

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA CUARTA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Diana Patricia Cardona Penagos
DEMANDADO	Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 003 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 003 2019 00695 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 214 de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado afiliada
DECISIÓN	Revoca, modifica y confirma

Hoy, **ocho (08) de noviembre 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, Luz Patricia Quintero Calle, y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a desatar los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las **AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, al igual que grado jurisdiccional de consulta para **Colpensiones**, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Diana Patricia Cardona Penagos**. Código de radicado único nacional 05001 3105 **003 2019 00695** 01.

Auto

En los términos de la documentación allegada a esta instancia se reconoce personería suficiente a la abogada **María Camila Castillo Puentes**, para asumir la defensa de **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**.

Sentencia

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°. **26**, que se plasma a continuación:

Antecedentes

Ruega la demandante la declaratoria de nulidad del traslado al RAIS a través de Porvenir S.A., y se le tenga siempre inmersa en el RPMPD administrado por Colpensiones, ordenando a la AFP devolver la totalidad de los aportes realizados, sin cobro por cuota de administración, incluyendo rendimientos; Colpensiones debe reactivar la vinculación al régimen de prima media. Solicita también condena en costas.

En sustento de ello afirma que, **nació el 12 de julio de 1963**, contando para la fecha de presentación de la demanda con 56 años. En 1985 inició cotizaciones al ISS hoy Colpensiones y en junio de 1995 se trasladó al RAIS, Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A.. Al momento de la movilidad no se le brindó información real sobre la proyección estimada de mesada, ni se le instruyó que le resultaba mas beneficioso el RPM, tampoco se le dio a conocer la incidencia de la rentabilidad y fluctuaciones del mercado. No se le explicaron de manera clara y precisa los riesgos y beneficios que corría en el fondo privado frente al régimen público, incurriéndose así en omisión a la debida información, de acuerdo con la normativa reguladora de la mismo. Antes de los 10 años no se le reasesoró sobre la conveniencia de permanencia en la AFP. El 11 de octubre de 2019 presentó reclamación administrativa a Colpensiones, con respuesta negativa. Precisa que el daño generado por la movilidad desinformada se

ve reflejado en el monto de la mesada, toda vez que sería superior en prima media.

Subsanados los defectos advertidos por el Juzgado de conocimiento, en auto del **18 de noviembre de 2019**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción, enteradas de tal actuación se recibió contestación de la **AFP Porvenir S.A.**, manifestando frente a los hechos que no son ciertos, no le constan o se atiene a lo que se pruebe. Explica que el traslado del RPM al RAIS se dio con Colpatria hoy Porvenir S.A., en el año 1995, producto de una decisión libre e informada, después de ser ampliamente asesorada la actora sobre las implicaciones y el funcionamiento del RAIS. **Resistió las pretensiones** y propuso las **excepciones** de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Colpensiones, acepta la fecha de nacimiento, la afiliación al RPM, el traslado al RAIS – Porvenir S.A., su calidad de servidora pública, y la solicitud de retorno al régimen público, con respuesta negativa por estar a menos de 10 años de la edad para pensión. Los demás supuestos no son hechos sobre los que deba pronunciarse. **Resistió** las pretensiones y formuló **las excepciones** de: falta de causa para demandar, buena fe, imposibilidad de condena en costas, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, y la innominada.

El 22 de noviembre de 2021, con fundamento en registro SIAFP allegado por Porvenir S.A., se ordenó integrar por pasiva a **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, quien debidamente enterada de ello allegó pronunciamiento, indicando frente a los hechos que no le constan. Se **opuso** a las pretensiones y propuso 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 culminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Tercero laboral del Circuito, el 11 de septiembre del año en curso, así:

PRIMERO: DECLARAR que las AFPs COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. no demostraron haber cumplido con su obligación de diligencia debida de buen consejo que debió ser desplegada en favor de la señora DIANA PATRICIA CARDONA PENAGOS, c.c nro. 39.405.086, cuando esta se trasladó del Seguro Social al RAIS.

SEGUNDO: DECLARAR que COLFONDOS S.A. y PORVENIR causaron menoscabo a la seguridad social en pensiones de la demandante DIANA PATRICIA CARDONA PENAGOS, tal como se explicó en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR la responsabilidad constitucional y profesional de la AFP PORVENIR S.A y de COLFONDOS S.A en el menoscabo a la seguridad social en pensiones de la demandante DIANA PATRICIA CARDONA PENAGOS.

CUARTO: DECLARAR la inaplicación constitucional (inciso 5º art. 53 C.P. y art. 272 Ley 100/93), de la pérdida del RPMPD acaecido a la señora DIANA PATRICIA CARDONA PENAGOS cuando esta se trasladó del RPM al RAIS y en su lugar declarar, que esta, DIANA PATRICIA CARDONA PENAGOS sigue inmersa en el RPMPD, pero a cargo de la AFP PORVENIR S.A

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones, por ser esta, Colpensiones, un tercero en el acto jurídico de traslado.

SEXTO: Consecuencial a las anteriores declaraciones, ORDENAR a la PORVENIR S.A., a que dentro del mes siguiente a la fecha en que el demandante, DIANA PATRICIA CARDONA PENAGOS, lo solicite por escrito le reconozca, liquide y pague pensión de vejez bajo el RPMPD. La demandante, DIANA PATRICIA CARDONA PENAGOS, dentro del escrito en que solicite pensión de vejez debe incluir certificado de retiro laboral, por ser servidora pública.

SEPTIMO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a que, dentro del mes siguiente a la fecha en que reconozca, liquide y pague la pensión de vejez bajo el RPM a la demandante, solicite por escrito a COLPENSIONES elaboración de cálculo actuarial pensional con miras a subrogación pensional. Aquí mismo se ORDENA a COLPENSIONES, que dentro de los (dos meses) siguientes a la fecha en que lo solicite por escrito PORVENIR S.A., elabore dicho cálculo actuarial pensional y dentro de ese mismo lapso dos meses, lo presente a PORVENIR S.A.. Así mismo, aquí se ordena a PORVENIR S.A. que dentro del mes siguiente a la fecha en que le sea presentado el cálculo actuarial pensional por COLPENSIONES, pague real y efectivamente dicho valor a esta entidad (COLPENSIONES).

OCTAVO: ORDENAR a AFP PORVENIR S.A. que hasta tanto no pague real y efectivamente el valor del cálculo actuarial pensional a COLPENSIONES, sigue obligado a pagar la pensión de vejez bajo el RPMPD a la demandante DIANA PATRICIA CARDONA PENAGOS. COLPENSIONES subrogará en su obligación a PORVENIR S.A. desde el momento y hora en pague real y efectivamente el cálculo a Colpensiones.

NOVENO: AUTORIZAR a la AFP PORVENIR S.A. a ENJUGAR parte del valor del cálculo actuarial pensional que aquí se le ordena pagar a COPENSIONES, tomando para sí, para PORVENIR S.A., los ahorros pensionales del demandante, rendimientos financieros, bono pensional y cualquier otra suma de dinero que llegue al haber de la cuenta de ahorros de este.

DECIMO: AUTORIZAR a la AFP PORVENIR S.A., a recobrar por escrito de COLFONDOS S.A. el 9% del valor del cálculo actuarial pensional, cifra derivada tal como se explicó en la parte motiva de esta sentencia. Aquí mismo se ordena a COLFONDOS S.A. a que dentro del mes siguiente a la fecha en que lo presente por escrito PORVENIR S.A. pague el 9% del valor del cálculo actuarial pensional a esta entidad, PORVENIR S.A..

DÉCIMO PRIMERO: No prosperan las excepciones propuestas por las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., tal como fuera explicado en la parte motiva de esta sentencia, si prospera la excepción de COLPENSIONES de ser un tercero en el acto jurídico de traslado y por tanto de intransmisibilidad de la responsabilidad de la AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a dicha entidad, COLPENSIONES.

DÉCIMO SEGUNDO: COSTAS PROCESALES a cargo de AFP PORVENIR S.A. Agencias en derecho en la suma de \$4.640.000,00.en favor de la demandante. Se autoriza a PORVENIR S.A. para que dentro del mes siguiente a cuando pague real y efectivamente pague las costas procesales recobre el 9% de las costas procesales a COLFONDOS S.A. y se ordena a COLFONDOS que dentro del mes siguiente a la fecha de recobro efectué el pago real y efectivo del 9% a PORVENIR S.A.

Por vulnerar principios de orden constitucional como el de sostenibilidad financiera, además del enriquecimiento sin causa, el de que nadie puede ser beneficiado con su propia negligencia o culpa, y que las consecuencias lesivas de un acto recaen en quienes participan de él, el fallador, en los términos del artículo 7º del CGP, se apartó de la doctrina probable contenida en línea reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y aunque declaró el incumplimiento de la obligación de diligencia debida, buen consejo y no dársele por las AFP información clara, veraz y oportuna a la demandante al momento del traslado y durante

su permanencia en el RAIS, acudió a la **inaplicación constitucional de la pérdida de los beneficios del RPMD**, continuando la parte actora con estos, pero a cargo de las AFP, con las ordenes ya indicadas

Frente a tal decisión se manifestó inconformidad, **mediante apelación**, así:

Porvenir S.A. en forma total, porque no guarda relación con lo peticionado en la demanda, pues se solicitó la nulidad del traslado al RAIS y se le tuviera vinculada a Colpensiones, con la devolución de dineros a este fondo para que hiciera el reconocimiento de pensión, pero el juzgado se aleja de estas súplicas. Se debate si se brindó información al momento del cambio de régimen y si por Porvenir cumplió con este derecho, pero no se hizo pronunciamiento al respecto y se declaró una aparente responsabilidad o menoscabo en el derecho pensional, sin que la AFP haya limitado la selección de régimen, ni la actora hiciera uso del retorno en el término de ley, y sin que se le pueda endilgar menoscabo en la mesada. **Reitera** que el despacho excede las facultades ultra y extra petita al alejarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en precedente decantado en casos similares, pues no es posible tener un afiliado en el RAIS bajo las condiciones del RPM, y menos reconocimiento pensional en los términos ordenados cuando no ha cumplido con los requisitos requeridos. Pide revocar en su totalidad el fallo y absolver de todas las pretensiones, sin tener en cuenta el proveído de primer grado y si prosperan, no ordenar la devolución de los gastos de administración porque se afectarían derechos de terceros como las aseguradoras, al no haberse acreditado mala fe en la afiliación de la actora.

Colfondos S.A. también solicita la revocatoria total, pues el fallo se aparta de las circunstancias fácticas y de lo solicitado, esto es ineficacia de la

afiliación de manera simple y llana, como lo ha analizado la Corte Suprema de Justicia, lee cada una de las súplicas y agrega que el fallo es contrario al principio de congruencia al no atenderse lo pedido. En la fijación del litigio quedó delimitado el estudio de inaplicación constitucional, teniendo la facultad extra petita control, tal como se explica en fallo de esta Corporación del que cita radicación, luego el principio de contradicción no se llevó a cabo, pues se pide ineficacia y se condenó a las AFP al pago de unos perjuicios, sin advertir que los regímenes pensionales son diferentes. Trae a cita la sentencia C 662 de 1998, que ilustra las condiciones de los fallos ultra petita, esto es que los hechos se hayan debatido, lo que no ocurrió frente a los perjuicios, y menos lo atinente a la realización de cálculos actuariales y conmutación pensional; y que tales hechos estén probados, sin demostrarse perjuicio, pues el debate giró en torno a la ineficacia de la afiliación, circunstancias de tiempo, modo y lugar del cambio de régimen. Cuando se habla de perjuicios debe evidenciarse su ocurrencia y en las pretensiones no se incluyeron, el fondo no ejerció sus derechos de defensa y contradicción. Insiste en revocar y estudiar lo pedido. En caso de fallo desfavorable a sus intereses, ruega no condenar a la restitución de emolumentos por gastos de administración y seguros previsionales, pues de estos se benefició la actora y se generaría un enriquecimiento sin causa.

De la etapa de alegaciones hicieron uso los apoderados de:

Porvenir S.A., reiterando que no se dan los supuestos para declarar la ineficacia de la movilidad entre regímenes, pues como administradora cumplió con la información exigida, puso en conocimiento del afiliado su derecho de retracto, respetó la libre escogencia, demostró la ilustración brindada con la documental en su poder, sin que se puedan imponer cargas inexistentes. Pide hacer el análisis probatorio en el caso particular y

entender las diferencias entre nulidad e ineficacia. Seguidamente efectúa consideraciones en torno al precedente especializado, a la buena o mala fe en las restituciones mutuas y a la improcedencia de la indexación de las condenas, concluyendo con la solicitud de revocatoria del fallo.

Colpensiones, pide mantener la absolución y en el evento de acogerse las pretensiones, disponer la restitución completa de conceptos conforme lo explica la Sala de Casación Laboral, citando algunas radicaciones.

Colfondos S.A., hace referencia a la inexistencia de la ineficacia al no alegarse y menos probarse los supuestos del artículo 1741 del Código Civil, advirtiéndole que garantizó los derechos de retracto y libre escogencia de régimen a la actora, y allegó prueba de la debida información, sin que se le puedan imponer cargas inexistentes, correspondiéndole a esta instancia un análisis crítico y en conjunto de las pruebas en cada caso, diferenciando los conceptos de ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y sus efectos. Si se acogieran las pretensiones no hay lugar a devolver cuotas de administración, seguros previsionales, y tampoco a su indexación. Ruega revocar la decisión atacada e impartir absolución en su favor.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Como hechos debidamente acreditados en los autos se tienen: la fecha de nacimiento de la actora, **12 de julio de 1963**; su afiliación al sistema pensional RPMPD, efectuando aportes por un total de **103,57 semanas**, entre el 16 de octubre de 1985 y el 29 de febrero de 1988; según certificado SIAFP ASOFONDOS, el 1º de julio de 1995 se trasladó a Colfondos S.A.; con cambio de administradora a Porvenir S.A. el 25 de

febrero de 1998; posterior movilidad a Horizonte S.A. el 29 de junio de 2000, y por fusión por absorción retornó a Porvenir S.A. a partir del 1º de enero de 2014. En historia laboral generada el 12 de diciembre de 2017, adjunta al escrito de demanda, registra un total de **1.214 semanas en toda la vida laboral**, computando 103 a Colpensiones antes ISS y 1.111 al RAIS. En diligencia de declaración de parte, la representante legal de Porvenir S.A., expresó, luego de consultar la correspondiente documentación, que la señora **Cardona Penagos** registraba **1.592 semanas, aportadas hasta el ciclo julio de 2023, siendo el último IBC de \$2.407.458,00.** Y en similar diligencia la reclamante adujo ser técnica auxiliar contable, vinculada al Municipio de Apartadó como auxiliar administrativa desde hace 29 o 30 años, continuando activa en su labor y realizando aportes a pensión a Porvenir S.A.

Teniendo en cuenta los argumentos de los recursos interpuestos, lo planteado en el escrito de demanda, lo debatido en el trámite procesal y el grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, **el problema jurídico** en esta instancia se circunscribe a establecer, si en el caso se cumplen los presupuestos de ley y las subreglas de la jurisprudencia especializada, para la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional **efectuado** por la demandante y su posterior movilidad entre administradoras del RAIS, y consecuente con ello, disponer su inmersión automática en el RPMPD administrado por Colpensiones; en caso afirmativo, se definirá lo relativo a las restituciones económicas y al otorgamiento del derecho pensional estudiado oficiosamente por el a quo.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014, providencia SL12136, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es

la **ineficacia** o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, y Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o buen consejo, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría, desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, **y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre AFP, o por los actos de relacionamiento**, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las AFP la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021, SL145-2021, SL1055-2022, 1651-2022, 1729-2022, 2173-2022, SL4322-2022 y SL1084-2023), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL,

18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad. 58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Ni es posible aplicar el aforismo de conocimiento de la ley, o hacer recaer en la afiliada la obligación de instruirse, así se explica, entre otras en sentencia SL1197-2021:

*Así lo es, pues **en su disertación llega al punto de postular que era la accionante la que debía tener conocimiento de aquellos presupuestos**, contrario a ello, debió el Colegiado considerar que el deber de información debió ser veraz, oportuno e insoslayable en este campo de la seguridad social. **Las AFP tienen la imperativa obligación de brindar una asesoría suficiente, y por ello, si el afiliado alega que no fue así, como aquí ocurrió, el Tribunal debía entonces contraer su atención en elucidar si ese deber se satisfizo o no, con pruebas que lo demuestren de forma contundente, más aún, si aquella está, tal y como se indicó en el precedente transcrito, en mejor posición que los afiliados, para demostrar esas circunstancias.***
Negritas extra texto.

Y en lo atinente al tema de las proyecciones pensionales, en sentencia SL4322-2022, se expone que no es viable afirmar,

*... que para la época en que el demandante se trasladó, la selección del régimen pensional no tenía relación con el monto de la pensión, **pues lo que se espera al momento del traslado no es precisamente que se le informe el valor futuro de la prestación, sino que se le explique que aquella depende del capital acumulado en la cuenta individual**, por lo que, las AFP como expertas en el aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cuentan con los soportes técnicos, estadísticos y actuariales para realizar proyecciones del capital que en el tiempo puede acumular el afiliado para acceder a su derecho pensional, teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada uno al momento del traslado, como la edad, sexo, nivel de ingreso, persistencia en la cotización, etc; información con que cuenta la AFP por encontrarse registrada en el formulario de afiliación y en la historia laboral del afiliado.*

*Así mismo, advierte el juzgador de alzada que la solicitud del demandante de retornar a Colpensiones no se realizó dentro de los plazos previstos, según las sentencias de la Corte Constitucional que citó en la providencia; **sin embargo, resultaría ser un desaguizado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante***

para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., con lo cual, se desdibujaría por parte del Colegiado de instancia el pedimento efectuado desde el escrito inaugural (CSJ SL1475-2021). Negrillas intencionales.

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

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

*89. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha derivado este principio del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha indicado que **las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar asesoría seria y concreta, conforme con un análisis o estudio previo de la posición, la condición y la situación fáctica del afiliado**. Esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema pensional a adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional⁴, así como las ventajas y desventajas de la elección⁵.*

90. El principio de información se concreta, a su vez, en las siguientes obligaciones⁶: a) se debe suministrar información y asesoría a través de un lenguaje claro, simple y comprensible, y; b) debe darse a conocer toda la verdad objetiva –y comparada– de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro. Negrillas y subrayas intencionales.

Brillando por su ausencia prueba de la **asesoría** que se afirma por las AFP se le brindó a la parte actora al momento de su traslado de régimen y movilidad entre administradoras, al punto que al dar respuesta a los hechos se

¹ C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

² C. Sup. Jus., SL 1688-2019, p. 16.

³ C. Sup. Jus., SL 19447-2019, p. 18.

⁴ C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

⁵ C. Sup. Jus., SL 1688-2019.

⁶ C. Sup. Jus., SL 2817-2019, p. 17.

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

manifiesta por **Colfondos S.A. y por Porvenir S.A.**, no constarle la fecha de nacimiento y tampoco la vinculación al RPM, ni los aportes realizados a otra administradora, sin consultar siquiera la documentación arrimada con el escrito de demanda; y tampoco se evidencia el acompañamiento durante su permanencia en el RAIS, pues como se expone por la línea mayoritaria de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema y por la Corte Constitucional, la información está a cargo de los fondo de pensiones, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, y no del afiliado por cuanto:

i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional; ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»; iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»; iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones». De ahí que, como se dijo, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la AFP demandada debía «[...] proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», dando a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», siendo también de la administradora la carga probatoria sobre el particular, en los términos de los artículos 1604 del Código Civil y 167 del C. G. del P., este último en concordancia con la sentencia C – 086 de 2016, que en el acápite 7.4 prevé:

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

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

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

Estando definido por la Sala de Casación Laboral, que la ineficacia del acto de afiliación o traslado se caracteriza porque desde su nacimiento carece de efectos jurídicos, siendo las consecuencias idénticas a las de la nulidad, sentencia SL1688-2019, esto es, vuelta de las cosas al estado anterior, agregando que:

... los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).

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

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

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

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

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

Declarándose exequible el inciso segundo de esta disposición en sentencia C – 621 de 2015, en la que se dice sobre la doctrina dictada por las altas Cortes:

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

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

Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en

la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.

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

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

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

Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria deben seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.

Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.

Luego, existiendo para el caso a estudio línea reiterada y mayoritaria desde el año 2008, acogida por esta Sala como un argumento de autoridad, guardando los asuntos analizados analogía estrecha con el que es objeto de estudio, en aras de la garantía a los derechos a la igualdad y seguridad jurídica, lo procedente ante el incumplimiento de la obligación de diligencia debida y buen consejo, pues como se afirma en el escrito de demanda, se declaró por el a quo, y queda evidenciado en el plenario, las AFP faltaron *a su obligación de dar información veraz, oportuna y suficiente* al momento de tránsito entre regímenes, cambio de administradoras, y durante el lapso en que permaneció la demandante en el RAIS, es la declaratoria de ineficacia de tal acto, tal como expresamente se solicitó, quedando inmersa en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones y no por las AFP como lo definió el a quo bajo la figura de inaplicación por inconstitucionalidad, lo que implica que las cosas se retrotraigan al estado en que se encontraban antes de ocurrir la vinculación a Colfondos S.A. y el tránsito a **Porvenir S.A., sociedad esta que debe devolver a COLPENSIONES la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos generados, incluido el porcentaje descontado por gastos de administración, **lo que comprende tal rubro, al igual que los valores aplicados a seguros previsionales y garantía de pensión mínima**; Colfondos S.A. debe retornar los valores deducidos por gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima, **ambas sociedades por el tiempo de vigencia de la afiliación**, (ver entre otras sentencias SL1688, SL1689 de 2019 y SL2877-2020), últimos tres conceptos que deberán indexarse al momento de la entrega a Colpensiones (**ver sentencias SL3202-2021, SL3706, SL3707, SL3708, SL3710, SL3349-2021, SL4803, SL 4806 de 2021, SL755-2022, SL756-2022, SL1019-2022, SL1055-2022, SL2016-2022, SL4322-2022 y SL 1084-2023****

entre otras), restitución que debe cumplirse dentro de los **30 días** siguientes a la ejecutoria de esta decisión; **COLPENSIONES debe aceptar el retorno de la demandante al RPMPD, recaudar los valores que reintegren las AFP y validar en su historia laboral** las semanas a las que corresponden para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar, en los términos de ley.

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

Las AFP demandadas al momento de cumplir la orden impartida, deberán remitir a Colpensiones relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Es intrascendente que la parte actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo de pensiones, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, cuando debe responder por la permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además que, precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por las AFP sino por COLPENSIONES, precisándose en

sentencia SL 2877 de 2020, que *"la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida..."*.

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o de la afiliada, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre, sin solución de continuidad.

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen, desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma, en concordancia con los artículos 271 y 272 del tal 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 íntegro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse tenido permanencia en este.

Se precisa que si bien es cierto en los fundamentos de la demanda se afirma que una de las razones para promover esta acción es obtener una mejor mesada pensional, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean

reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada. Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016.*

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

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

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

Toda vez que ni en la reclamación administrativa, ni en la demanda se pidió pensión, y la señora Cardona Penagos aún continua laborando y haciendo aportes, deberá esta, una vez consolidada su historia laboral ante el fondo público, proceder al trámite pertinente para obtener la prestación por vejez, y en caso de generarse alguna controversia frente al particular, promover la acción que corresponda ante la justicia contencioso administrativa, en los términos del artículo 104 – 4 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ante el resultado del recurso no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca, modifica y adiciona** la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Diana Patricia Cardona Penagos** contra **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Porvenir S.A. y Colpensiones**, la cual queda en los siguientes términos:

1.- Confirma en cuanto declaró *que las AFPs COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. no demostraron haber cumplido con su obligación de diligencia debida de buen consejo que debió ser desplegada en favor de la señora DIANA PATRICIA CARDONA PENAGOS, c.c Nro. 39.405.086, cuando esta se trasladó del Seguro Social al RAIS, pero como consecuencia de ello, se declara la ineficacia de tal acto y de la movilidad entre administradoras,* en los términos de los artículos 13 literal b), 271, 272 de la Ley 100 de 1993, y subreglas de la jurisprudencia especializada, lo que implica la reactivación automática y sin solución de continuidad de su vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

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

Al momento de cumplir la orden anterior, las AFPs deberán remitir a Colpensiones relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

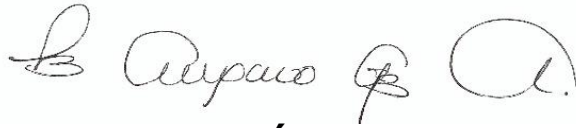
3.- Revoca la decisión revisada en los numerales 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10, quedando sin efecto las órdenes impartidas en cuanto reconocimiento de pensión a cargo de la AFP bajo la regulación del RPMPD, y subrogación pensional mediante pago de cálculo actuarial pensional a Colpensiones, y declara implícitamente resueltas en forma negativa las excepciones propuestas por las entidades accionadas.

4.- Ante el resultado de los recursos, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia. **Se mantienen las de primera.**

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



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Con aclaración de voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado

Aunque acojo la decisión de la Sala, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, razón por la cual había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación (entre muchas, la providencia CSJ STL3201-2020), en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, (que la suscrita integraba) a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga; bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada