

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Olga Patricia Arías Jiménez
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 016 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 <b>016 2020 00074</b> 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 146 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Confirma y adiciona

En la fecha, **catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de **apelación** interpuesto por el apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, y el grado jurisdiccional de consulta para **Colpensiones**, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Olga Patricia Arías Jiménez** Código de radicado único nacional 05001 3105 **016 2020 00074** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del año en curso, procede a emitir sentencia,

según proyecto estudiado, discutido y aprobado en sala virtual, acta Nro. **021**, que se plasma a continuación:

## **Antecedentes**

Las pretensiones de la demandante se orientan a obtener la declaratoria de la ineficacia de la afiliación (o del traslado) a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia, se entienda vinculada, al RPM administrado por Colpensiones, y se condene a la AFP al traslado inmediato al fondo público, del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros, y a Colpensiones a que acepte su reingreso sin solución de continuidad y reciba los aportes que debe devolver Porvenir S.A.. Pide también condena en costas.

En sustento de ello afirma que, **nació el 23 de enero de 1965**, con afiliación inicial en pensiones al ISS, por lo que tuvo expectativa legítima de adquirir la pensión en el RPMPD. **El 26 de enero de 1999**, suscribió formulario de traslado a Porvenir, proveniente del ISS, en atención a la oferta presentada por dicho fondo, sin que se le informara la posibilidad de retracto, ni se le hiciera énfasis en temas técnicos y determinantes en la construcción de la pensión en el RAIS, y tampoco que los rendimientos podrían ser negativos, ni se le ilustrara sobre las consecuencias de la negociación anticipada del bono pensional para lograr pensión de similar naturaleza y que la mesada estaba sujeta a las fluctuaciones y volatilidad del mercado público de valores. No se le dio instrucción de que el cálculo, liquidación y reconocimiento de pensiones podrían estar sujetos a cambios legales y jurisprudenciales. Que solicitó a consultor privado una proyección de pensión, obteniéndose a los 57 años en el RAIS una suma de \$828.116,000 en el RPM \$3.784.089,00, con una diferencia significativa. Pidió a Colpensiones su retronó, lo que le fue denegado.

En auto del **03 de marzo de 2020, se admitió y ordenó** dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación, dentro del término de ley, las accionadas allegaron pronunciamientos, así:

**Colpensiones**, de los hechos, tiene cómo ciertos, la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS el 27 de julio de 1994, acreditando un total de 223 semanas en el RPM, pero con expectativa pensional en el RAIS, pues se encuentra válidamente afiliada a Porvenir S.A.; también son ciertas la diferencia en la proyección de mesadas en los dos regímenes y la solicitud de afiliación al RPM radicada el 09 de octubre de 2019, resuelta en forma negativa, por encontrarse la actora dentro de la restricción de 10 años para la edad para pensión. Los demás supuestos no le constan por no estar relacionados con esa entidad. Manifestó **oposición** a las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de la ineficacia de la afiliación al RAIS, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad y ponderación, equivalencia del ahorro o diferencias pensionales, buena fe de Colpensiones innominada, prescripción y la imposibilidad de condena en costas.

**AFP Porvenir S.A.**, no le consta la fecha de nacimiento de la demandante, debe probarse con documento idóneo; tampoco la afiliación al RPM por darse con un tercero ajeno a esa sociedad como lo es el ISS hoy Colpensiones. Explica que el traslado a esa AFP en el año 199 fue, *producto de una decisión **libre e informada** después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación de fecha 26 de enero de 1999 – 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 elección de la*

*adiestradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A. para que sea la única que administre mis aportes pensionales. También declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos".* Indica que las condones y funcionamiento de cada régimen están reguladas en la ley, y que esa sociedad *nunca omitió ningún detalle de las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, por cuanto se le brindó la asesoría pertinente, para que la decisión de la demandante fuera libre y voluntaria e informada para suscribir el formulario de afiliación a la AFP de mi representada, razón por la cual el traslado se considera válido dentro de los términos establecidos en la ley de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 100 de 1993 en el cual se especifica las características del régimen.* Los demás supuestos no son ciertos, no le constan o no con hechos sino consideraciones cuantitativas que realiza la demandante, insistiendo en que al momento del tránsito entre regímenes *brindó la asesoría pertinente, veraz y oportuna, para que su decisión de suscribir el formulario de vinculación fuera **libre, voluntaria e informada.*** Manifestó oposición a las pretensiones, expuso los hechos, fundamentos y razones de defensa y formuló **las excepciones** de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito, declarándose la ineficacia de la afiliación de la demandante, realizada a Porvenir S.A. el 26 de enero de 1999, y entendiéndose, en consecuencia, para todos los efectos legales que nunca tuvo movilidad entre regímenes, permaneciendo siempre en el de prima media. **Ordenó** a la AFP Porvenir S.A. trasladar a la demandante a Colpensiones, y devolver al RPM administrado por esta entidad *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación ..., incluyendo todo el dinero recibido por la afiliación, las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos de administración, ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto, pues se considera que en ningún momento debió producir ningún efecto jurídico dicho traslado. Esta erogación deberá realizarla con cargo a sus propios recursos, en un término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión.* Ordenó a Colpensiones

reactivar la afiliación de la actora y recibir los dineros que sean trasladados de Porvenir S.A., y la autorizó para ***realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el régimen de ahorro individual, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir a la parte demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo.*** Declaró no probadas las excepciones propuestas por la AFP y se abstuvo de analizar las de Colpensiones, toda vez que esta entidad no participó en el acto jurídico que se deja sin efectos y tampoco le impuso condena en costas, las que quedaron solo a cargo de Porvenir S.A.; fijando el monto de las agencias en derecho. Finalmente dispuso el grado jurisdiccional consulta para Colpensiones.

El juzgador citó como sentencia hito de las cargas procesales en este tipo de asuntos la con radicación **68852**, precisando que la negaciones indefinidas obligan a la AFP a probar lo opuesto, demostrándose con el formulario de afiliación con leyenda pre impresa el consentimiento pero no la información impartida y aunque en el interrogatorio de parte, la afiliada señala el conocimiento de algunos aspectos del RAIS, ello no es suficiente para dar por satisfecha la debida ilustración, pues se está ante un tema especializado, al punto que muchos usuarios adportas de pensionarse no comprenden cómo funciona el sistema, debiéndose entregar, para la validez de la afiliación o el traslado entre regímenes, asesoría veraz y oportuna, lo que no aconteció, por lo que declaró la ineficacia de la vinculación de la demandante al RAIS con las consecuencias y restituciones indicadas.

Inconforme con ello, mediante **recurso de apelación, el apoderado de la AFP Porvenir S.A.**, pide revocar la sentencia, pues no comparte la posición adoptada al declarar la ineficacia de traslado de régimen de la demandante a la AFP, porque del interrogatorio de parte se puede extractar que si se cumplió con la información de las características y particularidades

del régimen sin que esta debiera ser especializada, y por eso se le indicó que las semanas cotizadas al ISS estaban representadas en un bono pensional y la tramitación del mismo, los requisitos para el retorno al RPM, la posibilidad de pensión anticipada, a menor edad, la heredabilidad de los aportes, estando su consentimiento precedido de adecuada información, siendo el traslado válido y eficaz, sin que la parte demandante pueda alegar que desconocía condiciones y requisitos propios del RPM y RAIS, pues es notorio que la Ley 100 de 1993 que reguló el sistema general de seguridad social en pensiones establece condiciones, requisitos y formas de acceso a las prestaciones, por ser un sistema público, siendo obligación de la demandante conocer los términos y condiciones de tal normatividad porque así lo establece el art. 9 del Código Civil, sin que la ignorancia de una ley, después de promulgada, sirva de excusa, y sin que pueda invocar su propia negligencia, cuando el contrato suscrito con la AFP solo se celebra para la administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual, pero las características y regulación no están establecidas por la AFP sino por la ley, sin que se puedan modificar, y a partir de ello, y del conocimiento de la ley, que se debió presumir por el Juzgador que la AFP cumplió con el deber de información.

En caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, solicita **revocar la orden de devolución de comisiones de administración y seguro previsional**, porque estas últimas sumas fueron pagadas a un tercero de buena fe, exento de la relación contractual con la AFP, cumpliendo con la obligación de cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia; y las comisiones de administración son una retribución por la buena gestión de los recursos de la demandante, materializada en los rendimientos abonados en la cuenta de ahorro individual, superiores a los exigidos por la Superintendencia financiera, por lo que devolver tales recursos constituiría un enriquecimiento sin causa, pues Colpensiones nunca administró tales dineros y si la demandante hubiere permanecido en el RPM no se hubieren

generado rendimientos e igualmente, se le hubiere cobrado la comisión del 3% que opera para ambos regímenes, tal como lo regula el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; no existiendo en el ordenamiento jurídico norma que ordene restituir los gastos de administración.

De la oportunidad para presentar **alegaciones** hizo uso el apoderado de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando revocar la decisión de primer grado, para lo que argumenta que en este asunto no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en artículo 1741 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1508 de la misma obra, y si bien el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. del C.C., por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes preceptos para resolver un asunto en concreto; y finalmente el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, sin que **NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARAN NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**, descartándose la existencia de causal de nulidad del acto jurídico, pues la demandante realizó el cambio de régimen de forma libre y voluntaria, recibiendo previamente información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario, cumpliendo la AFP con la carga procesal impuesta, en la medida en que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora ha estado vinculada al RAIS producto de una decisión libre e informada, permitiendo los descuentos con destino al fondo privado, siendo inequívoca su voluntad de permanecer en ese régimen pensional, citando como sustento la sentencia con radicado 47236 del 06 de abril de 2016, sin que sea jurídicamente viable imponerle a la AFP cargas distintas a las previstas en las leyes

existentes al momento en que se dio la afiliación, pues ello constituiría violación al debido proceso y a la confianza legítima, resultando forzoso concluir que la afiliada recibió información suficiente, sin que se preocupara por conocer aspectos para ella relevantes y que ahora echa de menos, pese a contar con distintos canales de atención.

A renglón seguido destaca que no se puede confundir la ineficacia con la nulidad absoluta y en consecuencia, atendiendo las orientaciones del artículo 1746 del Código Civil, no se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a las previstas en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación, debiéndose excluir de las restituciones lo relativo a cuotas de administración, como se explica por la Superintendencia Financiera en concepto del 17 de enero de 2020.

Culmina citando apartes de salvamento de voto del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán a sentencia de tutela 5912, peticionando analizar las circunstancias particulares del trámite, las que a su juicio exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos para la declaratoria de nulidad absoluta y tampoco para la ineficacia, cumpliendo la sociedad con la carga probatoria como lo refleja el formulario de afiliación, documento público que se presume autentico y además no fue tachado ni desconocido en los términos de ley. Pide absolver a la AFP de las pretensiones incoadas en su contra.

**Colpensiones,** indica que en virtud del postulado de sostenibilidad financiera establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, resulta coherente que se ordene a la AFP la devolución de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración, fondo de solidaridad, rendimientos y seguros previsionales, adicional a que así lo ha sostenido la



Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en múltiples sentencias.

En orden a decidir, basten las siguientes,

### **Consideraciones:**

Son hechos debidamente acreditados: la fecha de nacimiento de la demandante, **23 de abril de 1965**, su vinculación al sistema pensional RPMPD, administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones, con empleadores privados, el **27 de julio de 1994**, con aportes hasta el 31 de enero de 1999, para un total de **223 semanas**; trasladándose al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el **26 de enero de 1999**, **marcándose en el formulario la casilla correspondiente a traslado de régimen.**

De acuerdo con el recuento realizado, los argumentos del apelante 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 de la demandante al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, a la activación de la vinculación en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, con las correspondientes restituciones económicas y los conceptos que estas comprenden.

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, dado que el formulario de tránsito entre regímenes se firmó el 26 de enero de 1999**, 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 un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales**, lo que supone el análisis de la situación particular de cada afiliado ante el sistema, resultando extraño **que en el escrito de contestación la AFP manifieste que no le consta la fecha de nacimiento de la demandante, ni su vinculación al RPM, ni el número de semanas cotizadas**, datos estos indispensables no solo para la afiliación, sino para determinar qué implicaciones le traía el traslado entre regímenes, y **que curiosamente aparecen registrados en el pregonado formulario de afiliación que a su juicio contiene la suficiente ilustración**, y también en historia laboral anexa al escrito de demanda, generada por **Porvenir S.A. el 17 de abril de 2019, documento no tachado ni desconocido, conducta que denota el desinterés y desdén total de la administradora por la suerte del derecho pensional de su afiliada, al punto que al sustentar la alzada afirma que el contrato de afiliación solo le impone la obligación de administrar la cuenta de ahorro individual porque las condiciones del régimen están definidas en la ley**, sin que se haya aportado ningún medio de convicción sobre la **información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada, veraz, objetiva y transparente, en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la época, en lo que se insiste a lo largo de los escritos de contestación, en la etapa de alegatos en primera instancia, y al sustentar la alzada, obligación de ilustración que**

deben cumplir las AFP al momento del acto de traslado de régimen y no en forma posterior, sin que haya lugar a saneamiento por reasesoría, pues:

*...la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información. Ver, entre otras, sentencias SL1688-2019 y SL5704-2021.*

A lo que se suma que, **la Sala de Casación Laboral, de manera pacífica y reiterada ha sostenido, que de la firma de los formularios de afiliación, no es posible inferir que la decisión de cambio de régimen pensional fue debidamente informada, pues para ello se requiere que la AFP acredite que efectivamente le brindó una información completa, clara, integral y oportuna acerca de las características, ventajas, desventajas, condiciones económicas y funcionamiento del RAIS, toda vez que tales formatos contienen datos básicos y generales de la afiliada y, aunque traen pre impresa una declaración de voluntad suscrita por la actora, lo cierto es que, por ese solo hecho no es posible inferir que conocía los verdaderos efectos que sobre sus derechos pensionales podía tener su movilidad, lo que además, no puede considerarse satisfecho con una simple expresión genérica; o con el hecho de que la actora no haya demostrado en el transcurso del tiempo inconformidad alguna sobre el cambio en el sistema pensional.** Además, por cuanto conforme al artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado, incumbe a quien debió emplearlo, por lo cual se insiste, no se agota solo con traer a colación los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, ya que ello no se puede satisfacer únicamente con llenar los

espacios vacíos de un documento, sino con la persuasión certera sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendía a las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, (ver sentencia SL843-2022).

Tampoco es posible, estimar improcedente la ineficacia por estar motivado el retorno al régimen público en la diferencia de la mesada, ni entender ratificada la permanencia en el RAIS por el transcurso del tiempo, ni considerar lo manifestado por la demandante en interrogatorio sobre el conocimiento de algunos aspectos del RAIS por la asesoría brindada, argumentos que insistentemente se exponen por los apoderados de Porvenir S.A., y que ya fueron expresamente analizados por la Sala de Casación Laboral en asuntos de similar naturaleza, contra la misma sociedad, a título de ejemplo basta citar lo explicado en sentencia SL1055 de 2022, en la que expresamente se dijo:

***... 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.***

***Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora ... sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.***

***Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó***

***entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.***

***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.***

***Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.***

***Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.***

***Por último, la quinta problemática está planteada desde lo fáctico. El censor controvierte que el Tribunal incurrió en un error manifiesto de hecho al valorar la demanda y su interrogatorio de parte, dado que de estas pruebas se concluía que las AFP demandadas no le entregaron información clara, cierta, comprensible, oportuna y, sobre todo, completa, de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del traslado de régimen pensional, situación que a su juicio se corrobora con los testimonios practicados y los demás elementos de prueba que no fueron valorados.***

***Pues bien, la Sala advierte que para el Tribunal bastó la prueba de que hubo asesoría, simple y llana, esto es, que el actor afirmara en el interrogatorio de parte que recibió información acerca de los beneficios del régimen de ahorro individual, que obtendría «una mesada pensional igual o superior que en prima media con prestación definida y que en caso de que se fueran a retirar antes, les devolverían el capital». Nótese que no se detuvo a verificar si esa información fue adecuada, si más que simplemente ofrecer una eventual mesada pensional superior era más conveniente presentar un marco de los riesgos y ventajas de cada régimen, sus formas y dinámicas de aplicación, condiciones de acceso, las decisiones que a futuro debían tomar para mejorar sus rendimientos y en el marco económico propio del RAIS, en suma, información suficiente, clara y transparente.***

***En el anterior contexto y de acuerdo a la orientación expuesta, el Tribunal cometió efectivamente la transgresión que le endilga la***

***censura, pues la referida desatención le impidió advertir lo evidente, esto es, que los enunciados fácticos antes referidos eran plenamente indicativos de que la administradora de pensiones acudió a argumentos poco objetivos para captar a la afiliación del actor.***

*Y si bien el demandante afirmó que «no leyó el formulario» de afiliación, tal circunstancia, como se indicó, no corrobora que recibió información completa y detallada en los términos descritos, pues se insiste, este documento es insuficiente para acreditar el deber de información.*

***En esa medida, el ad quem se equivocó al atribuirle una confesión al accionante, pues desconoció que esta solo se genera cuando sus dichos le producen consecuencias adversas o que favorecen a la contraparte - artículo 191 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa del 145 del Estatuto Procesal Laboral-, lo cual no ocurrió en este asunto pues, se insiste, el deponente solo indicó que recibió asesoría y no que esta cumplía a plenitud el deber de información legal. De hecho, nótese que el propio Tribunal extrajo que «confesó que (...) realizó traslado entre las AFP pues esperaba obtener mejor asesoría», lo cual reafirma su error fáctico evidente en su valoración.***

Estando la carga de la prueba de la información transparente y suficiente en cabeza de las AFP, porque:

- ***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»,

sin que sea requisito para su cumplimiento que el afiliado goce del beneficio de la transición o tenga un derecho pensional consolidado, y tampoco es posible imponerle la carga de investigar permanentemente su situación ante el sistema, o dar por satisfecha la debida ilustración bajo la presunción del conocimiento de la ley, **pues precisamente es obligación de la administradora velar por la efectiva realización de sus derechos en la forma en que más le beneficie;** siendo la consecuencia de la

inobservancia de tal deber, **la ineficacia del acto de traslado de régimen en los términos de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993**, sin que la acción tendiente a obtenerla se vea afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción; y el efecto de tal sanción, que las cosas se retrotraigan al estado anterior a la celebración del acto viciado.

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, sin que existan razones para su variación, 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, la relación de los mismos al momento de efectuarse las correspondientes restituciones a Colpensiones, y la obligación de las AFP de asumir los valores 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 y SL1055-2022**). Luego se impone modificar la decisión revisada, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta para Colpensiones, se adiciona, para ordenar a Porvenir S.A., la indexación de las sumas a devolver a Colpensiones por conceptos de gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima, y para indicar que al momento de cumplirse tal orden los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados, **sin que haya lugar a calculo actuarial por equivalencias, punto en que se revoca la sentencia.**

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 del

asegurado(a), cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por las AFP sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido vigente la vinculación, precisándose en sentencia SL 2877 de 2020, que *"la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida..."*.

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

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma, en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el 48 de la



Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Se debe indicar que la acción tendiente a obtener la ineficacia de la movilidad entre regímenes es imprescriptible, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a este fenómeno y por ello puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida que tiene como objetivo *comprobar* o *constatar* un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la *litis* (vente sentencias SL4062-2021 y SL756-2022).

**Costas** en esta instancia a cargo de AFP Porvenir S.A. a quien se desata adversamente el recurso de apelación (art. 365-1 C. G. del P.). Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000,00 a favor de la demandante.**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario promovido por **Olga Patricia Arias Jiménez**, contra la **AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES**, adiciona el **numeral tercero de la parte resolutive, para ordenar a la AFP Porvenir S.A., la indexación de los valores a restituir a Colpensiones por gastos de administración, seguros previsionales**

**y garantía de pensión mínima y para** indicar que al momento de acatarse la orden impartida a la AFP, 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. **Revoca la autorización a Colpensiones de realización de cálculo de equivalencia dispuesta en el mismo numeral y en lo demás confirma.**

**Costas** en esta instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A., a quien se desata adversamente el recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000, a favor de la demandante.**

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 ABISTIZABAL**  
Magistrada

  
**MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**  
Magistrada

  
**ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**  
Magistrado