momento del traslado se encuentra regulado suficientemente por el legislador desde el momento mismo de la creación del sistema de capitalización, dada su complejidad financiera y la naturaleza del régimen que propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados -art. 59 de la Ley 100 de 1993-.

...

Conforme al criterio reiterado de esta Corte, la simple firma del formulario de afiliación 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, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (CSJ SL2877-2020).

...

Así pues, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, 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 del traslado.

Por tanto, en el campo de la seguridad social existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido éste como un procedimiento que garantiza, previo a aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario acerca de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación.

De otro lado, la Corte ha sostenido que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. En tal sentido, ha dicho que exigir al afiliado una prueba de esta naturaleza es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación. 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 conozca las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Asimismo, cabe destacar que la documentación que soporte el traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la obligada a brindar la información aludida y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su cabal cumplimiento.

En ese sentido, no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo y experticia, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera, hoy en día, una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (v. gr. art. 11, literal b, Ley 1328 de 2009). Conforme lo anterior, es claro que la carga de probar el deber de información recae sobre las administradoras de pensiones.

En el sub examine, si bien obra el formulario de afiliación al RAIS suscrito por el actor ..., de éste lo que se puede extraer es, simplemente, la fecha de su diligenciamiento y los datos personales y laborales de aquel, así como el nombre de sus beneficiarios. De manera tal que, únicamente da cuenta de una

exigencia requerida para el ingreso del interesado con una fórmula pre-impresa en la casilla destinada para la firma, sin que del mismo pueda concluirse que Horizonte hoy Porvenir SA, hubiera cumplido el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, a pesar de que dicha carga le correspondía.

De otra parte, no es cierto que para que proceda la ineficacia del traslado, el afiliado deba contar --al momento del cambio de régimen pensional-- con un derecho adquirido o expectativa legítima, pues, como con insistencia lo ha señalado esta Sala de la Corte, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

En cuanto a las consecuencias de la inobservancia del deber de información, conviene recordar que esta Sala es del criterio según el cual, la reacción del ordenamiento jurídico frente a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. De consiguiente, su examen debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC).

Lo anterior, debido a que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

*En esas condiciones, **en desarrollo del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones**, habrá de modificarse el ordinal cuarto del fallo de primer grado, porque se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de traslado jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propios recursos, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.*

En consecuencia, habrá de modificarse el dicho ordinal cuarto del fallo del a quo, en el sentido de que Porvenir SA deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual

del demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por último, cumple acotar que no prospera la excepción de prescripción, porque los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden solicitar que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales en cualquier tiempo, para que, por esa vía se reconozca a cuál de tales regímenes (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

En definitiva, la mentada declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social. 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, en aras de la garantía de los derechos a la igualdad y seguridad jurídica.

Y en cuanto a las restituciones se ha explicado que al declararse la ineficacia de la movilidad entre regímenes y administradoras, las cosas vuelven a su estado anterior, de manera que las AFP tienen que asumir los deterioros de los recursos, pues el acto pierde efecto 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 y SL843-2022).

Sin que ello constituya enriquecimiento sin causa para el demandante o para Colpensiones.

Se revoca la sentencia para excluir la orden de restitución impartida a Porvenir S.A. el valor del bono pensional, pues en el evento de haberse redimido, procede es su anulación; **y para Protección S.A. se excluyen las sumas adicionales de la aseguradora y reaseguradora,** que solo tienen aplicación para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, sin que para el caso hayan ocurrido.

No se está 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.***

El apoderado de Colpensiones, **al sustentar la alzada introduce una nueva petición** consistente en que sea la AFP quien pague la eventual prestación económica a que tendría derecho la demandante, bajo los parámetros del RPM o en su defecto, **se recalculen los valores a transferir en forma periódica**, de tal manera que la prestación que eventualmente se tenga que reconocer a la parte demandante quede totalmente cubierta por el fondo privado, ello con sustento en el principio de sostenibilidad financiera, argumento que se refuta con lo explicado frente al particular en sentencia **SU273 de 2022:**

40. La Constitución consagra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional en el inciso 7º de su artículo 48¹. En virtud de esta disposición, el Estado debe garantizar la sostenibilidad financiera del

¹ Inciso 7º del Artículo 48 de la Constitución.

"La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella (...)"

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas."

sistema pensional, respetar los derechos adquiridos y asumir el pago de la deuda pensional que esté a su cargo, de conformidad con la ley.

41. Recientemente, la Sentencia SU-149 de 2021² precisó que **la sostenibilidad financiera es un principio de aplicación específica para el sistema de seguridad social**. En tal virtud, este debe ponderarse con el alcance de los derechos constitucionales vinculados a las prestaciones del sistema de seguridad social, como es el caso de las pensiones. El objetivo que se busca es garantizar la financiación adecuada del sistema, en un marco de progresividad y universalidad.

42. A su vez, la Sentencia C-110 de 2019³ estableció el alcance del artículo 48 superior, sobre el sistema pensional. **Existen dos perspectivas al respecto. La primera de ellas se denomina autoreferente e implica que el respeto de la sostenibilidad financiera del sistema pensional depende del cumplimiento de las siguientes reglas, previstas en el artículo 48 superior, que prohíben: (i) la existencia de regímenes pensionales especiales o exceptuados; (ii) el cálculo de la cuantía de la mesada a partir de factores diferentes a los empleados para calcular el valor de cotización; (iii) el reconocimiento de derechos pensionales sin el cumplimiento de los requisitos legales vigentes, o (iv) el otorgamiento de pensiones que superen 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, entre otros.**

La segunda perspectiva se denomina heteroreferente, pues no circunscribe exclusivamente el incumplimiento del criterio de sostenibilidad financiera al desconocimiento de los criterios anteriormente descritos. Bajo esa postura, el Legislador debe preservar el equilibrio financiero del sistema general de pensiones en cualquier legislación que regule la materia.

Así, la Sentencia C-110 de 2019 determinó que **para respetar el criterio de sostenibilidad financiera se requieren dos acciones conjuntas. Primero, asegurar que los recursos que ingresan al sistema de seguridad social correspondan con los que se destinan para sufragar las prestaciones. Segundo, cumplir con las reglas previstas en el mismo artículo 48, las cuales buscan evitar desequilibrios en el sistema derivados, por ejemplo, del reconocimiento de mesadas exageradas que no corresponden con las cotizaciones hechas por afiliado, se basan en privilegios injustificados o desconocen el régimen legal bajo el cual se causó el derecho.**

43. Por otra parte, la Sentencia SU-440 de 2021⁴ estableció que **el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, aunque es transversal a todo el sistema, no es un fin en sí mismo "y está subordinado a la garantía de los derechos fundamentales, por lo que la negativa a reconocer prestaciones económicas pensionales no es una herramienta de realización de sostenibilidad financiera que la Constitución avale"⁵. En consecuencia, es incompatible con la**

² M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ Sentencia C-101 de 2019, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁴ M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera. Véase adicionalmente: Sentencias SU-129 de 2021, T-219 de 2021 y SU-140 de 2019.

⁵ Sentencia Su-440 de 2021.

Constitución negar el reconocimiento de una pensión para quien reúne los requisitos para acceder a ella, invocando el costo o impacto económico que tendría el pago de la mesada.⁶

44. *En conclusión, el principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones supone un equilibrio entre los recursos que ingresan a ese sistema y los destinados a pagar tales prestaciones. También implica la observancia de las reglas enumeradas en el artículo 48 de la Carta Política. Sin perjuicio de su importancia, se trata de un criterio subordinado a la materialización de los principios constitucionales, pues su aplicación no puede impedir el reconocimiento de una prestación, para quien acredite legítimamente todos los requisitos que la Ley prevé para obtener una pensión. Negrillas intencionales.*

Luego, el profesional ni sustenta ni demuestra el quebranto de la sostenibilidad financiera bajo ninguna de las **dos perspectivas**, pues parte de eventos hipotéticos, máxime si se tiene en cuenta que el RPMPD tiene unas reglas de sostenimiento económico completamente diferentes a las del RAIS, y aunque es factible que los jueces se aparten del precedente vertical, para ello se requiere esgrimir una argumentación suficiente, tal como lo explicó la jurisprudencia especializada en sentencia SL440-2021, reiterada en la SL4322-2022:

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

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

⁶ Ibidem.

más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015). Negrillas fuera del texto original.

Sin que en este caso se esté ante ninguna de las hipótesis planteadas y menos la **iv) que es la citada por el recurrente**, pues proceder como lo pide no permitiría «**un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales**», al contrario, las restringiría en desmedro de los afiliados, que verían imposibilitada la declaratoria de vinculación al régimen pensional al cual creen válidamente tener derecho.

Costas en esta instancia a cargo de las entidades recurrentes, **Colpensiones** y **AFP Porvenir S.A.**, a quienes se desatan adversamente los recursos interpuestos. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.160.000,00 para cada una y en favor de la parte actora.**

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 **Rigoberto de Jesús Arroyave González**, contra las **AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones**, así:

Revoca el numeral **tercero**, en cuanto ordenó a **Porvenir S.A.** restituir a **Colpensiones** el valor del bono pensional, pues en el evento de haberse redimido lo procedente es su **anulación**. **Revoca el numeral cuarto**, para **excluir de las restituciones impuestas a Protección S.A.** lo correspondiente a sumas adicionales de la aseguradora y

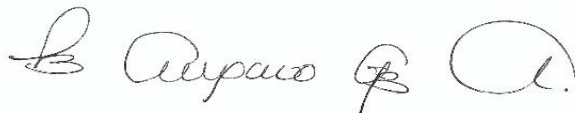
reaseguradora, que solo operan para los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

En lo demás confirma.

Costas en esta instancia a cargo de las entidades recurrentes, **Colpensiones** y **AFP Porvenir S.A.**, a quienes se desatan adversamente los recursos interpuestos. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.160.000,00 para cada una y en favor de la parte actora.**

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



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES