

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**SALA CUARTA DE DECISION LABORAL**

<b>PROCESO</b>	Ordinario
<b>DEMANDANTE</b>	Gonzalo Escudero Escudero
<b>DEMANDADO</b>	AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y COLPENSIONES
<b>PROCEDENCIA</b>	Juzgado 018 Laboral del Cto. de Medellín
<b>RADICADO</b>	05001 3105 <b>018 2019 00355</b> 01
<b>INSTANCIA</b>	SEGUNDA
<b>PROVIDENCIA</b>	SENTENCIA Nro.84 de 2023
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	Ineficacia de traslado afiliado
<b>DECISIÓN</b>	Modifica y confirma

En la fecha, **diecisiete (17) de mayo 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 la apoderada judicial de la **AFP Porvenir S.A.** y grado jurisdiccional de consulta para **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **José Gonzalo Escudero Escudero**, en el que también se demandó a **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**. Radicado único nacional 05001 3105 **018 2019 00355** 01.

**Auto**

En la forma y términos del escrito de sustitución, se reconoce personería suficiente a la abogada **Adriana del Rosario Ocampo Maya**, 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 el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **12**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

### **Antecedentes**

Pide el demandante se declare la nulidad de su traslado al RAIS, por omisión al deber de información señalado en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, y como consecuencia, quede valida y sin solución de continuidad su vinculación al RPMPD hoy administrado por Colpensiones, y se ordene a Colfondos S.A. devolver todos los aportes efectuados, con los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración. Ruega también condena en costas.

En sustento de ello afirma que, **nació el 12 de marzo de 1958**, inició cotizaciones al RPM en febrero de 1984, en enero de 1998 se trasladó a Porvenir S.A., entidad que no fue clara y precisa *frente a la información del estado final de su pensión*, violentándose tal deber y los principios de buena fe y transparencia, pues una buena asesoría le hubiere permitido evidenciar que le era más beneficioso permanecer en el régimen público. Insiste en que *no le se explicó de manera clara y precisa, los riesgos y beneficios que corría al estar afiliado al RAIS* frente al RMP, incumpléndose por porvenir las obligaciones y responsabilidades contenidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994. Que en respuesta a petición que realizara la AFP, en comunicación el 17 de diciembre de 2018, se le

indicó que los asesores son capacitados para brindar información clara y confiable pero no se cuenta con soporte físico de la asesoría ya que se le realizó de manera verbal. El 09 de febrero de 2019 recibió respuesta de Colfondos S.A., manifestándosele la imposibilidad de autorizar el traslado a Colpensiones por no cumplir los requisitos del Decreto 3800 de 2003 y sentencia SU 062 de 2010, y adicionalmente se le expresó que no se cuenta con soporte de asesoría porque las mismas fueron verbales. Que formuló reclamación administrativa a Colpensiones, recibiendo respuesta el 17 de diciembre de 2018, negándosele el retorno en razón a su edad. Puntualiza que el daño que va a sufrir se ve reflejado en el monto de su mesada, pues en el RAIS sería de \$1.306.229 y en el RPM de \$3.478.114,00.

Subsanados los defectos advertidos por el juzgado de conocimiento, en auto del **28 de agosto de 2019**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción, enteradas de su existencia, las entidades vinculadas por pasiva, dentro del término para ello allegaron escritos de contestación, así:

**Colpensiones**, de los hechos tiene como ciertos: la fecha de nacimiento del demandante, la fecha de afiliación al RPM, la solicitud de retorno al régimen público, la respuesta negativa y con ello el agotamiento de la reclamación administrativa. Los demás supuestos no le constan o no son hechos. **Resistió** las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación de aceptar el traslado, imposibilidad de cumplir con lo pretendido, buena fe de la entidad, afectación de la sostenibilidad financiera del RPM, inconformidad con el eventual monto pensional no constituye causal de ineficacia del traslado, incumplimiento de las obligaciones del demandante en calidad de consumidor financiero, prescripción, compensación e imposibilidad de condena en costas.

**AFP Porvenir S.A.**, frente a los hechos manifiesta que no son ciertos o no le constan. Y para lo que interesa al debate explica, la edad por ser asunto personalísimo que se debe acreditar con registro civil; la vinculación al RPM por ser una entidad diferente a esa administradora. Sobre la incorporación del señor Escudero a esa sociedad, dice que se realizó *de forma libre y voluntaria el 23 de junio de 1995, puesto que recibió asesoría por parte de mi representada de manera verbal, donde se le brindo información clara, suficiente y veraz acorde a la información suministrada por la accionante y en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha de traslado.* agrega que los asesores de Porvenir S.A, *informan cada una de las características que trata el RAIS, suministrándole para ello una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz,,* y el afiliado elige vincularse o no, en forma libre y voluntaria. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Con ocasión de la solicitud de la apoderada del demandante, en la que manifestó que este se encuentra afiliado a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías desde el año 2011, en auto del 04 de marzo de 2021, se dispuso la integración por pasiva de esa sociedad, y debidamente notificada, dentro de la oportunidad de ley, allego pronunciamiento, teniendo como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, la respuesta y que emitiera el 09 de enero de 2019, atendiendo solicitud de información del afiliado, los demás no son ciertos o no le constan, expresando que al señor Escudero se le brindó información suficiente y veraz, sin omitir la verdad, explicándosele que el valor real de la pensión sería determinado cuando cumpliera los requisitos para ello, y las variables que inciden en su cálculo, que se le *entregó información objetiva ... sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre*

*ellos cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía al igual que información sobre las características, ventajas, desventajas el RAIS, decidiendo de manera libre su cambio, sin que se le haya omitido dato alguno, pues recibió asesoría integra y transparente. **Se opuso** a las pretensiones declarativas y de condena y formuló **las excepciones** de: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez y ratificación de la afiliación al RAIS, prescripción, compensación y pago.*

La primera instancia terminó con sentencia proferida el 28 de marzo del año en curso por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito, declarando la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, AFP Porvenir S.A. y posterior movilidad entre administradoras; ordenó a **Colfondos S.A., efectuar el traslado inmediato a Colpensiones**, *de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, con los rendimientos que se hubieren causado, **las cuotas de administración debidamente indexadas, primas de reaseguros Fogafín** y las primas de los seguros de invalidez y sobreviviente, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos y por el tiempo en que el demandante realizó sus aportes al RAIS, al momento de cumplirse tal orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ciclos, IBC, aportes demás información relevante. Ordenó a **Porvenir S.A.,** restituir a Colpensiones *el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, 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, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada administradora, también con la relación discriminada de los rubros a devolver. Condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación, recibir las sumas que le transfieran las AFP y continuar como administradora**

pensional de los aportes del señor Escudero Escudero. Declaró infundada la excepción de prescripción, las demás implícitamente resueltas de manera negativa. Impuso condena en cosas a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., fijando el monto de las agencias en derecho y dispuso el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones.

La juzgadora, luego de citar algunas normas relativas al deber de información y precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que con la prueba allegada no quedó acreditado por parte de las AFP la información completa, veraz, suficiente, y clara, que le permitiera al demandante tomar una decisión ilustrada al momento de la movilidad entre regímenes y luego entre administradoras, por lo que declaró la ineficacia de tales actos.

Inconforme con ello, **interpuso recurso de apelación la apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A.**, para solicitar su revocatoria, en tanto la afiliación inicial y horizontal del demandante fueron validas, toda vez que estuvieron precedidas de asesoría clara veraz y oportuna, con información necesaria, sin que se den los supuestos para la ineficacia, pues se evidencia que durante el tiempo de vinculación tuvo posibilidad de conocer las características y condiciones del RAIS, y si bien existe línea jurisprudencial sobre el tema, la misma es aplicable de manera diferencial, ya que los deberes exigidos fueron impuestos con posterioridad, por lo que las condenas desconocen principio de retroactividad y seguridad jurídica, pues para la data de afiliación no existía obligación de informar por escrito los beneficios que los regímenes ofrecían, ni el monto de las pensiones; tampoco se podía exigir el deber de asesoría y buen consejo para desincentivar la afiliación de usuarios, ya que estas cargas fueron impuestas con el Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que las

consideraciones que respecto a este punto realiza la a quo no deben ser procedentes, la única motivación de la declaración de la ineficacia se deriva en el monto de la mesada, factor que por sí solo no es suficiente para dar probada falta al deber de información, y tampoco puede ser considerado elemento que vicia la voluntad del actor, en tanto las prestaciones de cada régimen se financian de manera sustancialmente diferente.

Por otra parte, las sumas correspondientes a gastos de administración tienen por mandato legal destinación específica, art. 20 Ley 100, luego no deben ser trasladados, porque la AFP cumplió con la finalidad de proporcionarle al afiliado - egresado, aseguramiento en los riesgos de invalidez y muerte, y debida inversión, indicándose por la Superfinanciera que se deben respetar las restituciones mutuas, luego no procede el reintegro de las primas de seguros y porcentajes por administración, utilizados estos últimos para generar rendimientos en la cuenta del afiliado, luego, conforme al art. 1746 del C.C. se debe autorizar el descuento de las restituciones mutuas a que se ha dado lugar, independiente del motivo que conlleva la ineficacia, por lo que la condena a devolver conjuntamente rendimientos y gastos no resulta coherente, ya que se da la ineficacia en un sentido y en otro no, al ser la consecuencia jurídica de esta figura que el negocio no existió, luego los frutos por administración tampoco se generaron, además al ser los rendimientos privativos del RAIS pondrían al afiliado en condiciones diferentes al RPM, precisando que los aportes ya fueron entregados a COLFONDOS S.A.. Pide también revocar la indexación porque el detrimento de los aportes que se busca restablecer se resarciría con los rendimientos, luego sería una condena doble y enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Frente a la condena en costas, también debe recovarse, pues la AFP siempre obró conforme a la buena fe, por lo que resulta improcedente ante ausencia de mala fe.

De la oportunidad para presentar alegatos hizo uso **la apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A.**, reiterando y ampliando los argumentos expuestos al sustentar la alzada, pues a su juicio no se satisfacen los supuestos facticos y jurídicos para la declaratoria de ineficacia dispuesta por la primera instancia; tampoco hay lugar al reintegro de los porcentajes aplicados a gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima, pues los mismos cumplieron con el objeto al que están destinados; ni hay lugar a condena en costas a la AFP por actuar de buena fe y en observancia de las disposiciones legales vigentes para la época en que se dio la movilidad entre regímenes.

La **apoderada judicial de Colpensiones**, ruega revocar la sentencia por ser improcedente la movilidad entre regímenes, al estar el demandante dentro de la restricción de 10 años por edad, conforme al artículo 2º Ley 797 de 2003, además porque la situación fáctica y jurídica es totalmente ajena a esa entidad. En caso de confirmarse solicita mantener la devolución de cuotas de administración, adicionando la indexación, citando como sustento sentencia SL1689-2019.

En orden a decidir, basten las siguientes:

### **Consideraciones:**

De acuerdo con el recuento realizado, los argumentos de la apelación y el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **el problema**



**jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si hay lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS a través de **Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A. el 08 de agosto de 1996, con posterior movilidad a Porvenir S.A. el 05 de noviembre de 1997 y luego a Colfondos S.A. el 26 de diciembre de 2000,** 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. Se analizará también la condena en costas cuestionada por 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 los formularios de vinculación y movilidad entre administradoras 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,** y 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,** supuestos bajo los que no es posible inferir 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 poder de la AFP, 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 obligación<sup>1</sup> (CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL4806-2020).*

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

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

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

Y tampoco se puede afirmar que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa y una vez promulgada debe ser conocida, pues se está ante un tema de carácter técnico, en que cada precepto normativo tiene reglamentación y desarrollo jurisprudencial concreto, debiendo analizarse la **situación particular y específica de cada afiliado**, explicándose por la jurisprudencia especializada que los servicios a cargo de las AFP:

- *i) están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*

---

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

- *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).*

Y la consecuencia de la inobservancia de tal deber, **la ineficacia del acto de traslado de régimen y de movilidad entre administradoras, 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 **Colfondos 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.

Y en cuanto a los aportes al FOGAFIN, el artículo 163 de la Ley 1450 de 2011, estableció: *"Elimínese la garantía de FOGAFÍN a las Administradoras de Cesantías y a las de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la obligación a las Aseguradoras de inscribirse en el Fogafín. Las reservas existentes se trasladarán al Tesoro Nacional dada la condición de garante que tiene la Nación en ambos sistemas"*, luego, no es **Colpensiones** la destinataria de este rubro, por lo que se modifica la decisión en el numeral segundo para excluirlo de las restituciones. **Modificándose este aspecto.**

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, 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 Porvenir S.A..

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, **modifica** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **José Gonzalo Escudero Escudero**, contra las **AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Colpensiones**, para excluir de la orden de restituciones los aportes al Fogafín. **En lo demás confirma.**

Costas en esta instancia a cargo de **Porvenir S.A.**, a quien se decide adversamente la apelación. Las agencias en derecho a favor de la parte actora se fijan en la suma de **\$1.160.000,00.**

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.

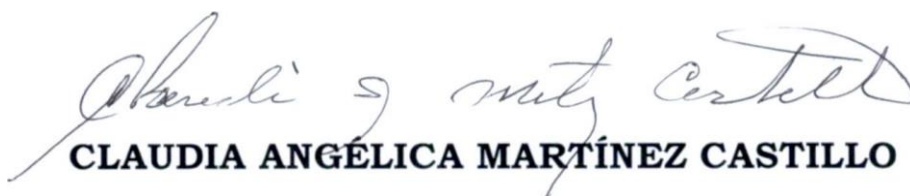
Las magistradas (firmas escaneadas)



**LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL**



**MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**



**CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO**