



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

SALA SEXTA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, dieciocho (18) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO: ORDINARIO LABORAL PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: JUAN EDGAR MARÍN RESTREPO
DEMANDADO: PORVENIR S.A. – COLPENSIONES
RADICADO: 050013105 004 2021 00158 01
ACTA No.: 66

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 **JUAN EDGAR MARÍN RESTREPO** para pronunciarse en virtud del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, así como también en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES frente a la sentencia con la cual el Juzgado **Cuarto** 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 66** 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 la afiliación del sr. JUAN EDGAR MARÍN RESTREPO al RAIS. Que COLPENSIONES afilie al Demandante, procediendo a continuación a solicitar la desafiliación de PORVENIR S.A., así como la de solicitar los dineros o depósitos, cuentas de ahorro pensional, bonos pensionales, cuotas de administración, porcentaje de garantía de pensión mínima intereses, dividendos o cualquier otro ingreso generado por lo activos que la integre. De ello, que PORVENIR entregue la totalidad de estos conceptos. **ii)** Que se condene a PORVENIR S.A. a reconocer, liquidar y pagar al demandante a título de sanción intereses moratorios cuantificados sobre el capital que conforma el bono pensional y liquidados hasta la fecha en que se haga efectivo el traslado al RPMPD. **iii)** Se CONDENE a las entidades al pago de las costas judiciales y agencias en derecho que se causen.

¹ 01PrimeralInstancia / Archivo 01 / Pág. 2 – 18

En sustento de sus pedimentos afirmó básicamente lo siguiente: **i)** El señor JUAN EDGAR MARÍN RESTREPO nació en Concepción, Antioquia, el 01 de febrero de 1959. Entre el 16 de febrero de 1986 y el 30 de diciembre de 2020 acreditó un total de 1.790,42 semanas o tiempo de servicios no simultáneos. **ii)** El 30 de julio de 1996 suscribió solicitud de vinculación al RAIS administrado por Horizonte S.A., traslado que se hizo efectivo a partir del 01 de septiembre de 1996. **iii)** Colpensiones, el 15 de octubre de 2019 negó la solicitud de anular la afiliación. Solicitud que también presentó ante PORVENIR S.A. el 08 de octubre de 2019 de la cual no se obtuvo respuesta de fondo. Posteriormente solicitó a dicha AFP le efectuaran una proyección del monto de su mesada pensional en ambos regímenes de pensiones, PORVENIR S.A. tampoco brindó respuesta alguna.

2. CONTESTACIONES

2.1. PORVENIR S.A.²

La entidad se opuso a las pretensiones. 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 de la demanda. Propuso como excepciones: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN DE LA AFP PORVENIR S.A., INEXISTENCIA DE NULIDAD DEL TRASLADO A LA AFP PORVENIR S.A., INOPONIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LA AFP PORVENIR S.A. ANTE COLPENSIONES EN CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN, INDEBIDA APLICACIÓN DEL ART. 1604 DEL CÓDIGO CIVIL, DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN EL REGIMEN DE PRIMA MEDIA, DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL, EQUIVALENCIA DEL AHORRO O DIFERENCIA PENSIONAL, DEVOLUCIÓN DE APORTES DEBIDAMENTE INDEXADOS, DEVOLUCIÓN DE CUOTAS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADAS POR PARTE DE LA AFP PORVENIR S.A., DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES DEBIDAMENTE DISCRIMINADOS, BUENA FE DE COLPENSIONES, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, EXCEPCIÓN INNOMINADA.

3. SENTENCIA⁴

En la audiencia del **29 de mayo de 2023** el **JUEZ CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN** tomó las siguientes decisiones:⁵ **i) DECLARÓ** la ineficacia del traslado del demandante JUAN EDGAR MARÍN RESTREPO y que hiciera del RPMPD que administra

² 01PrimerInstancia / Archivo 13 / Pág. 2 - 24

³ 01PrimerInstancia / Archivo 08 / Pág. 2 - 31

⁴ 01PrimerInstancia / Archivo 16

⁵ 01PrimerInstancia / Archivo

COLPENSIONES al RAIS que administra PORVENIR S.A. y para la data del día 30 de julio de 1996. En consecuencia, queda incólume la afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad. **ii) ORDENÓ** a PORVENIR S.A. que en virtud de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación retorne a COLPENSIONES, quien recibirá a satisfacción y equivalencia y en el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, aportes y rendimientos financieros en su totalidad. Además, remitirá a COLPENSIONES, los gastos o pagos de administración, pagos de seguro y reaseguro y pagos destinados al fondo de pensión garantía mínima debidamente **indexados**, desde su causación hasta su pago. Deberán acompañarse las documentaciones de soportes que acreditan ciclos y valores y demás documentación importante para COLPENSIONES. **iii) ORDENÓ** a COLPENSIONES que en virtud de esta declaración judicial brinde todas las garantías de afiliación al demandante, conserve los beneficios y garantías que lo cobijan, reciba los valores de la cuenta de ahorro individual y actualice el histórico laboral de aportes sin solución de continuidad. Medida Cautelar: no podrá COLPENSIONES negar el reconocimiento pensional aduciendo que no le han llegado los dineros del RAIS a satisfacción o equivalencia o los documentos. **iv) ABSOLVIÓ** a PORVENIR S.A. de la indemnización de intereses solicitados. **DESESTIMÓ** las excepciones de fondo o merito propuesta por COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Y **CONDENÓ** en COSTAS a PORVENIR S.A.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. COLPENSIONES

Se solicita de esta Sala se revoque la sentencia, cuestionando la declaratoria de ineficacia de la afiliación y la medida cautelar de reconocer la pensión de vejez si la entidad constata el cumplimiento de los requisitos: **i)** Señala que se está quebrantando el principio de la sostenibilidad financiera, la parte demandante no debe ser considerada como parte débil en el proceso, quebrantando el artículo 48 de la seguridad social. Resalta que en el RAIS puede adquirir de manera anticipada la prestación o una pensión de garantía mínima si ya tuviere 1150 semanas en dicho régimen. **ii)** Se quebranta el principio de la carga probatoria, la parte demandante debe demostrar que existió efectivamente un vicio en el consentimiento y no se debió invertir la en el fondo privado, pese a que no es beneficiario del régimen de transición. **iii)** Frente a la medida cautelar, señala que en la demanda en parte alguna se evidencia esta petición, el CGP preceptúa para su procedencia que sea a petición de parte no de manera oficiosa. Y si se llegase a dar el cumplimiento de los requisitos para la prestación, COLPENSIONES no se puede sujetar a esta medida porque primero debe constatarse la equivalencia de los aportes sufragados, que sean trasladados a COLPENSIONES las sumas que se ordenan devolver. **iv)** Finalmente, debe tenerse de presente que la simple manifestación de inconformidad de mesada pensional que iba a recibir en el RAIS no implica un vicio del consentimiento.

4.2. PORVENIR S.A.

La informalidad se contrae solo respecto a la **indexación de las sumas** a retornar a COLPENSIONES señalando, en síntesis: i) Dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP está la de garantizar esa rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, y esta es incompatible y excluyente al haberse gravado la indexación. Los recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados por el fenómeno de la inflación, por el contrario, ha generado unos rendimientos muy superiores a los que se garantiza en el RPM. ii) Menciona que el Tribunal Superior de Cundinamarca en la sentencia del 21 de junio de 2022 con radicado 002 2021 00111 y en sentencia del 25 de julio del año 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali con radicado 012 2022 00234 consideraron que el traslado de los rendimientos financieros compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda

4.3. APODERADO DEMANDANTE

El apoderado insiste en que se debe condenar a la **indemnización moratoria** de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual: **i)** Dice que si bien se graduaron las culpas y se determinó que la entidad obró con dolo o con culpa grave, se trata de una indemnización que opera por ministerio de la ley, recabando en que no se está pidiendo indemnización de perjuicios como lucro cesante, daño emergente, ni perjuicios morales. **ii)** Invoca el artículo 22 del Código de Comercio porque una de las partes es mercantil como el Fondo Privado de pensiones, para las condenas o montos de dinero adicional que se deban. Menciona el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 sobre los criterios técnicos actuariales en la sentencia que imparta la administración de justicia. Y refiere a que de acuerdo con el artículo 884 del estatuto de comercio, en todos los negocios mercantiles en que haya de pagarse réditos de un capital sin que se especifique el interés, este será el bancario corriente. Y que en caso de que no se haya estipulado el interés moratorio será equivalente a 1.5 veces el bancario corriente. **iii)** Señala que según el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, es menester reconocerle al señor JUAN EDGAR MARÍN RESTREPO el interés moratorio previsto en el artículo 884 del C de Comercio concordante con el art. 88 de la Ley 1328 de 2009 desde la fecha de presentación de la demanda, en la que se constituyó en mora el deudor; interés moratorio no a favor de COLPENSIONES sino del demandante y sobre el capital que conforma su cuenta de ahorro individual.

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

Habiéndose corrido traslado para formular alegatos de conclusión en esta instancia⁶, intervinieron las entidades, así:

⁶ Numeral 1 del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022

5.1. PORVENIR solicita **REVOCAR** en su integridad la sentencia de Primera Instancia para en su lugar **ABSOLVERLA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, solicitud que deviene extemporánea porque de acuerdo a lo definido en el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo modificado por el 10 de la Ley 1149 de 2007, la oportunidad procesal para interponer recurso de apelación es oralmente en la audiencia en que fue proferida la sentencia mediante sustentación estrictamente necesaria y allí mismo se concederá si es procedente. Así, se advierte que en la audiencia del pasado **29 de mayo de 2023 PORVENIR** solo cuestionó lo relativo a la condena a **INDEXACIÓN**, único aspecto materia de su recurso, y en los alegatos reitera el mismo planteamiento invocando la sentencia C- 00161 de fecha 13 de mayo del 2010 así como sendas providencias del Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01 y sentencia de fecha 25 de julio de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-00234-01

5.2. La apoderada de **COLPENSIONES** reitera los argumentos: i) Solicita **MODIFICAR y REVOCAR** la sentencia porque en relación a las pruebas allegadas dentro del proceso la parte demandante no logra acreditar los supuestos de hecho y de derecho para la declaratoria de **INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**, en razón a que no cumple con lo preceptuado por el artículo 167 del código general del proceso. ii) Solicita **REVOCAR Y MODIFICAR LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR** que consiste en reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante una vez se ejecutorie la decisión, insistiendo que esto no fue incluido en la demanda ni objeto del litigio, mucho menos se acredita la amenaza o vulneración actual de su derecho, resaltando que en esta clase de procesos la imposición de medida cautelar debe provenir de la omisión de la información para el acto de traslado en que incurrió **Porvenir S.A** quien es la encargada de DEVOLVER en su totalidad todos los emolumentos que registró desde el momento en el que se materializó la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que tal medida en contra de COLPENSIONES se torna violatoria y extra limitante. iii) Ya frente a la ineficacia del traslado al RAIS, no comparte la posición jurisprudencial porque creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, porque su simple afirmación respecto a que el fondo no le brindó información precisa, clara y exacta, le permite obtener el traslado al Régimen de Prima Media, sin que sea necesario que allegue el más mínimo elemento probatorio al interior del proceso. Así, invoca el Artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 334 para resaltar que es necesario dar prevalencia al interés general sobre el particular y tomar las medidas pertinentes en búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema

pensional conforme a los principios que rigen la Constitución Política, en la medida que el derecho a la seguridad social se encuentra atado al principio de sostenibilidad fiscal y estabilidad financiera del Estado. Así, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Pues bien, la Sala es competente para conocer del proceso en virtud del recurso de apelación de ambas partes demandadas y en el 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° 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) JUAN EDGAR MARÍN RESTREPO** nació el **01 de febrero de 1959** por lo que en este momento cuenta con **64 años**⁷; **ii)** Se afilió inicialmente al I.S.S. desde el **julio de 1988** donde cotizó 170 semanas hasta **agosto de 1996**⁸ **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 **30 de julio de 1996**, en ese entonces trabajaba en MUNICIPIO DE RIONEGRO como JEFE DE SALUD PÚBLICA⁹.

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 **JUAN EDGAR MARÍN RESTREPO** 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.

⁷ 01PrimerInstancia / Archivo 01 / Pág. 46 y 47

⁸ 01PrimerInstancia / Archivo 08 / Pág. 44 – 47

⁹ 01PrimerInstancia / Archivo 13 / Pág. 72

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 **JUAN EDGAR MARÍN RESTREPO** 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**).

Ahora bien, el Juez de instancia ordenó devolver estas sumas a COLPENSIONES indexadas y como Medida Cautelar decidió que: no podrá COLPENSIONES negar el reconocimiento pensional aduciendo que no le han llegado los dineros del RAIS a satisfacción o equivalencia o los documentos. De otro lado, ABSOLVIÓ a PORVENIR S.A. de los intereses solicitados en la demanda a favor del actor.

Estas decisiones son cuestionadas: i) No comparte PORVENIR la condena a indexación; ii) El demandante insiste en que se han debido reconocer intereses moratorios a su favor, no de COLPENSIONES, sobre las sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual; iii) La administradora del Régimen de Prima Media aduce la vulneración del debido proceso con la imposición de una medida cautelar que no fue solicitada y sobre la que no versó el litigio.

Pues bien, en relación con el planteamiento de **PORVENIR** sobre la **indexación** de tales sumas sea lo primero señalar que se trata de valores que se encuentran afectados por la devaluación de la moneda derivada de una economía inflacionaria como la nuestra, siendo claro que esta condena no implica el incremento del valor del crédito ya que su función consiste únicamente en *evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia*, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, lo que garantiza es que éste crédito no pierda su valor real. Así, se impone proferir una condena que ponga al demandante en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría de no haberse producido el menoscabo tal como lo dispone el **artículo 16 de la Ley 446 de 1998** según el cual «dentro de cualquier proceso que se surta ante

la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales». Y la forma en que aquello se garantiza en el marco de la protección especial de los derechos laborales y de la seguridad social es a través de la indexación como consecuencia de la incontenible depreciación de la moneda **(SL 359 -2021)**. Es así como, contrario a lo señalado por la recurrente 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** que lo procedente para tal fin es ordenar **la devolución de tales sumas debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos**, por lo que la providencia será CONFIRMADA.

A partir del anterior razonamiento, se resuelve la inconformidad de la activa, debiendo destacar que en virtud de la afiliación del señor **MARÍN RESTREPO** al Sistema General de Pensiones, las sumas que ha cotizado a lo largo de su vida a través de diferentes empleadores constituyen aportes de naturaleza parafiscal que recauda el sistema a través de sus entidades, con el único fin de financiar las prestaciones. Las consecuencias jurídicas del empleador en el pago de los aportes, trae como consecuencia el pago de unos intereses moratorios consagrados en el artículo 23 de la Ley 100; el incumplimiento de las entidades en el pago de las pensiones, acarrea a su cargo el pago de intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100. Y la ineficacia del traslado de régimen trae como consecuencia la devolución a COLPENSIONES de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual y los gastos de administración debidamente para garantizar la plena financiación de las prestaciones del actor. Pero, en manera alguna se genera con la decisión judicial adoptada, el pago de intereses moratorios a favor del demandante, pues desde el momento en que efectuó los aportes tales sumas pertenecen al sistema para financiar las prestaciones y por ello, lo que se ordena en manera alguna se encuentra a su libre disposición ni mucho menos genera el pago de los intereses deprecados para sí.

Respecto a las devoluciones que aquí se ordenan, y toda vez que al momento de proferirse la presente decisión el DEMANDANTE alcanzó los **64 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 **MARÍN RESTREPO**. 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, PROTECCION 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.**

Finalmente, en criterio de esta corporación se impone la **revocatoria de la medida cautelar** decretada en la sentencia. En primer lugar, es claro que el principio de congruencia en ningún caso quiere decir que las condenas impuestas en la sentencia deban ser un calco de las pretensiones de la demanda, pues bien puede ocurrir que la solución jurídica resultante del examen fidedigno y sin alteración de los hechos y con respaldo en el ordenamiento normativo, sea distinta a la propuesta por la demandante pues al juez le compete aplicar la norma jurídica que rige el caso conforme a los hechos demostrados en juicio, pues en procura de materializar el derecho a la justicia, los jueces no se encuentran atados a los argumentos esbozados por las partes sino al tema o materia objeto del litigio. Y respecto a las facultades extra y ultra petita establecidas en el **artículo 50** del Código Procesal del Trabajo de la de Seguridad Social, en la sentencia **SL2808-2018** reiterada en la **SL 3850-2020**, se indicó lo siguiente:

“la facultad extra petita -por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.

Y por su parte, la ultra petita -más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor.

Dichas facultades radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, **y el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia C-968-2003 y tal y como lo ha señalado esta Sala en forma reiterada desde la providencia SL5863-2014.** (negrilla intencional)

Pero se verifica por esta corporación que este proceso no versa sobre el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante, lo que no fue incluido en la demanda ni en manera alguna fue discutido en el juicio, que solo versó sobre la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, siendo claro que la decisión adoptada sobre este tópico sin duda excede las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico al A quo, en desmedro del debido proceso y derecho de defensa de COLPENSIONES.

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**, el recurso de apelación de **PORVENIR** no prospera por lo que se impondrán a su cargo y a favor de la activa. Agencias en derecho un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

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 **Cuarto** Laboral del Circuito de Medellín, pero se **REVOCA** la Medida Cautelar impuesta en contra de COLPENSIONES y se **ADICIONA** la providencia 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 condena en **costas** a cargo de PORVENIR y a favor de la activa. Agencias en derecho un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

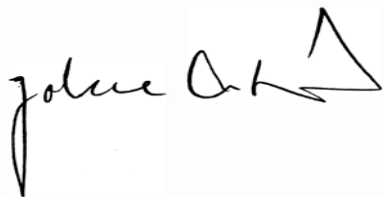
Se ordena la notificación mediante EDICTO y vencido el término se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen. Se termina la audiencia y en constancia se firma por quienes intervinieron.

Los Magistrados,


ANA MARÍA ZAPATA PÉREZ



LILIANA MARÍA CASTAÑEDA DUQUE



JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ