

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Flor María Noreña Naranjo
DEMANDADO	AFP Protección S.A. AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 024 Laboral del Cto. de Medellín al haber sido remitido por el Juzgado Cuarto dadas las disposiciones del Consejo Seccional ante la creación del primero
RADICADO	05001 3105 004 2019 00421 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 234 de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	confirma

Hoy, **veintisiete (27) de octubre 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 en relación con el recurso de apelación presentado por el apoderado de **Porvenir S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta en favor de **Colpensiones**, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Flor María Noreña Naranjo** en contra de tales entidades y de la **AFP Protección S.A.**. Radicado único nacional 05001 3105 **004 2019 00421** 01.

Auto: de conformidad con la documentación enviada vía correo electrónico, se le reconocer personería jurídica al Doctor Octavio Andrés Castillo Ocampo, para que continúe con la representación de la demandada Porvenir S.A.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio del año en curso, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto, estudiado, discutido y aprobado mediante acta **Nº 032**, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Pretende la demandante, por conducto de su apoderada, se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS, al carecer de validez, ante la existencia de vicios del consentimiento, debiéndose tener como válida y sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, se condene a Porvenir S.A., a restituir a Colpensiones los aportes realizados, y a esta última a reactivar su afiliación. Pide también condena en costas.

En sustento de ello y para lo que interesa a la sala afirma que, nació el 28 de agosto de 1966, realizando aportes al extinto Iss entre el 27 de agosto de 1985 y el 16 de abril de 1986, y a Cajanal, entre el 16 de julio de 1986 al 8 de junio de 1995, fecha a partir de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A., al habersele expresado que el ISS se iba a acabar y que en dicho fondo se podía pensionar cuando quisiera, no obstante, no se le explicó cuál era la forma de liquidar la prestación; que el 1 de abril de 2014, intentó retornar al régimen de prima media, sin embargo, la solicitud le fue devuelta al faltarle menos de 10 años para pensionarse; que fue visitada por un asesor de Porvenir S.A., quien le manifestó que afiliándose a dicha entidad tendría unos beneficios adicionales, como descuentos en diferentes establecimientos de comercio, razón por la que se trasladó a dicho fondo el 28 de marzo de 2016. Afirma que nunca recibió información suficiente, completa, clara, oportuna y veraz, con relación a los derechos que perdería

con la decisión de trasladarse de fondo; que pidió una proyección de la pensión, en la cual se le indicó que a los 57 años en el RAIS tendría una pensión de \$828.116,00 y en el régimen de prima media con prestación definida de \$1.557.000,00, resultándole, con ello, más conveniente estar en Colpensiones; que pidió ante Porvenir el 25 de abril de 2019, la ineficacia o nulidad de su traslado, respondiéndole que dicha facultad se encuentra única y exclusivamente en cabeza de los jueces de la república, por lo que procedió a radicar dicha petición ante Colpensiones, manifestándole que no era posible acceder a su petición al haberse efectuado el traslado en ejercicio del derecho de libre elección de régimen.

Después de subsanados los requisitos exigidos por el despacho, en auto del **12 de agosto de 2019, se admitió y ordenó** dar trámite a la acción. Debidamente enteradas de la actuación, las demandadas allegaron pronunciamientos, así:

Protección S.A., admitiendo lo relativo a la fecha de nacimiento de la actora, con relación a los restantes supuestos de hecho, esgrime no constarle o no ser ciertos, sin embargo, enseña que para el momento del traslado, a la señora Flor Noreña se le explicó sobre la forma como se construye la pensión en el régimen de ahorro individual, lo cual, es a través de una cuenta de ahorro en la que se depositan mes a mes sus aportes generando rentabilidad, formándose un capital, con independencia de los requisitos de edad y semanas, así mismo se le dijo, que en caso de pensionarse anticipadamente su bono pensional correspondería a las cotizaciones realizadas en el régimen anterior negociadas por adelantado, por tal, después del análisis pensional respecto a su historia, y entregársele una información clara, adecuada, completa, veraz, pormenorizada y comprensible, se llegó a la conclusión que podía realizar aportes a cualquiera de los dos regímenes, procediendo a firmar el formulario el 9 de julio de 1995. **Mostró oposición a las pretensiones**, expuso los fundamentos de derecho y razones de defensa, y formuló las excepciones

de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a Porvenir, reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver seguros previsionales cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

Porvenir S.A., manifiesta que los hechos no son ciertos y no le constan, afirmando que la entidad le entregó a la actora información oportuna, clara y suficiente sobre las condiciones del RAIS, sin incentivarla a desafiliarse del ISS, sumado a que todo traslado se encuentra precedido de la asesoría debida, en la que se le entrega a los afiliados toda la información necesaria del RAIS, en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la época. Frente a la proyección de la pensión, afirmó que obedecen a cálculos matemáticos que no se encuentran debidamente soportados mediante prueba idónea. Se **opuso** a que salgan abantes 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.

Colpensiones, de los hechos tiene como cierto la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al dicho fondo, y el intento fallido de retorno al RPM, negado por encontrarse a menos de 10 años de la edad para la pensión; los demás supuestos no le constan. Se **opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de nulidad de traslado de régimen pensional, inexistencia de la obligación de reconocer la afiliación al RPM por falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y la genérica.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito, declarando la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante en el año 1995, a través de la AFP protección

S.A., por no haberle brindado la información oportuna, clara y veraz, sobre efectos, características y diferencias de los regímenes pensionales, como era el deber legal, de acuerdo con las normas vigentes para esa fecha, al ser el primer fondo al que se trasladó, condenando a Porvenir S.A., a que en el término de un mes, contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, devuelva a Colpensiones *los saldos de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, bonos pensionales se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante la permanencia de la demandante a dicho fondo, con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados a la fecha de pago. Al momento de cumplir la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen y deberán normalizar la afiliación en el Sistema de Información Administradoras de Fondos de Pensiones – SIAFP,* de igual forma, condenó a Protección a que en el mismo lapso, retorne a Colpensiones *"el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, descontados durante la permanencia de la demandante en dicho fondo, con cargo a sus propios recursos. Debidamente indexados a la fecha de pago."*; ordenó a Colpensiones reactivar de manera inmediata la afiliación de la señora flor Noreña al RPM y recibir la devolución de los dineros ordenados. Impuso condena en costas a Protección S.A. a favor de la demandante, fijando el monto de las agencias en derecho y dispuso el grado jurisdiccional e consulta para Colpensiones.

El **recurso de apelación** fue interpuesto por la apoderada de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando se imparta absolución en su favor, dado que, frente a la falta al deber de información y con ello la ineficacia de traslado, se probó dicha obligación con los requisitos establecidos para la fecha de la afiliación, bastando para la época con la suscripción del formulario, documento que fue firmado de manera libre y voluntaria, y que fue revisado por la Superintendencia Financiera, sin que existiera la obligación

de hacer cuadros comparativos o presentar proyecciones pensionales, pues ello solo surgió para el 2016, a más que la actora contó con varias oportunidades de trasladarse y no lo hizo, manteniendo el intereses de seguir en el RAIS. También acude a que la demandante no empleó el deber de diligencia y cuidado que debía frente a sus propios negocios, lo cual, no la puede llevar a ser beneficiaria de su propia culpa, sumado a que el interés de retorno se basa en el monto de la mesada pensional, la que no podía calcularse para la data en que se afilió, al depender este de diferentes variables, a más que la entidad no influyó en la ineficacia, pues, para el momento en que suscribió el acto, 2016, ya se encontraba inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003.

En cuanto a las restituciones dispuestas en primera instancia, explica que no se debe ordenar el retorno de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados, al no encontrarse dichos rubros dentro de su patrimonio, al haber sido destinados, tal y como lo establece la Ley, para generar rendimientos, y cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

Solicita se aplique el principio de las restituciones mutuas que deriva del efecto jurídico de la ineficacia, y con ello, no ordenar el traslado de los rendimientos, al no haberse generado, y la indexación, en tanto, la concurrencia de estos, acarrearía un doble pago.

Finalmente, pide no ser condenada en costas al no haber dado lugar a la ineficacia, no pudiéndosele endilgar una falta al deber de información.

De la oportunidad para presentar alegatos hizo uso el apoderado judicial de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando la revocatoria de la decisión atacada en apelación, explicando, frente a la **declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS**, que no existen razones fácticas ni jurídicas para ello, pues para la fecha de tal acto, esa entidad cumplió con el deber de

información de acuerdo con lo establecido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, pues se le entregó la información necesaria y obligatoria, suscribiéndose formulario aprobado por la Superintendencia Financiera, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, contando la demandante con varias oportunidades para retornar al régimen público, sin que lo hiciera, lo que permite concluir que siempre tuvo interés en estar vinculada al RAIS; infiriéndose de los hechos y de las manifestaciones de la demandante, que su motivación para este trámite es meramente económica, valor de la mesada pensional, sin que su monto pudiera ser determinado al momento de la afiliación, agregando que como AFP ha realizado campañas masivas de educación al consumidor financiero, realizando diferentes comunicados de prensa informando los cambios normativos, como se infiere de la prueba aportada, precisando que la documental que extraña el a quo, surgió con la Circular 016 de 2016, surgiendo también las obligaciones de asesoría y buen consejo con posterioridad a tal calenda, sin que se avizore incumplimiento por parte de la AFP frente a sus obligaciones, resaltando que la totalidad de condiciones del RAIS son impuestas por la Ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa.

Sobre los valores recibidos con motivo de la afiliación, especialmente las comisiones de administración, lo pagado por seguro previsional y garantía de pensión mínima, en caso de mantenerse la decisión de primer grado pide se exonere de esta condena, pues es un descuento autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, cumpliendo la AFP con su cometido, pues tal porcentaje fue destinado a cubrir los gastos en que incurrió para la generación de frutos y rendimientos, reflejados de manera positiva en la cuenta del afiliado, y en la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte sin que pueda retrotraerse tal cobertura, atentándose además contra la lógica jurídica y constituyendo enriquecimiento sin causa, al no observarse la regulación frente a las restituciones mutuas cuando se declara la nulidad o ineficacia de un acto jurídico, debiendo tenerse en cuenta en este tipo de

decisiones judiciales los principios de estabilidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social, los cuales se han enriquecido con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, del 17 de enero de 2020.

Concluye solicitando la exoneración de condena en costas, por ajustarse su obrar a la buena fe objetiva y al cumplimiento de las disposiciones legales para la fecha de movilidad entre regímenes efectuada por el demandante.

Demandante, pide se confirme la sentencia recurrida, y para ello indica que los fondos demandados no cumplieron con el deber de dar toda la información requerida, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mencionando algunas sentencias, entre ellas, la SL1688-2019.

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 de la demandante al RAIS a través de la AFP Protección S.A. y con posterioridad a Porvenir S.A., 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 hay lugar o no a su actualización mediante el mecanismo de la indexación.

Pues bien. Reiterada ha sido la línea de la jurisprudencia **mayoritaria** de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, en torno al tema de la carencia de efectos jurídicos del traslado de

régimen pensional cuando no está precedido de una suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, existiendo unas reglas decantadas, entre ellas que la movilidad entre regímenes debe estar precedida de la debida información y transparencia, **para el caso concreto, dado que el formulario se suscribió el 9 de julio de 1995**, 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 1º 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, teniéndose para el caso, de un lado que Protección, como primer fondo al que se trasladó la actora no acreditó el cabal cumplimiento al deber de información, supuesto en el que no se mostró inconforme al así haber sido declarado en primera instancia, y no presentar recurso de alzada, y de otro, que el traslado entre administradoras no convalida la afiliación, siendo el acto inicial el que se analiza a efectos de corroborar el cabal acatamiento de la Ley, luego no es posible inferir para el momento de la afiliación la observancia del deber de información bajo las reglas de la normatividad vigente, primer estadio como ya se explicó.

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

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

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

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

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

Sin que del formulario de afiliación se infiera la debida información, 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 tampoco se puede afirmar que era la actora la que debió haberse informado, y era quien tenía a su cargo el deber de diligencia y cuidado, tal y como se afirma en el recurso de apelación, 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 frente al sistema,**

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

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

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

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 su declaratoria se vea afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, y siendo su consecuencia que las cosas se retrotraigan al estado anterior, con las consecuentes restituciones económicas.

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, al no existir razones para su variación, máxime cuando el recurso de apelación se funda justamente en los argumentos de defensa ya analizados por la alta Corporación, 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 y sin que se pueda disponer ningún tipo de compensación, **que**

como ya se advirtió acata el precedente vertical reiterado en más de 3 decisiones que constituyen doctrina probable, explicándose en la última decisión referenciada:

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del accionante y bonos pensionales que recibió junto con sus rendimientos. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, 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, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4063-2021).

Resultando pertinente citar el contenido del artículo 7º del C. G. del P., aplicable por remisión normativa en materia laboral,

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 explica:

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 además 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 también 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.

Y más recientemente, en sentencia SL1108-2022, en la que se apuntó:

Por último, debe indicarse que si bien los jueces puedan apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional, para que ello sea válido es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de identificación del precedente en la decisión y de la estructuración de una carga argumentativa suficiente y válida, toda vez «que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella» (CC SU-354-2017 y CSJ SL3537-2021).

Sobre este tema, en la sentencia CSJ SL440-2021 la Corte explicó:

Ahora, es cierto que los jueces del trabajo deben considerar en sus sentencias el precedente judicial vertical que emana de la Sala de Casación Laboral. En efecto, al ser esta el órgano de cierre de la

jurisdicción ordinaria laboral, sus decisiones tienen fuerza vinculante en virtud de los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, pero siempre que tengan la capacidad de responder adecuadamente a la realidad fáctica del asunto concreto, así como la social, económica y política del momento (CC C-836-01 y CC -621-2015).

En este sentido, de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia-, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del derecho (CC T-446-2013), o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015).

De ahí que si las percepciones, convicciones o divergencias de los jueces respecto a una cuestión jurídica no se canalizó a través de válidos 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. Negrillas fuera del texto.

Por lo que se **confirma** la sentencia revisada en cuanto ordenó a la AFP Porvenir S.A. retornar los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros, así como a restituir con su propio peculio las sumas descontadas durante el tiempo de afiliación de la actora, por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, así como que al momento de cumplirse la orden impartida en cuanto a restituciones, deberá remitir a Colpensiones relación discriminada de los conceptos, con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, supuesto que también cobija a Protección, tal y como lo indicó la sentencia revisada.

Los rubros antes mencionados no se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, pues pese a que los mismos no están ligados al reconocimiento del a prestación, si están íntimamente relacionados con la

declaratoria de ineficacia, la cual según criterios ya expuestos de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral no prescribe, sumado a que solo en el trámite del proceso es que fue declarada.

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.***

Y por último 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.

Y con relación a la no imposición de costas, baste decirse que en primera instancia, la demandada Porvenir S.A., no fue objeto de las mismas, y en esta se imponen es por resolverse desfavorablemente el recurso interpuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 numeral 1 del C.G.P., inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000,00 en 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, **confirma en su integridad** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Flor María**

Noreña Naranjo en contra de la **AFP Protección S.A., Porvenir S.A., y Colpensiones.**

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., a quien se desata adversamente el recurso. Las agencias en derecho se fijan en la suma de **\$1.000.000,00 a favor del 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 ARISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado