

TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO / DEBER DE INFORMACIÓN - esta información tiene como finalidad permitirle a los afiliados o usuarios del sistema pensional a adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, así como las ventajas y desventajas de la elección **/ AFILIACIÓN INICIAL / EMPLEADO PÚBLICO MUNICIPAL /**

HECHOS: Ante las pretensiones de primera instancia el A quo declaró la ineficacia de la afiliación inicial realizada por el demandante al RAIS, disponiendo la inscripción al régimen de prima media con prestación definida a través de Colpensiones. Por tanto, argumentó que en el caso no quedó demostrado que, con motivo de la elección inicial del régimen y la movilidad entre administradoras, se le hubiese proporcionado al actor la información debida por parte de la AFP. Inconforme con tal veredicto, las demandadas interpusieron recurso pidiendo la revocatoria de la decisión, fundamentándose que no se superan las exigencias para la declaratoria de la ineficacia petitionada, en tanto se trata de una afiliación inicial. Además, el demandante no demostró haber ejercido oportunamente acciones legales para regresar al Régimen de Prima Media, ni haber hecho uso del derecho de retracto. Le asiste a esta corporación establecer si procede declarar la ineficacia de la afiliación del reclamante al RAIS, tal como lo hizo el quo, a pesar de que nunca estuvo vinculado al régimen de prima media con prestación definida

TESIS: (...) 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 a 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. Para el caso concreto, teniendo en cuenta que el actor suscribió formulario de afiliación al RAIS el 30 de junio de 1995 y de movilidad entre administradoras el 14 de agosto de 1998 y el 31 de mayo de 2001, se estaba en el primer estadio de la regulación normativa, contenida entre otros 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 brindar ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, dando a conocer la existencia de ventajas y desventajas de cada uno, lo que implica el estudio particular de la situación de cada usuario ante el sistema. (...) Luego, si bien es cierto el demandante suscribió formulario de vinculación a Horizontes S.A. hoy Porvenir S.A. el 30 de junio de 1995, fecha límite del llamado a cobertura por el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, normas modificatorias y reglamentarias, en su calidad de empleado público de orden Municipal, para tal calenda, tenía la posibilidad de incorporación automática al régimen de prima media con prestación definida, opción que no se le dio a conocer, a más que no se aportó documento alguno por esta AFP a pesar de lo afirmado en el escrito de contestación, solo se trajo el formulario con leyenda preimpresa. (...) Tampoco tiene acogida la tesis de enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o del demandante, ni de doble condena, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad, máxime que fue la conducta de las AFP la que generó la ineficacia aquí declarada. (...) Ahora, es importante señalar que, si bien se conoce que en algunas decisiones de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como las SL4059-2022 y la SL1806-2022, se respaldaron las sentencias emitidas por Tribunales en el sentido de

rechazar la solicitud de anular la afiliación inicial al RAIS, ya que ello implicaría un intento de volver a la situación anterior a la selección de un régimen de pensión, y como nunca fueron parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no había obligación legal previa que exigiera aceptar a estas personas, recibir sus cotizaciones, ni reconocerles las prestaciones propias del sistema público, también es cierto que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que agregó un párrafo al artículo 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Por lo tanto, cuando la mayoría considere que es necesario realizar este tipo de cambios, deben remitir el asunto a la Corporación titular, lo que no ha ocurrido, sumándose a ello la especial situación del señor Francisco José, toda vez que contaba con vinculación como empleado público territorial desde el 01 de enero de 1991.

M.P: LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL

FECHA: 09/02/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	Francisco José Restrepo Marín
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y Colpensiones
PROCEDENCIA	Juzgado 010 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 010 2022 00084 01
INSTANCIA	Segunda
PROVIDENCIA	Sentencia Nro. 014 de 2024
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado – afiliación inicial a fondo privado - empleado público municipal al 30 de junio de 1995.
DECISIÓN	confirma

En la fecha, **nueve (09) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Orlando Antonio Gallo Isaza, María Nancy García García, y Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento con relación al recurso de apelación presentado por la **AFP Porvenir S.A.**, al igual que el grado especial de consulta para **Colpensiones**, ordenado en sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario promovido por **Francisco José Restrepo Marín**. Radicado único nacional 05001 3105 **010 2022 00084** 01.

Auto: en los términos y para los efectos de los poderes conferidos se les reconoce personería jurídica al abogado **Fernando Arturo Suarez García** y **Octavio Andrés Castillo Ocampo**, para que continúen con la representación de **Colpensiones y Porvenir S.A., respectivamente**.

Sentencia

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, sometió a consideración el proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. **002**, que se plasma a continuación:

Antecedentes

Pide el demandante la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado al RAIS, cuando se encontraba afiliado como trabajador al Municipio de Bello. En consecuencia, se ordene su retorno automático a Colpensiones, y que Porvenir S.A. devuelva de inmediato todos los valores recibidos, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, cuotas de administración, con sus respectivos frutos e intereses, conforme al artículo 1746 del Código Civil, es decir, con los rendimientos generados. Asimismo, requiera la imposición de costas.

En apoyo de su reclamación, sostiene que el 8 de enero de 1991 se vinculó laboralmente con el Municipio de Bello, entidad que no efectuó aportes a fondo o caja, ya que asumía directamente el pago de las pensiones de sus trabajadores. Que en julio de 1995, asesores de la AFP Horizontes, hoy Porvenir S.A., le informaron que sus aportes estarían en una cuenta personal y serían manejados por profesionales, asegurándole una buena pensión al cumplir la edad y la posibilidad de adquirir la prestación de manera anticipada. Sin embargo, no se le explicaron las implicaciones de adquirir la pensión de forma anticipada, no se le proporcionaron proyecciones comparativas, y no se le expusieron las características del régimen de ahorro individual. Añade que, el 14 de agosto de 1998, se cambió a Colpatria (hoy Porvenir S.A.), y el 31 de mayo de 2001, a Porvenir S.A., pero estas entidades tampoco lo asesoraron adecuadamente al momento de la suscripción del formulario. Sostiene que, en respuesta a petición realizada,

el fondo le informó que su mesada pensional a los 62 años sería de \$1.390.400, mientras que en Colpensiones, en 2021, ascendería a \$5.026.819. Que requirió a Colpensiones el traslado de régimen, recibiendo respuesta negativa.

En auto del **12 de mayo de 2022, se admitió** y ordenó dar trámite a la acción, debidamente enteradas de la actuación las entidades vinculadas por pasiva allegaron escritos de contestación, así:

Porvenir S.A., alega no constarle o no ser cierto los hechos narrados y sostiene en su defensa que la afiliación del actor a la entidad en 1995, 1998 y 2001 se llevó a cabo de manera informada, libre y voluntaria. Afirmó que se le proporcionó asesoría detallada sobre las condiciones y características del régimen pensional, entre ellos el régimen de transición, los bonos pensionales y los requisitos y condiciones para acceder a una pensión. La ilustración brindada fue clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Además, se le expuso que el monto de su pensión dependería del capital ahorrado en su cuenta individual (110% del valor del salario mínimo, sometido a un cálculo actuarial) y que podía realizar aportes voluntarios periódicos u ocasionales. También se le destacaron beneficios como la posibilidad de acceder a la garantía de pensión mínima si no completaba el capital necesario para la ordinaria y tenía 1.150 semanas cotizadas, entre otros. Argumenta que solo con la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron la obligación de proporcionar asesoría e información tanto a sus afiliados como al público en general. **Resistió** 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, acepta como cierta la fecha de inicio de labores del actor en el Municipio de Bello, así como en la que suscribió los formularios de afiliación a los diferentes fondos del régimen de ahorro individual. Los restantes hechos no le constan. **Se opuso** a las pretensiones y propuso las **excepciones** de: inexistencia de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, ausencia de causa para pedir, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas y compensación.

La primera instancia **concluyó** con **sentencia** proferida por el **Juzgado 10 Laboral del Circuito** el 22 de noviembre de 2023, declarando la **ineficacia de la afiliación inicial** realizada por el demandante al RAIS, disponiendo la inscripción al régimen de prima media con prestación definida a través de Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A. a que, en un plazo de 30 días a partir de la ejecutoria de la providencia, devuelva a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluyendo frutos y rendimientos financieros, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse la orden los valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **Colpensiones** debe recibir los dineros de la AFP e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral, imputándolos a los periodos en que fueron cotizados en el RAIS y de acuerdo al IBC, cotizaciones que habrán de tenerse como semanas válidas para el futuro reconocimiento de las prestaciones económicas del sistema general de seguridad social en pensiones que lleguen a causarse. Finalmente, impuso costas a cargo de Porvenir S.A., y en favor del demandante.

Argumentó el a quo, después de citar algunas normas y precedentes de la jurisprudencia especializada sobre la ineficacia del traslado de régimen, haciendo énfasis en las subreglas consolidadas, que en el caso no quedó demostrado que, con motivo de la elección inicial del régimen y la movilidad entre administradoras, se le hubiese proporcionado al actor la información debida por parte de la AFP, tal y como afirmó en su escrito de contestación. Es decir, no se ofreció una asesoría adecuada sobre las características y diferencias entre los regímenes, las consecuencias de su decisión, las modalidades de pensión, la posibilidad de retracto, entre otros aspectos relevantes, sin que sea dable exigirle un derecho consolidado, o ser beneficiario de transición, ni se subsane tal falencia por la firma de formulario con leyenda preimpresa, el transcurso del tiempo o los actos de relacionamiento.

Inconforme con tal veredicto, **se interpuso recurso de apelación por la defensa de la AFP Porvenir S.A.**, con el objetivo de que se revoque el mismo, para ello destaca que el tema a analizar se refiere a una selección inicial de régimen en 1995 y no a un traslado, por lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la ineficacia de cambio del régimen público al privado no debe aplicarse, toda vez que el actor no estuvo vinculado previamente al sistema de pensiones. Enfatiza que no existen pruebas de que los fondos o el empleador hayan atentado contra el derecho a la libre elección, y que una posible orden de retorno de recursos generaría problemas financieros al sistema y contrariaría el principio de sostenibilidad financiera.

Hace referencia a decisiones específicas, SL1806-2022 y SL4211-2021, donde se indica que no se puede recibir como afiliado a alguien que no ha estado en el régimen de prima media, además afirma que la inmersión del demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue válida y voluntaria, ya que se le brindó asesoría clara, oportuna, y conoció las

condiciones y características, incluso realizando cambios horizontales, sin que exista fundamento para declarar la ineficacia.

En caso de confirmación, pide se revoque la decisión de retorno de gastos de administración, garantía de pensión mínima y seguros previsionales, al haber cumplido la AFP con su propósito de proporcionar cobertura en los riesgos de invalidez y muerte durante el período de afiliación. Destaca que la Superintendencia Financiera de Colombia ha indicado que en estos casos se deben respetar las restituciones mutuas y no ordenar la devolución de primas y gastos de administración. Además, menciona que el Consejo de Estado ha expresado que no encuentra justificación para remitir estas sumas con cargo a los propios recursos de la administradora, considerándolo una sanción infundada, igualmente aduce que disponer la restitución conjunta de rendimientos y gastos no es coherente, ya que no puede establecerse la ineficacia solo para algunos aspectos.

En relación con la indexación de los conceptos a retornar, argumenta que equivaldría a una doble condena y un enriquecimiento injustificado en favor de Colpensiones y en detrimento del fondo, ya que los rendimientos compensan la pérdida de valor de la moneda.

En cuanto a la condena en costas, asevera que no es apropiada su imposición, ya que su actuar fue de buena fe y en cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias.

De la etapa de alegaciones hicieron uso:

El apoderado de **Porvenir S.A.**, insiste en la revocatoria de la decisión, fundamentándose en los argumentos expuestos a lo largo del trámite, pues no se superan las exigencias para la declaratoria de la ineficacia peticionada,

en tanto se trata de una afiliación inicial, y tampoco son procedentes las restituciones ni la condena en costas.

El mandatario del **demandante** solicita la confirmación integral del pronunciamiento, al haber quedado evidenciado que el 8 de enero de 1991 tuvo una afiliación inicial al fondo de pensiones público del Municipio de Bello, y que la inscripción se volvió obligatoria con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. No obstante, sostiene que en el acto efectuado para 1995, hubo una indebida asesoría, generando un vicio del consentimiento al desconocer las condiciones pensionales del régimen al que se incorporaba. Cita una sentencia de la Sala Tercera de Decisión en proceso con radicado 05001 3105 017-2020-00068-01, que abordó un caso con tintes similares.

Colpensiones, aduce que el demandante no demostró haber ejercido oportunamente acciones legales para regresar al Régimen de Prima Media, ni haber hecho uso del derecho de retracto. Además, señala que no retornó dentro del año de gracia otorgado con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 ni antes de cumplir los 52 años.

En caso de ratificación, ruega que la AFP actualice debidamente el saldo de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, cuotas de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima y cuotas de seguro previsional, recordando un precedente que dispuso la devolución de la totalidad de la cotización, incluso a cargo del patrimonio de los fondos de pensiones.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones:

Como hechos debidamente acreditados se tienen: la fecha de nacimiento del demandante, **12 de mayo de 1959**, su vinculación al Municipio de Bello el 08 de enero de 1991, sin cotización a caja o fondo y su afiliación a la **AFP Horizonte S.A.** el **30 de junio de 1995**, con posterior movilidad a **Colpatria S.A.** el 14 de agosto de 1998 y a **Porvenir S.A.** el 31 de mayo de 2001.

Así las cosas, **el problema jurídico** en esta instancia queda circunscrito a determinar, si procede declarar la ineficacia de la afiliación del reclamante al RAIS, tal como lo hizo el quo, a pesar de que nunca estuvo vinculado al régimen de prima media con prestación definida. Si se llega a la misma conclusión, se deberá establecer si es viable su incorporación automática al régimen público administrado por COLPENSIONES como lo pretende, junto con las correspondientes restituciones económicas, conceptos comprendidos en ellas, su actualización mediante el mecanismo de la indexación y la imposición de las costas procesales.

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 a 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.** Para el caso concreto, teniendo en cuenta que el actor suscribió formulario de afiliación al RAIS el **30 de junio de 1995** y de movilidad entre administradoras el **14 de agosto de 1998** y el **31 de mayo de 2001**, se estaba en el primer estadio de la regulación normativa, **contenida entre otros 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 brindar ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, dando a conocer la existencia de ventajas y desventajas de cada uno, lo que implica el estudio particular de la situación de cada usuario ante el sistema, estando también definido jurisprudencialmente que tal información constituye:

... una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CP, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de la política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto. Ver sentencia SL4322-2022.

Y,

... en cuanto al deber de información exigible a las AFP, esta Corporación ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Lo anterior, comoquiera que desde la creación de las AFP, 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», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Ahora, atendiendo las particularidades del **caso a estudio**, se debe tener en cuenta que el párrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993, reza:

El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a mas tardar el 30 de junio de 1995, o en la fecha en que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental.

Precepto que debe concordarse con el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 691 de 1994:

El sistema general de pensiones para los servidores públicos departamentales, municipales y distritales, y de sus entidades descentralizadas, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo gobernador o alcalde. La entrada en vigencia podrá hacerse de manera gradual para determinados servidores públicos teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales.

Y el párrafo del artículo 9º del Decreto 692 de 1994:

El sistema general de pensiones para los servidores públicos de los departamentos, municipios y distritos, así como de sus entidades descentralizadas, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha en que así lo determine el respectivo gobernador o alcalde. Esta incorporación podrá hacerse de manera gradual para determinados servidores públicos teniendo en cuenta, entre otros factores, la capacidad económica del organismo o entidad territorial y las proyecciones actuariales, sin excederse en todo caso, de la mencionada fecha.

Y ello porque se evidencia del Certificado CETIL que la vinculación del señor Francisco José Restrepo al Municipio de Bello inició el 08 de enero de 1991, entidad que no hizo aportes a caja o fondo hasta el 30 de junio de 1995, luego, para 1995 ostentaba el cargo de empleado público en un ente de carácter territorial, en concreto **Municipio de Bello Antioquia**, cobijado por el Decreto 691 de 1994, "Por el cual se incorporan los servidores públicos al sistema general de pensiones y se dictan otras disposiciones", previéndose en el artículo 1º:

Incorporación de servidores públicos. Incorporase al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 a los siguientes servidores públicos:

a) Los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o Distrital, así como de sus entidades descentralizadas,

...

Y el artículo 2º del Decreto 692 de 1994, según el cual:

...

Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.

Los servidores públicos que al 1º de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Los servidores públicos que se trasladen de una entidad a otra en el sector público, que hubiesen seleccionado el régimen de prima media con prestación definida, serán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.

Quienes ingresen como servidores públicos a partir del 1º de abril de 1994 y escojan el régimen solidario de prima media con prestación definida, deberán vincularse exclusivamente al ISS.

Luego, si bien es cierto el demandante **suscribió formulario de vinculación a Horizontes S.A. hoy Porvenir S.A. el 30 de junio de 1995**, fecha límite del llamado a cobertura por el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, normas modificatorias y reglamentarias, **en su calidad de empleado público de orden Municipal**, para tal calenda, **tenía la posibilidad de incorporación automática al régimen de prima media con prestación definida**, opción que no se le dio a conocer, a más que no se aportó documento alguno por esta AFP a pesar de lo afirmado en el escrito de contestación, solo se trajo el formulario con leyenda preimpresa, previéndose en el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993:

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

Precepto este último que a la letra reza:

El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud^{<1>} en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Normas que aparte de no hacer ninguna diferencia entre la selección inicial y el traslado de régimen, pues claramente el primero refiere ***la manifestación por escrito al momento de la vinculación o del traslado***, no siendo posible entender la selección libre y voluntaria **solo en el caso de traslado entre regímenes, y no para la selección inicial**, como lo pretende hacer ver la apoderada de Porvenir S.A., (**sin advertir la particular situación del señor Restrepo Marín**, como reiteradamente se ha explicado, empleado público del orden municipal para el 30 de junio de 1995 y desde el **08 de enero de 1991**), pues de un lado, desconocería de tajo el texto legal, y de otro, atentaría contra el derecho a la igualdad, sumado a que enfática ha sido la **línea mayoritaria de la jurisprudencia especializada, que de paso sea dicho, es la que constituye precedente sobre la materia**, en explicar que la debida información está a cargo de los fondos de pensiones, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, **y no del afiliado**, por cuanto: **i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional; ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»; iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo**

está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»; iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones». De ahí que, como se dijo, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, la AFP demandada debía «[...] proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», dando a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», siendo también de la administradora la carga probatoria sobre el particular, en los términos de los artículos 1604 del Código Civil y 167 del C. G. del P., este último en concordancia con la sentencia C – 086 de 2016, que en el acápite 7.4 advierte:

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

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

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

Sobre el deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, pertinente resulta también traer a colación lo explicado en sentencia SL2484-2022, con fecha 24 de mayo de 2022:

(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.

...

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. Negrillas fuera del texto original.

Sin que se infiera del formulario, 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).

Explicando también la Corte Constitucional en sentencia T-191 de 2020, que:

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

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.

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

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

Así entonces, ninguna ilustración o asesoría recibió el demandante por parte de Horizontes S.A. hoy Porvenir S.A., para el 30 de junio de 1995, o por lo menos ello no se acreditó, desconociendo para ese momento las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, ventajas y desventajas; tampoco se le advirtió sobre el derecho de retracto, ni se le detalló que la mesada dependería del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, *teniendo en cuenta sus condiciones particulares al momento del traslado, como la edad, sexo, nivel de ingreso, persistencia en la cotización*; omisiones en que también incurrió Colpatria hoy Porvenir S.A. y Porvenir S.A. en su momento, a lo que se suma que no se le hizo estudio personalizado antes del arribo a los 52 años, sin que se pueda responsabilizar a la parte actora de buscar información, ni se puede calificar su conducta como negligente (ver sentencia SL4322-2022).

Resultando patente la falta de información **mínima por las AFPs**, razón le asistió a la a quo al declarar la **ineficacia del acto de afiliación al RAIS**, o la exclusión de todo efecto jurídico, al igual que a la movilidad entre administradoras, siendo entonces factible la selección del régimen público, administrado por Colpensiones, en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el literal b) del artículo 13 del mismo

estatuto, al ser característica de la ineficacia que las cosas se retrotraigan a su estado anterior, con consecuencias idénticas a las de la nulidad.

En lo atinente a los rubros a devolver, su actualización mediante el mecanismo de la indexación, y **la obligación de la 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, SL4322-2022, SL554-2023 y SL1084-2023**, sin que sea una decisión caprichosa, **pues como ya se advirtió, se obedece el precedente vertical reiterado en más de 3 providencias que constituyen doctrina probable** y no se cuenta con elementos para superar las subreglas establecidas por la jurisprudencia constitucional y especializada para apartarse del mismo, esto es:

(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, 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.

Tampoco tiene acogida la tesis de enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o del demandante, ni de doble condena, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad, máxime que fue la conducta de las AFP la que generó la ineficacia aquí declarada.

Por lo que se **confirma** la sentencia revisada en cuanto ordenó a la **AFP Porvenir S.A.**, reintegrar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta

de ahorro individual con los rendimientos financieros, los valores descontados por **gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje aplicado a garantía de pensión mínima, estos tres debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, adjuntando documento en que aparezcan discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.** COLPENSIONES, debe aceptar el retorno del actor al RPMPD, recaudar los recursos que se ordena devolver y validar en la historia laboral las semanas a las que corresponden, para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar.

Ahora, con el propósito de abordar todos los argumentos planteados en el recurso de alzada, es importante señalar que, si bien se conoce que en algunas decisiones de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como las SL4059-2022 y la SL1806-2022, se respaldaron las sentencias emitidas por Tribunales en el sentido de rechazar la solicitud de anular la afiliación **inicial** al RAIS, ya que ello implicaría un intento de volver a la situación anterior a la selección de un régimen de pensión, y como nunca fueron parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no había obligación legal previa que exigiera aceptar a estas personas, recibir sus cotizaciones, ni reconocerles las prestaciones propias del sistema público, también es cierto que las Salas creadas en el marco del programa de descongestión no tienen competencia para modificar la jurisprudencia de la permanente, ni para crear nuevas líneas interpretativas de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, que agregó un párrafo al artículo 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Por lo tanto, cuando la mayoría considere que es necesario realizar este tipo de cambios, deben remitir el asunto a la Corporación titular, lo que no ha ocurrido, **sumándose a ello la especial situación del señor Francisco José, toda vez que contaba**

con vinculación como empleado público territorial desde el 01 de enero de 1991.

Finalmente, en relación a la condena en costas, es fundamental entender que estas constituyen una simplemente consecuencia procesal del ejercicio de una acción o excepción. Esto se traduce en un rubro económico que debe asumir la parte que resulte vencida en juicio, otorgando al vencedor el derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se haya visto obligado a incurrir (auto Sala de Casación laboral Corte Suprema del 24 de enero de 2007, radicado 31.155, reiterado en sentencia SL 5141-2019- autos CJS AL3132-2017, CSJ AL3612- 2017, CSJ AL5355-2017, CSJ AL2924-2022, CSJ AL2952-2022, CSJ AL5445-2022 y SL1567-2023). En este contexto, no importa si se actuó de buena o mala fe, ya que su imposición *"obedece a un criterio netamente objetivo, circunscrito al hecho real y cierto del resultado del juicio"* (SL5027-2021, que recordó la decisión AL, 24 ene 2007, rad. 31155, SL5141-2019 y SL3632-2021, así como la AL1764-2023), supuesto que también es avalado por la Corte Constitucional al aseverar que: *"la condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365 [del CGP]"* (sentencia C157- 2013). por lo que es procedente **confirmar las de primer grado y, ante el resultado adverso del recurso,** también se imputan en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y en favor del demandante. Las agencias en derecho se cuantifican en la suma de **\$1.300.000,oo.**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín, confirma** la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito dentro del proceso ordinario promovido por **Francisco José Restrepo Marín,** en contra de la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.**

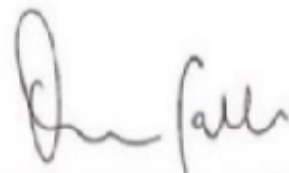
Costas en esta instancia a cargo de la **AFP Porvenir S.A, a quien se desata adversamente** la impugnación. Las agencias en derecho en favor del demandante se tasan en la suma de **\$1.300.000,00**

Lo resuelto se notifica a las partes por **EDICTO, que se fijara por secretaria de la Sala por el término de un día**, en acatamiento a lo dispuesto en auto AL2550-2021.

Los magistrados (firmas escaneadas)



LUZ AMPARO GÓMEZ ARITIZABAL



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

Firma Digitalizada Para Actos
Judiciales



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA