

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Antonio Nicolás Cruz Riaño
DEMANDADO	Colpensiones y Porvenir S.A.
PROCEDENCIA	Juzgado 01 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 001 2019 00296 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 121 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de selección de régimen pensional
DECISIÓN	confirma

En la fecha, **treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)**, 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 la apoderada judicial de la **AFP Porvenir S.A.** y grado jurisdiccional de consulta para **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Antonio Nicolás Cruz Riaño**, código de radicado único nacional 05001 3105 **001 2019 00296** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, procede a emitir sentencia, según proyecto estudiado, discutido y aprobado en sala virtual, acta Nro. 121 que se plasma a continuación:

Antecedentes

Solicita el demandante se declare la ineficacia de su traslado al RAIS y que para efectos pensionales siempre ha estado afiliado al RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES, ordenando a Porvenir S.A. la devolución de todas las sumas de dinero, bonos cotizaciones, montos adicionales percibidos por aportes a pensiones obligatorias y rendimientos devengados durante el tiempo. Pide también condena en costas.

En sustento de ello afirma que inició cotizaciones al sistema general de seguridad social el 1º de agosto de 1989, al servicio de la Unidad de Salud de Puerto Valdivia, adscrita a la Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, con posterior traslado a Porvenir S.A., donde actualmente se encuentra, omitiendo esta entidad el deber de información, pues el asesor solo lo orientó sobre algunos beneficios económicos como mejor rentabilidad y pensión más favorable que en el RPM, e igualmente, que el Seguro Social iba a desaparecer, estimando que se le indujo en error y fue asaltado en su buena fe. Adicional a ello la AFP no dio cumplimiento a la Circular 001 de 2004 expedida por la Superintendencia Bancaria. Infructuosamente trató de retornar al régimen de prima media, lo que le fue negado por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensión. Estima que el perjuicio causado se refleja en la diferencia en el valor de la mesada, pues a los 62 años en el RAIS sería de \$1.749.200 y en Colpensiones \$4.428.300.

En auto del **15 de mayo de 2019**, se admitió y ordenó dar trámite a la acción. Debidamente enteradas las entidades demandadas allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, admite el intento del demandante por afiliarse al RPMPD, negado por encontrarse a menos de 10 años de la edad para pensión, los demás supuestos no le constan. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones** de inexistencia de presupuestos legales para decretar la ineficacia o nulidad de traslado de régimen, prescripción, compensación indexada, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

La **AFP Porvenir S.A.**, frente a los hechos indica que no son ciertos o no le constan. Explica que el demandante se trasladó al RAIS a través de esa sociedad el 30 de junio de 1995, previo el cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha, efectuándosele además la debida asesoría, con información oportuna, veraz y suficiente sobre las condiciones del RAIS; frente a la situación del Seguro Social se trató de un hecho de público conocimiento, difundido por los medios de comunicación masiva. **Se opuso** a la prosperidad de las pretensiones y formuló **las excepciones de** prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La primera instancia terminó con sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, en la que **declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS**, a través de la AFP Porvenir S.A. el 30 de junio de 1995, por falta al deber de información, requiriéndolo para que una vez ejecutoriada la sentencia, radique formulario de afiliación a Colpensiones, con el fin de que se le vincule al RPMP sin que sea causal de rechazo la limitación prevista en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, y pueda entonces homologar las

semanas cotizadas al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual. Ordenó a **Porvenir S.A.** trasladar el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones, cumplida la afiliación previamente dispuesta, **incluidos los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, prima de reaseguros y cuotas de administración, porcentajes que deberá indexar desde la fecha del descuento;** declaró no probadas las excepciones propuestas, gravó con condena en costas a Porvenir S.A. fijando el monto de las agencias en derecho, exoneró de estas a Colpensiones y dispuso la consulta para esta entidad.

El **recurso de apelación** fue oportunamente interpuesto por la apoderada de la **AFP Porvenir S.A.**, solicitando revocar íntegramente la decisión porque para la fecha de afiliación, año 1995, conforme al contexto normativo y teniendo en cuenta que no le era posible prever las interpretaciones jurisprudenciales, cumplió con los requisitos legales brindado asesoría verbal, con información necesaria, suficiente y veraz para suscribir el formulario, documento que cumple los requisitos legales, aprobado por la Superintendencia financiera, sin que se puedan exigir soportes documentales, manifestando el demandante que tuvo asesoría sobre la pensión anticipada y la posibilidad de efectuar aportes voluntarios para mejorar su monto, lo que es factible en la normativa de la Ley 100, teniendo la oportunidad de leer el formulario y claro conocimiento de la relación directa entre el capital y el monto de la mesada, además de contar con las condiciones socio culturales para entender las explicaciones. Y si **en gracia de discusión** se considera que se debe dejar en firme la ineficacia, pide no condenar a trasladar sumas diferentes a la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, pues los demás conceptos fueron

entregados a terceros de buena fe, y con ellos se dio entre otros, cubrimiento a los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

En favor de Colpensiones se conoce en grado jurisdiccional de **consulta**.

De la oportunidad para presentar alegaciones hizo uso la **apoderada de la AFP Porvenir S.A.**, reiterando la inconformidad con la declaratoria de ineficacia, al no existir razones fácticas ni jurídicas para ello, pues la decisión de la parte atora se realizó en forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos de ley, pues fue su primera vinculación al sistema, reconociendo en interrogatorio que recibió asesoría en la que se le habló de la posibilidad de obtener pensión anticipada con mejor mesada, además leyó el formulario antes de suscribirlo y años después conoció la posibilidad de realizar aportes voluntarios; insiste en que al momento de la afiliación cumplió con su deber de información en los términos del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, a lo que se suman las campañas masivas realizadas para la educación del consumidor financiero y los comunicados de prensa informando los cambios normativos, advirtiendo que la obligación de conservar documentación sobre la asesoría solo surge con la Circular 016 de 2016, y la de buen consejo y de desincentivar la afiliación aparece en los años 2010 y 2014, puntualizando que la totalidad de condiciones del RAIS son impuestas por la Ley 100 de 1993, sin que su desconocimiento o ignorancia sirvan de excusa, como lo establece el artículo 9 del Código Civil.

Sumado a la validez de la información, considera que la orden de trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos debe ser revocada,

aun de mantenerse en firme la declaratoria de ineficacia, al tener los gastos de administración sustento legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y financiar además de tal concepto, la cobertura para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, atentando contra toda lógica y constituyendo tal orden un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, pues por la debida administración se produjeron rendimientos de los que se beneficia el actor, y parte de ese porcentaje está en poder de terceros que no pueden verse afectados con la decisión, como se explicó por la Sala Plena especializada en sentencia del 14 de agosto de 2019, relativa al tema de ineficacia frente a pensionados. Cita también como sustento de su inconformidad concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero de 2020.

El apoderado de **Colpensiones** solicita tener en cuenta que el demandante se encuentra dentro de la restricción del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 para la movilidad entre regímenes, e igualmente el contenido del Decreto 2241 – Régimen de Protección del Consumidor Financiero del Sistema de Pensiones, que no solo consagra deberes de las administradoras frente a los afiliados sino que en su artículo 4 señala que el consumidor deberá propender por el cumplimiento de unos deberes a fin de garantizar la total transparencia y educación en la toma de decisiones, sin que sea posible permitir que el afiliado asuma una actitud 100% pasiva respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su dinero, pues no es admisible que frente a un derecho tan trascendental como lo es la pensión, solo hasta después de incursionar en la prohibición legal se pretenda información que siempre ha estado habilitada.

Agrega que en sentencia C 1024 de 2004 se indica que la finalidad de la restricción del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y simultáneamente defender la equidad en el reconocimiento de las prestaciones del RAIS, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros, sin que el impacto monetario que acarrea el traslado del régimen pueda ser la causa que lleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico, al ser la disparidad de cifras un aspecto estructural del sistema y no un aspecto habilitante para que prospere la nulidad. Cita apartes de la sentencia SL413-2018, concluyendo que el afiliado durante la permeancia en el RAIS fue pasivo y negligente.

En caso de mantenerse la sentencia condenatoria, pide observar el precedente ordenando la restitución completa de recursos con la debida indexación.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Conforme al recuento realizado, el **problema jurídico** en esta instancia se contrae a determinar, si procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS y consecuente con ello, su vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, con las restituciones económicas por parte de la AFP Porvenir S.A. y los conceptos que estas comprenden.

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, sentencia SL12136-2014, 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) y 271 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 la Ley 795 de 2003; posteriormente agregándose la asesoría ó 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 la misma por el transcurso del tiempo, por la movilidad entre administradoras del RAIS, por los actos de relacionamiento o por reasesoría posterior, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las administradoras de pensiones la obligación de acreditarla, arts. 1604 del C. C. y 167 del C. G. del P., la que por demás se juzga al momento del acto inicial, 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, SL5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021 y SL145-2021), 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).

Agregándose que corresponde a las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, brindar la debida asesoría e ilustración 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»;*

Sin que sea suficiente la firma de un formulario con leyenda pre impresa, que a lo sumo demuestra un consentimiento, pero no que sea informado, tal como se ha explicado insistentemente por la

jurisprudencia especializada, ver entre otras sentencias SL373-2021, en la que indica:

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019).

En este asunto, la información de la documental de folios 124 a 126, únicamente se centra en la situación actual y potencial de Cárdenas Gil en el RAIS, sin referirla o contrastarla con las ventajas que ofrecía el sistema público alterno, administrado por Colpensiones, incluido el régimen de transición del que era beneficiario.

En efecto, el formato de reasesoría contiene unas preguntas de selección múltiples, en las que el afiliado tiene la opción de marcar la afirmación o respuesta que considera correcta. Las preguntas tienen que ver con su edad, salario, años de servicio, si tiene bono emitido, el motivo por el que solicitó reasesoría, el canal de atención, el resultado del cálculo y la decisión del afiliado. De este formulario, no es dable deducir que el demandante recibió información clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación de definida ni de las ventajas del régimen de transición que lo cobijaba.

En cuanto al formulario de afiliación y su anexo, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios. El anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por el Ejecutivo Comercial de la AFP y si desea estar vinculado a Protección S.A. El formato solo permite dar respuesta en términos de SI o

NO, sin más detalles. También se interroga sobre el salario y se hace un cálculo estimado del valor de la mesada pensional bajo el régimen privado, sin comparación alguna con el sistema público de pensiones ni consideraciones adicionales.

Como se puede advertir, ninguno de esos documentos contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones. Toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno.
Subrayado fuera del texto.

Luego, contrario a lo afirmado por la parte recurrente, no se avizora en los autos, estando en cabeza de la AFP, la demostración del cabal cumplimiento al deber de información y la conservación de los soportes de la misma, en los términos del artículo 38 del Decreto 692 de 1994, que a la letra dispone: *Las administradoras del sistema general de pensiones deberán mantener para cada afiliado un archivo en donde conservarán la información relacionada con su historia laboral, así como los demás documentos que señale la Superintendencia bancaria. Esta información podrá estar almacenada en microfichas, discos de computador u otros sistemas que permitan reconstruir dicha información, y más aún, si en gracia de discusión se admitiera que se dio en forma verbal, tampoco se trajo ningún medio de convicción sobre el particular, debiendo advertirse que aparte de la inversión de la carga de la prueba art. 167 del C. G. del P. y de la línea de la jurisprudencia especializada que así lo impone, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, sin que se satisfaga tal exigencia como ya se dijo con la suscripción del formulario, que demuestra solo una manifestación de voluntad pero no la debida ilustración, ni tampoco baste exponer algunos beneficios del RAIS, como en efecto aconteció, entre ellos la posibilidad de alcanzar una pensión más alta a menor edad, toda vez que debe explicarse con claridad la forma en que se*

financia y establecerse la capacidad de ahorro constante del afiliado, al ser el RAIS un régimen caracterizado por la capitalización de recursos.

Así, al brillar por su ausencia medio de convicción sobre la oportuna, veraz y suficiente información que se afirma al dar respuesta a los hechos de la demanda, acertada resulta la declaratoria de **ineficacia** dispuesta por la primera instancia, siendo sus consecuencias idénticas a las de la nulidad, explicándose por la jurisprudencia especializada que en estos casos:

... 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).

Y en sentencia SL2877-2020, radicación Nro. 78.666, fecha 29 de julio de 2020, frente al tema en concreto de las restituciones, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, precisó:

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones

mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, 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. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Posición que ha sido traída hasta la fecha, tal y como se puede evidenciar en la sentencia SL587 de 2021, por lo que acogiénndose por esta instancia un argumento de autoridad y acatándose el precedente que en línea mayoritaria sostiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, no tienen prosperidad los planteamientos de la apoderada de la AFP Porvenir S.A., tendientes a excluir de la orden de restitución los porcentajes destinados a *gastos de administración y seguros previsionales*, debiéndose tener en cuenta además lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 7º del C. G. del P. en concordancia con la sentencia C 621-2015 y el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, en que se exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

... mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, 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, 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. Así, la posibilidad de separarse 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 (C-621-2015).

Sin que se pueda afirmar que las cuotas de administración cobradas son gastos que ya se causaron y ejecutaron, que se encuentran contemplados en la Ley para ambos regímenes y que el fondo adelantó una correcta gestión de administración, si se es consecuente con los efectos de la ineficacia y la parte que la generó. En efecto, recae en cabeza de las administradoras el juicio de reproche al incumplimiento de sus obligaciones de acompañamiento y asesoría al demandante, generándose a partir de sus propias omisiones la obligación de que devuelvan todos los conceptos, sin que haya lugar a descuento ni equivalencia alguna.

Es intrascendente que la parte actora haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa de los fondos de pensiones, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización, 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, 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 del 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 el afiliado, sin solución de continuidad.

Vale aclarar que en este caso no se está autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento de la vinculación y movilidad entre administradoras del RAIS, 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.

Aparte de lo anterior, si bien es cierto el demandante en su interrogatorio 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.*

Al estar en discusión la eficacia del acto jurídico de traslado, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo 1750 del Código Civil 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*», por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo y en tales condiciones tampoco se ven afectadas por el fenómeno extintivo las restituciones económicas.

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** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Antonio Nicolás Cruz Riaño** contra la **AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES**, revisada por apelación y consulta,

Costas 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 **\$908.526,00**, a favor del demandante.

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el Decreto 806 de 2020.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 114** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **1 de julio de 2021**

Secretario