



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EDGAR MARROQUIN CLAVIJO
DEMANDADO: PORVENIR S.A. – COLPENSIONES
RADICADO: 05001 31 05 022 2020 00237 01
ACTA N°: 63

La Sala Sexta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ**, **LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE** y **JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ**, se constituyó en audiencia pública en el proceso de trámite ordinario laboral de primera instancia promovido por **EDGAR MARROQUIN CLAVIJO** para pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última entidad, frente a la sentencia con la cual el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín finalizó la primera instancia.

La Magistrada del conocimiento, doctora Ana María Zapata Pérez, declaró abierta la audiencia. A continuación, la Sala, previa deliberación sobre el asunto, como consta en el **acta 63** de discusión de proyectos, adoptó el presentado por la ponente, el cual quedó consignado en los siguientes términos:

1. LA DEMANDA¹

El DEMANDANTE pretende con este proceso básicamente lo siguiente: **i)** Se DECLARE la ineficacia de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., válida y sin solución de continuidad la afiliación al RPM con prestación definida, hoy administrado por COLPENSIONES. **ii)** Que se ORDENE a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes que el poderdante efectuó al régimen de ahorro individual, incluidos los rendimientos, frutos, intereses, comisiones y cuotas de administración. Y a COLPENSIONES a recibir todos los conceptos anteriormente mencionados. **iii)** Se CONDENE a las entidades al pago de las costas del proceso.

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** El señor EDGAR MARROQUIN CLAVIJO, nació el 14 de febrero 1961 y cuenta con 1387 semanas cotizadas según historia laboral del 27 de agosto de 2019. **ii)** Estuvo afiliado al extinto ISS, hasta que, en febrero de 1995 mientras laboraba en la empresa IMPORTADORA FOTO MORIZ S.A., donde le manifestaron que lo iban a afiliar al fondo privado PORVENIR S.A. por ser mejor que el Seguro Social, firmando afiliación sin recibir

¹ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 02Demanda

asesoría alguna por parte del fondo. **iii)** Al momento de la afiliación al RAIS no obtuvo la suficiente información sobre las condiciones pensionales del RAIS, ni tuvo re-asesorías, ni comparativos o proyecciones pensionales. Una buena asesoría le hubiese permitido evidenciar que le resultaba más beneficioso quedarse en el RPM. **iv)** Presentó derecho de petición a PORVENIR para que le remitieran las re-asesorías, estudios previos y proyección de la mesada pensional, hechas al momento del traslado, las cuales el fondo le dijo que fueron verbales y por tanto no se anexaba soporte. Igualmente se evidencia que la mesada pensional que le ofrece la AFP es mucho más baja que lo que le hubieran dado en el RPM. **v)** Solicitó a COLPENSIONES el retorno al RPM el 24 de enero de 2020.

2. CONTESTACIONES

2.1. PORVENIR S.A.²

La entidad se opuso a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma que aparecen formuladas en el escrito de demanda, y solicitó se le absuelva de todas y cada una de ellas. Propuso como excepciones las que denominó: PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COMPENSACIÓN, EXCEPCIÓN GENÉRICA.

2.2. COLPENSIONES.³

La administradora del Régimen de Prima Media se opuso a todas y cada una de las pretensiones contenidas en el libelo petitorio de la demanda, por carecer de fundamentación legal y fáctica. Propuso como excepciones: ASPECTOS LEGALES Y FINANCIEROS QUE IMPIDEN EL RETORNO DEL DEMANDANTE AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADO ENTRE REGIMENES PENSIONALES; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER Y PAGAR LA PENSIÓN DE VEJEZ; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES DE MORA O INDEXACIÓN; PREVALENCIA DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA; LA INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP ANTE COLPENSIONES, EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA; LA PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN; IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS; BUENA FE DE COLPENSIONES; INNOMINADA O GENÉRICA.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **15 de junio de 2023** el **JUEZ VEINTIDÓS LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones:⁵ **i) DECLARÓ** la INEFICACIA del traslado de régimen pensional efectuado en el año 1995 por el señor EDGAR MARROQUÍN CLAVIJO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR

² Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 19MemorialContestacionPorvenir / Págs. 2 – 24 PDF

³ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 10MemorialRespuestaColpensiones / Págs. 2 – 24 PDF

⁴ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 38ActaAudienciaArt77y80CPTYSS

⁵ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 37AudienciaArt77y80CPTYSS / Min. 01:31:40 – 01:34:59

S.A. **ii) ORDENÓ** a PORVENIR S.A. que en el término de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia, proceda a DEVOLVER los saldos de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración, 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, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, conforme lo dicho en la parte motiva de esta providencia. 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. Deberá normalizar la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP, conforme lo analizado en esta decisión. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES EICE reactivar en forma inmediata la afiliación del señor EDGAR MARROQUÍN CLAVIJO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra, sin solución de continuidad y recibir todos los dineros que le sean trasladados por PORVENIR S.A. realizando la respectiva actualización de la historia laboral. **iv) DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas y condenó en **costas** a cargo de PORVENIR S.A.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

4.1. PORVENIR S.A.⁶

Se cuestiona la orden referida a las sumas a devolver, señalando básicamente: i) El **artículo 20 de la ley 100 de 1993** menciona cuales son los porcentajes que se descuentan a los afiliados respecto del valor de su cotización y cuál es el porcentaje final que se va a destinar a la cuenta de ahorro individual. Al estar autorizada por la ley, **PORVENIR** no tiene la posibilidad de efectuar los retornos de cuotas de administración, gastos de seguros previsionales, y demás rubros, en consonancia también con lo indicado en el **literal b del artículo 113 de la ley 100 de 1993**. ii) Estas sumas no están destinadas a financiar la prestación del afiliado, no hacen parte integral de la pensión por lo que condenar a pagar a **PORVENIR** valores adicionales configura un enriquecimiento sin causa en favor del afiliado, de **COLPENSIONES** y del Estado. **iii)** Invoca concepto radicado 2019522169003000 del 17 de enero del año 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia y respecto a devolver a estos rubros de manera indexada, resalta su improcedencia invocando la sentencia C 161 de 2010 y SL9316 del 29 de junio del 2016, así como sentencia del Tribunal Superior de Cali en los procesos bajo los radicados 7600131050220220023401 y 760013105010 202256201. O en su defecto, autorizar a descontar tales rubros de los rendimientos generados en favor del demandante.

⁶ Carpeta 01PrimerInstancia / Archivo 37AudienciaArt77y80CPTYSS / Min. 01:35:40 – 01:40:21

4.2. COLPENSIONES⁷

La apoderada solicita revocar la sentencia, planteando varios aspectos: i) Dice que en el interrogatorio manifiesta el demandante que solicitó la doble asesoría con un año de diferencia, a **PORVENIR** en el **2019** y a **COLPENSIONES** en el **2020**, a sabiendas que había superado el tiempo para el retorno al RPM, por lo tanto COLPENSIONES actuando de buena fe niega la solicitud conforme al **artículo 2 literal e) de la Ley 797 de 2003**, por lo que resulta inviable el que se ordenara la ineficacia del traslado. ii) Para el momento en que solicitó el traslado tampoco contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, tiempo requerido por la **SU062 de 2010, T 089 de 2002, T 068 de 2009, C789 de 2002, C1024 de 2004, y SU130 de 2013**.

5. TRÁMITE, COMPETENCIA Y DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁸, ambas partes intervinieron de manera oportuna.

5.1. DEMANDANTE⁹

El apoderado solicita confirmar la providencia, señalando básicamente que tras examinar los medios de convicción documentales y el interrogatorio de parte, no emerge confesión ni hecho alguno capaz de desvirtuar las acuciosas consideraciones que sustentan la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen, por el contrario, resulta acorde con la doctrina vinculante emitida desde vieja data por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral y reiterada recientemente en virtud de sentencias tales como: SL1108-2022 del 16 de marzo del año 2022, SL5280-2021 del 03 de noviembre de 2021 y SL2611-2020

5.2. PORVENIR S.A.¹⁰

El apoderado introduce de manera extemporánea, cuestionamientos en contra de la decisión de declarar la ineficacia del traslado. Ya lo que fue materia del recurso, reitera: **i) Sobre las sumas a devolver** agrega que si la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, se autorice a PORVENIR S.A. a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos, representados en el reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 de la Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a Porvenir; y en pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos. Al

⁷ Carpeta 01PrimeraInstancia / Archivo 37AudienciaArt77y80CPTYSS / Min. 01:40:25 – 01:43:59

⁸ numeral 1 del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022

⁹ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 09AlegatosDemandante

¹⁰ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 13AlegatosPorvenir

declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad RISS (Colpensiones)*, por cuanto de acuerdo con el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio. Y de condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, esto es, *el monto de los aportes + rentabilidad Multifondos (RAIS)*, debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas, para que, en este asunto a PORVENIR S.A., no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros. **ii) Sobre la indexación de las condenas impuestas** transcribió apartes de la sentencia C- 00161 de 2010; del Tribunal Superior de Cundinamarca en proceso con Radicación 25899-31-05-002-2021-00111-01 y del Tribunal Superior de Cali en el proceso con Radicado 76001-31-05-012-2022-00234-01. De este modo, reitera lo planteado en el recurso:

“Luego, ordenar que Porvenir S.A. indexe cualquier suma de dinero, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó mi representada a partir del acto jurídico informado que celebró el demandante con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales”

5.3. COLPENSIONES¹¹

La apoderada solicita se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaración de ineficacia del traslado de **EDGAR MARROQUIN CLAVIJO**, planteando, en síntesis: **i)** Es necesario tener presente que la voluntad de la parte actora de poder emigrar de un régimen a otro, fue un derecho que ejerció al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, hecho ajeno a Colpensiones y contemplado en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su literal e). **ii)** La parte actora argumentó que la afiliación al fondo privado se produjo como consecuencia de la existencia de vicios en el consentimiento, ausencia de consentimiento informado, el abuso de la posición contractual, y la manipulación de la información, e indica, que de haber sido suficientemente informada sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, no habría aceptado el traslado. Y al respecto señala que, el análisis de la información suministrada por las AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas

¹¹ Carpeta 02SegundaInstancia / Archivo 04AlegatosColpensiones

preexistentes al acto que se juzga. **iii)** Invoca el artículo 48 de la Constitución Política, para señalar que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. **iv)** Finalmente solicita no se condene en costas dado que las decisiones de COLPENSIONES se encontraban legalmente amparadas y siempre se realizan bajo los preceptos del principio de buena fe.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso sobre los recursos de apelación de **COLPENSIONES** y de **PORVENIR S.A.**, y en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de **COLPENSIONES**, lo que impone efectuar el análisis en el siguiente orden lógico: En primer lugar, la evolución normativa sobre los DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN MATERIA DE ASESORÍA E INFORMACIÓN CLARA Y VERAZ para tomar la decisión de traslado de régimen inicial al RAIS. En segundo lugar, se analizará en el CASO CONCRETO si debe CONFIRMARSE la DECISION de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN del DEMANDANTE, verificando lo relativo a las sumas que se ordenan devolver.

6. LOS DEBERES DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN RELACIÓN CON EL ACTO JURÍDICO DE AFILIACIÓN O TRASLADO.

Esta Sala de Decisión ha tenido la oportunidad de expresar en varias oportunidades, que la decisión de un afiliado que estaba cotizando en el **I.S.S.** o en las otras Cajas de Previsión Social creadas antes de la Ley 100, **de trasladarse al RAIS**, exigía que la persona tuviese absoluta claridad en relación con su situación pensional, las diferencias entre cada uno de los regímenes, los beneficios e inconvenientes de cada régimen pensional y en especial, **los efectos que en su caso se generan si toma la decisión de trasladarse.**

El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es exigible **desde su creación, y sin hacer distinción alguna**, de acuerdo a lo previsto en el **Decreto 663 de 1993**, aplicable a las AFP desde su origen, en el que se prescribió en el **numeral 1.º del artículo 97**, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan **la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.***

Es así como, conforme a lo previsto en el **artículo 271** en concordancia con el **literal b) del artículo 13 de la Ley 100**, los trabajadores tienen la opción de **elegir** *«libre y voluntariamente»* aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y por ello, si alguna persona jurídica o natural atenta en cualquier forma contra el derecho de **afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social**, se genera como consecuencia la ineficacia de la afiliación.

En relación con este aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema ha desarrollado un precedente pacífico: **Radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL19447 de 2017, SL 4296 de 2018, SL 1452 de 2019, SL 1421 de 2019, SL 1688 de 2019, SL4360 de 2019, SL 3199, SL 3202 de 2020, SL 3676 de 2020, SL 081 -2021, SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021- SL 3706-2021, SL 3571-2021 y SL 3709-2021** que se apuntala en las siguientes premisas básicas:

- Si bien en los últimos años se ha intensificado la regulación, con lo previsto en la **Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5, 7 y 9; Ley 1480 de 2011 artículo 23, Parágrafo 1o. del artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015**, lo cierto es que la obligación de información clara y concreta previa al traslado se encuentra expresa en normas anteriores vigentes para la época en que se efectuó el traslado del demandante, **sin distinguir que tal deber sólo se refiera a los casos de las personas que eran beneficiarias del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100.**
- Para ello baste citar, **el artículo 13 en sus literales b) y k), el 106 y el 114 de la Ley 100**, en concordancia con lo previsto en el **artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la modificación introducida con la Ley 795 de 2003**, normas en las que se establece que la selección régimen se debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones como requisitos para poder afirmar su eficacia; así como la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado y tomar DECISIONES INFORMADAS.
- Siendo, así las cosas, antes del traslado el usuario debe conocer la lógica del RAIS y la esencia de su funcionamiento, sustentado en la capacidad efectiva del ahorro a lo largo de toda la vida para poder garantizar el derecho a una pensión. Y debe tener total claridad acerca de los aspectos relacionados no sólo con el monto y los requisitos de causación, sino la eventual opción de no acceder a ésta prestación. Todos estos aspectos deben ser expresamente informados, para que el usuario pueda efectuar la comparación con las disposiciones que regulan el derecho pensional a los afiliados en el Régimen de Prima Media.
- En fin, significa entonces que la asesoría que debe brindar la Administradora de Pensiones en esa **ETAPA PREVIA Y PREPARATORIA** a la formalización de la información, no sólo debe ser completa y comprensible para el afiliado, sino que trasciende al "DEBER DEL BUEN CONSEJO" en los términos definidos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su precedente, deber que en los mismos términos fue acogido en el **artículo 3 del Decreto 2071 de 2015**, pues al mostrar con detalle las diferentes alternativas de la persona tras el análisis de su caso, mostrando los beneficios e inconvenientes de tomar la decisión de traslado, debe incluso ir más allá, para evitar que la persona tome una opción que claramente la perjudica.
- Y en relación con la carga probatoria, es claro que en los términos del **artículo 1604 del Código Civil**, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, ello no se agota solo con traer los documentos

suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada fue suficiente para la persona, lo que no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada atienda las pautas para que se adopte una decisión completamente libre. Por ello, de acuerdo con lo previsto en los artículos 97 y 98 del Estatuto Financiero vigente en 1994, referidos a la debida diligencia que debían emplear las AFP, no se trata únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición. Y es así como las sub reglas establecidas por la Alta Corporación definen que al momento de analizar si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación: **a)** no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; **b)** en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones **allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados**, en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

- Finalmente, baste señalar cómo el criterio jurisprudencial orientador para este tipo de casos, fue plasmado en el **Código General del Proceso en el artículo 167**, norma en la que se consagra la posibilidad de distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar todo los elementos que ayuden a esclarecer el objeto del litigio y que en casos como el que hoy ocupa la atención de la Sala, no hay duda que la parte que debe cumplir con esa carga es el Fondo Privado: **a)** Maneja la carpeta con la historia de cada afiliado, con la información que le fue brindada al momento del trascendental acto del traslado o afiliación, **y la que se le ha entregado a lo largo de su permanencia en el fondo**, dirigida a orientarlo sobre las mejores opciones para que tome las decisiones que más le convengan; **b)** Conoce y tiene los datos de ubicación y preparación que recibió **el asesor** que tuvo a cargo la asesoría efectuada al afiliado y que hizo posible que éste firmara el acto jurídico de vinculación o de traslado al fondo de pensiones.

Por último, debe la Sala señalar que si bien, el precedente jurisprudencial se encuentra referido a casos de personas que se encontraban afiliadas a una administradora del Régimen de Prima Media y además, beneficiarias del régimen de transición, a quienes les afectó de manera considerable la decisión de traslado de régimen pensional; sin embargo, resulta evidente que la *Ratio Decidendi* de esas providencias resulta plenamente aplicable, a quienes eligieron el Régimen de Ahorro Individual por Primera Vez, porque lo relevante está, en que efectivamente se acredite dentro del proceso por la Administradora de Pensiones, que sí suministró la INFORMACION CLARA, COMPLETA, SUFICIENTE, en términos de transparencia y eficiencia.

7. EL CASO CONCRETO

Para efectuar el análisis se debe partir de las siguientes premisas no discutidas: **i) EDGAR MARROQUIN CLAVIJO** nació el **14 de febrero de 1961** por lo que en este momento cuenta con **62 años**¹²; **ii)** Se afilió inicialmente al I.S.S. desde el **01 de marzo de 1982** donde cotizó 156,29 semanas hasta el mes de **febrero de 1995**.¹³ **iii)** Se trasladó del REGIMEN DE PRIMA MEDIA al de AHORRO INDIVIDUAL administrado por **PORVENIR S.A.** suscribiendo formulario de traslado. La solicitud de vinculación se hizo el **18 de febrero de 1995**, en ese entonces trabajaba en IMPORTADORA FOTO MORIZ S.A. como TECNICO EN MANTENIMIENTO.¹⁴

La demandada ha afirmado a lo largo del proceso que la SELECCIÓN DE RÉGIMEN se tomó de **forma libre, espontánea y sin presiones** en los términos del formulario de afiliación suscrito por la actora, pero en criterio de la Sala, leyendas de este tipo no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, **acreditan un consentimiento, pero no informado**. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado de forma reiterada que la suscripción de aquel documento, 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 esta clase, son insuficientes para dar por demostrado dicho deber (CSJ: SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019 y SL2877-2020).

Pues bien, según lo acreditado en el proceso, resulta evidente que para la fecha en la que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones para **EDGAR MARROQUIN CLAVIJO** este tenía menos de **40 años** de edad y **de 15 años de servicio**. Pero de acuerdo con el análisis efectuado en el **acápito sexto** de esta providencia y con el precedente jurisprudencial sobre la materia, los promotores de la AFP ante la suscripción del formulario de traslado, **independiente de si la demandante era beneficiaria o no del régimen de transición**, tenía no solo el **DEBER** sino la **OBLIGACIÓN** de brindarle una **asesoría personalizada**, analizando **las circunstancias particulares**, **y mostrando aspectos concretos de su situación pensional**.

Como para la época en que suscribió el formulario no había entrado en vigencia la Ley 797, se le debió explicar que si permanecía en el I.S.S., el derecho a la pensión de vejez se causaría al arribar a los 55 años de edad y acreditando 1000 semanas cotizadas, para pensionarse con una mesada cuyo valor podría ser con una tasa del 85 % en caso de cotizar 1400 semanas, sobre un IBL integrado en los términos del artículo 21 de la Ley 100.

¹² 01PrimeraInstancia / Archivo 03PruebasYAnexos / Pág. 35

¹³ 01PrimeraInstancia / Archivo 03PruebasYAnexos / Pág. 30

¹⁴ 01PrimeraInstancia / Archivo 03PruebasYAnexos / Pág. 9

Y se le debió indicar además, que si se trasladaba para el RAIS, las condiciones pensionales serían las siguientes: **i)** Se podría pensionar antes de los 57 años, sin embargo tal circunstancia estaba sujeta a una condición y es que tuviera el capital suficiente para poder optar al menos por una pensión mínima (artículo 64 Ley 100); **ii)** Como la demandante tenía cotizaciones en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, debía saber que las cotizaciones que habían efectuado en el I.S.S. se verían representadas en un bono pensional tipo A que sólo **se redime en el caso de los HOMBRES a los 62 años**, de manera que, si se daban las condiciones para pensionarse anticipadamente, habría que negociar el bono en el mercado financiero, disminuyendo su valor, lo que tendría efecto en el valor de la mesada, en la medida en que disminuiría el valor del capital para financiar la prestación. **iii)** Frente al valor de la pensión en el RAIS, se debió explicar que ésta depende del capital consignado en la cuenta individual y según la modalidad pensional elegida (artículos 79 a 82 de la Ley 100), y que el valor que se abonaría a la cuenta individual no sería equivalente al 100% de la cotización, porque una parte se destinaría a pagar la prima mensual de la compañía de seguros, a gastos de administración y al fondo de solidaridad del RAIS. **iv)** Y en relación con la ausencia de beneficiarios en materia de pensión de sobrevivientes y la posibilidad de que los dineros de la cuenta de ahorro individual se destinen a la masa hereditaria, se debió precisar que **ello no ocurre si la muerte se presenta siendo pensionado bajo la modalidad de renta vitalicia**. **v)** También se debía indicar, que en caso de que no completara el capital suficiente para obtener una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones actualizado con el IPC), entonces **debían seguir cotizando hasta obtener 1.150 semanas y cumplir 62 años**, para poder acceder a la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, mostrando que esos dos requisitos eran superiores a los consagrados en el I.S.S. **vi)** Y que la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, es un beneficio que no se presenta en todos los casos porque está sujeto a unas condiciones y explicarle cuáles (artículo 84 de la Ley 100, vigente para la época), para que tuviese claro que, si no cumplía con ello, no obtendría pensión de vejez y por ello, la entidad le devolvería los saldos que estuvieran en su cuenta individual, con el efecto que eso genera en relación con la afiliación en salud.

Pero se observa con claridad que en el proceso no se acreditó por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el haber suministrado esta información clara, completa y detallada, sin que se hubiese efectuado confesión en contra por el señor **EDGAR MARROQUIN CLAVIJO**, diligencia en la fue enfático en reiterar las afirmaciones de la demanda relativas a la ausencia de información completa. Debe entonces la Sala CONCLUIR, conforme las normas, jurisprudencia y acervo probatorio recaudado, que resulta procedente **CONFIRMAR** la decisión de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN**.

Se destaca que la ADMINISTRADORA DEL RAIS y COLPENSIONES en la contestación propusieron la EXCEPCION de PRESCRIPCION, pero en el contexto que se ha venido analizando, debe señalarse que estamos en presencia de la ineficacia del traslado: Y una de las características esenciales de la inexistencia, es que es insubsanable por la prescripción - No adquiere vida por el transcurso del tiempo, por lo tanto, en cualquier tiempo puede ser alegada su inexistencia. En la sentencia **SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**, la Sala Laboral de la Corte explicó con claridad sobre la inoperancia del medio exceptivo, no solo por su conexidad con un derecho fundamental e irrenunciable, sino porque el sustento fáctico del proceso da lugar a consolidar el status de pensionado, y, en consecuencia, propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.

Finalmente, **en relación con las sumas de dinero que se deben devolver**, debe señalarse lo siguiente: **i)** En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala Laboral de la CSJ en sentencias **SL1688, 3464 y SL 4360 de 2019**, así como en la **SL 2877 y SL 4811 de 2020** ha explicado que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). **ii)** Y como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el **artículo 1746 del Código Civil** y este por analogía es aplicable a la ineficacia, según esta disposición, declarada la ineficacia, las partes, *en lo posible*, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. **iii)** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al ***statu quo ante*** no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen. **iv)** Y en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone **negarle efecto al traslado**, tal situación solo es posible bajo la **ficción de que el mismo nunca ocurrió**. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que **nunca se cambió al sistema privado de pensiones**, y si estuvo afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que **nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES**. **v)** Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como **los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021)**, los porcentajes destinados a conformar el **Fondo de Garantía de Pensión Mínima** y los valores utilizados en **seguros previsionales** con cargo a sus propias utilidades (**CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021**). **vi)** Así, reconoce

esta corporación que si bien existió una administración por parte de las AFP, además del pago de seguros, producto de la declaratoria de ineficacia todos los recursos deben trasladarse a aquella administradora que tendrá a su cargo el reconocimiento de las eventuales pensiones, por cuanto tales sumas repercutirán en la conformación del derecho pensional, teniendo presente que el RPM es un fondo común al cual ingresan de forma indistinta los recursos de todos los afiliados y que a través del sistema de reparto intergeneracional, se cubren las prestaciones causadas. Por ello, **PORVENIR S.A.** efectuará la devolución en relación con los períodos en que estuvo afiliado. **vii)** Se destaca que ninguna de las devoluciones acá ordenadas se ve afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, excepción propuesta por las accionadas, la que a voces de la Sala de Casación Laboral de la CSJ no opera en estos litigios, dado el carácter irrenunciable del derecho pensional, que se extiende a la acción para reclamar su conformación con todos los aspectos conexos que le son inherentes (**CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996. SL1688-2019**, reiterada en las **SL4360-2019 y SL 1055-2022**). **viii)** Finalmente, para garantizar la SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA esta Sala de Decisión ordenaba que el monto trasladado no fuese inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que el afiliado hubiere permanecido en el régimen de prima media y si así fuere, la AFP asumiera el pago de la diferencia, aplicando el precedente definido por la Corte Constitucional en las sentencias **C 1024 de 2004**, y en las **SU 062 DE 2010 y SU 130 de 2013** sobre los casos de las personas que regresan del RAIS al RPM. Pero reexaminando el asunto, y a partir del precedente vertido por la Sala de Casación Laboral en sentencias **SL 3202-2021, SL 2769-2021, SL3708-2021, SL 3710-2021-SL 3706-2021, SL 3571-2021, SL 3709-2021 y SL 1055-22**, considera que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse 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. Así, en este aspecto se **CONFIRMARÁ** la providencia que se revisa.

Con relación a las devoluciones que aquí se ordenan, y toda vez que al momento de proferirse la presente decisión el DEMANDANTE alcanzó los 62 años, es completamente posible que el bono pensional ya se hubiere redimido y su valor se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual del señor **MARROQUIN CLAVIJO**. Al tratarse de una eventualidad no acreditada en el proceso, se adicionará la sentencia, porque el valor del bono pensional corresponde al emisor, es decir al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, en consecuencia, PORVENIR S.A. deberá adelantar los trámites dirigidos a la correspondiente anulación del bono y devolverá a esta entidad las sumas que por este concepto hubiere recibido, debidamente indexadas. Decisión que se encuentra ajustada a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, concordado con el Artículo 57 del referido

Decreto, modificado por el Artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, inciso 2º hoy recopilados en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones. Así, **se adicionará la providencia.**

Sobre las **COSTAS**, debe indicarse lo siguiente: **i)** En primera instancia se **CONDENÓ** en **COSTAS** a **PORVENIR S.A.**, decisión que no fue cuestionada de manera concreta por esta entidad. **ii)** Y respecto a las **costas en esta instancia**, al no prosperar el recurso de apelación de **PORVENIR** se causan a su cargo. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v.

8. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **DECIDE:**

PRIMERO: Se **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín.

Y se **ADICIONA**, porque en caso de haberse redimido el bono pensional tipo A del demandante, se **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** adelantar los trámites para la correspondiente anulación del bono y así devolver las sumas que por este concepto hubiere recibido al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO debidamente indexadas, conforme lo definido en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En esta instancia se causaron costas a cargo de **PORVENIR** a favor del demandante. Agencias en derecho 1 s.m.l.m.v.

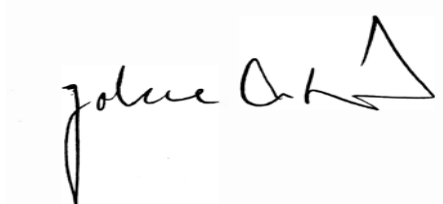
Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron

Los Magistrados,


ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

RADICADO: 050013105 022 2020 00237 01

SENTENCIA del //11/08/2023

Con este código puede acceder a la actuación de segunda instancia, **para ello debe tener una cuenta de Microsoft**. Enlace en caso de no tener lector QR:
<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EpkIP4FomCBGtEkVqZlfQrUB8NsXnDYnTNGuFHE5cn2Vog?e=9sMfts](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des06sltsmed_cendoj_ramajudicial_gov_co/EpkIP4FomCBGtEkVqZlfQrUB8NsXnDYnTNGuFHE5cn2Vog?e=9sMfts)