



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Demandante: NAYIB DONALDO CAMACHO OVIEDO
Demandados: ACP COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicado: 05001 31 05 011 2021 00127 01
Sentencia: S-101

AUTO

En atención a la escritura pública 3748 del 22 de diciembre de 2022 allegada al expediente, así como la inscripción en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., se le reconoce personería como apoderado judicial de PORVENIR S.A. al Dr. OCTAVIO ANDRÉS CASTILLO OCAMPO, T.P. 380.131 del C. S. de la Judicatura.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades codemandadas, al igual que dar trámite al grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES en lo no recurrido, con motivo de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín el día 22 de septiembre de 2022.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES

NAYIB DONALDO CAMACHO OVIEDO demandó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, pretendiendo se declare la ineficacia o nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, disponiéndose su retorno a COLPENSIONES sin solución de continuidad, con la consecuente orden de trasladar todos los aportes recibidos. Y que se condene en costas procesales a las codemandadas.

LOS HECHOS

Expone como fundamento de sus peticiones, que nació el 24 de febrero de 1960; que siempre cotizó en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy Colpensiones, hasta el día de su traslado el 8 de junio de 2000; que antes de cumplir los 52 años de edad no se le efectuó asesoría alguna; que la afiliación inicial de traslado no obedeció a una libre y plena manifestación de la voluntad, no solo por la falta de información veraz y suficiente sino por el engaño sufrido; y que sería más favorable la pensión en el Régimen de Pirma Media que en el de Ahorro individual.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, COLPENSIONES acepta la fecha de nacimiento del demandante, y la afiliación a esa entidad; y que no le consta el posterior traslado a la AFP PORVENIR S.A., ni la información suministrada por el mismo, por tratarse de situaciones ajenas a su conocimiento. Se opuso además a las pretensiones, toda vez que la decisión de traslado de régimen nació de un acto libre y voluntario del

demandante. Como excepciones propuso inexistencia de la ineficacia del traslado, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, equivalencia del ahorro o diferencia pensionales, devolución de aportes debidamente indexados, devolución de cuotas de administración debidamente indexadas, buena fe, prescripción e imposibilidad de condena en costas.

PORVENIR S.A. no le consta la fecha de nacimiento del actor, como tampoco la afiliación a COLPENSIONES; que la afiliación a este fondo se presentó el 8 de junio de 2000 haciéndose efectiva el 1º de agosto del mismo año; que no es cierto que el traslado no obedeció a una libre y plena manifestación de la voluntad, toda vez que siempre se le ha dado una continua asesoría e información en relación con las condiciones del régimen, y además éste contaba con la totalidad de canales de información para solicitar información; que la afiliación fue realizada en cumplimiento de las obligaciones vigentes para la fecha; que no el consta las proyecciones realizadas; y que no el constan los hechos que van dirigidos en contra de COLPENSIONES. Se opuso a las pretensiones, toda vez que la afiliación fue un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento. Como excepciones propuso la de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 22 de septiembre de 2022, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, **DECLARÓ** la ineficacia de la vinculación al RAIS del demandante, administrado por la AFP PORVENIR S.A., a la que le **ORDENÓ** trasladar al RPMPD los aportes como son cotizaciones, gastos de administración, frutos e intereses, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, rendimientos,

garantía de pensión mínima, reaseguro de Fogafín y aportes al fondo de solidaridad, con la respectiva indexación, y sin aplicar equivalencia alguna. Finalmente **CONDENÓ** en costas a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo decidido, el apoderado de PORVENIR S.A. expone en su recurso que el traslado de régimen pensional realizado por el demandante en su momento fue eficaz y se hizo conforme a la normatividad vigente para el año 2000, y, asimismo, se le brindó la información de manera previa y verbal como lo expresó el demandante, lo cual culminó con la suscripción del formulario de afiliación; que la única inconformidad presentada por el actor es el valor de su mesada pensional más no la falta del deber de información; que en caso de mantener la declaratoria de ineficacia, solicita se revoque la sentencia de manera parcial en su numeral segundo respecto de la devolución de gastos de administración, descuentos de seguros previsionales e indexación, toda vez que se deben tener en cuenta las restituciones mutuas y que estos conceptos no fueron solicitado en la demanda, y además que estos dineros también son descuentos que se realizan en el régimen de prima media, y por lo tanto, solo se debe ordenar la devolución de los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante, como aportes y cotizaciones, sus respectivos rendimientos, y lo descontado para el fondo de garantía de pensión mínima; y que no se debe condenar en costas por no salir avante todas las pretensiones y por no tener el fondo privado autorización de la ley para declarar la ineficacia.

Por otro lado, la apoderada de COLPENSIONES expone que se debe revocar la sentencia, ya que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal del artículo 2 de la ley 797 de 2003, ya que cuenta con 62 años de edad y cumple con la edad requerida para acceder a

la pensión de vejez y en virtud de la anterior norma solo tenía la posibilidad de trasladarse de régimen hasta los 52 años de edad. Respecto del traslado aclara que el demandante por voluntad propia decidió trasladarse al RAIS sin que se haya demostrado a la fecha la existencia de algún vicio en dicho traslado, por lo que debe permanecer incólume su afiliación a PORVENIR S.A., pues esta se realizó con la normatividad vigente para la época; y que en el evento que se confirme la sentencia se ordene a PORVENIR S.A. a todos los recursos que se encuentren en la cuenta individual del actor de manera indexada; y que no debe ser condenada en costas, ya que es un tercero ajeno a la relación contractual existente entre el actor y el fondo privado.

Así mismo, se conoce del asunto también vía grado jurisdiccional de **Consulta** a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legalmente concedido, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión a través de los cuales reitera lo dicho en la contestación a la demanda y en el recurso de apelación.

Por su parte, PORVENIR S.A. indicó en sus alegatos que no se debió declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, toda vez que esta se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, y cumpliendo con todos los requisitos exigidos en la ley para la fecha de afiliación; que si se decide confirmar la decisión solicita que no se condene al traslado de manera indexada de los costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, la prima de reaseguro de Fogafín y los aportes a fondo de solidaridad pensional. Y que no se debe condenar en costas

procesales, ya que la entidad siempre obró de buena fe y cumpliendo todas las disposiciones legales.

Y, por último, el apoderado del demandante, señaló que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que PORVENIR S.A. no brindó una información completa, objetiva, transparente, veraz de las características del régimen privado, no existiendo el deber legal de información.

CONSIDERACIONES:

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por las codemandadas en contra de la sentencia de primera instancia, e igualmente conocer del proceso vía grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Entre los hechos que a esta altura del proceso han quedado acreditados, se tiene que: **i)** NAYIB DONALDO CAMACHO OVIEDO nació el 24 de febrero de 1960; **ii)** estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y realizando aportes desde el 15 de junio de 1993; y **iii)** el 8 de junio de 2000, se vinculó a la AFP PORVENIR S.A., entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

Ahora bien. La diferencia jurídica que se plantea en este caso, consistente en la pretensión de la parte actora en punto que se declare ineficaz el traslado que efectuó desde el Fondo público y común administrado por el ISS, al Fondo privado de ahorro individual, fundada en una insuficiente información por parte de esta última entidad en cuanto a las consecuencias reales de dicha determinación, ha sido materia de múltiples decisiones judiciales orientadas desde la cúspide de la jurisdicción ordinaria laboral.

Si bien es cierto, en principio, tal traslado se hizo como producto de un concurso de voluntades entre personas plenamente capaces, no lo es menos que se presentaba una relación asimétrica en el sentido de que los Fondos privados como agentes del sector financiero de la economía, tenían, desde su creación, el deber legal de suministrarle al afiliado una explicación completa pero concreta, hecha a la medida de la situación particular del interesado, de las consecuencias del traslado y con la esencial finalidad de que este pudiese tomar una decisión informada sobre un aspecto ligado a su proyecto de vida futura.

En efecto, desde la expedición del decreto 663 de 1993¹, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que en su Capítulo VIII incluye a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, dispuso dicha obligación en los siguientes términos:

*“Art 97. **Información a los usuarios.** Las entidades vigiladas deben 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 claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.*

Por su parte, la Ley 100 de 1993 también intervino el punto, pues en su artículo 271 estableció:

*“Art. 271. **Sanciones para el Empleador.** 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 en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder 50 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*

¹ Norma posteriormente actualizada por la ley 795 de 2003 “*ley por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero*”

en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador."

Así mismo, importa señalar al respecto, que la jurisprudencia laboral ha sido consistente, reiterada, pacífica y uniforme desde el año 2008, en señalar que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, es un deber exigible desde su creación, advirtiendo, además, que en este tipo de casos la carga de la prueba recae sobre los fondos privados, especialmente por plantearse una afirmación indefinida como lo es el hecho que la persona afiliada no ha recibido la suficiente información, lo que solo puede ser desvirtuado con la prueba positiva por la cual se acredite que tal obligación sí se cumplió.

Tesis que se introdujo desde las sentencias 31.989 y 31.314, ambas del 9 de septiembre de 2008, por cuenta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyas consideraciones se han venido renovando y reiterando con el transcurso de los años a través de múltiples pronunciamientos. Cabe destacar lo que se dijo en aquellas primeras providencias, así, en la Rad. Nº 31.989 de 2008:

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de 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. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."

Del desarrollo jurisprudencial posterior se evidencian algunos ejes claves para la declaratoria de la ineficacia del traslado y que se resumen en lo siguiente:

- (i) El juez debe constatar el deber de información como un elemento ineludible de la ineficacia del acto jurídico;
- (ii) El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, es insuficiente, pues ello no demuestra por si solo que se hubiere brindado una información idónea, y se requiere en todo caso la prueba del consentimiento informado;
- (iii) Le incumbe a la respectiva AFP del RAIS, por inversión de la carga de la prueba, demostrar que en el momento del traslado le suministró al afiliado (a) la información suficiente y completa sobre las consecuencias de tal decisión, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; y
- (iv) No es necesario ser beneficiario del régimen de transición o estar próximo a causar el derecho para que se produzca la ineficacia del traslado.

En el presente caso, no se observan pruebas fehacientes que permitan tener por acreditado que el fondo privado brindó, en el momento del traslado, una información integral de las condiciones subjetivas del afiliado, con explicación de las ventajas y desventajas de la reubicación entre regímenes y su incidencia en su caso particular, de tal manera que aquel pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas. Esto es, el Fondo privado incumplió su deber de información, al no suministrar, de modo claro y preciso, las características, consecuencias y efectos del cambio de régimen.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, no se vislumbra confesión alguna respecto del cumplimiento a ese deber de

información, manifiesta simplemente el demandante sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado de régimen que, al encontrarse laborando con la Universidad de los Llanos en el año 2000, llegó un grupo de vendedores del fondo privado, los cuales le manifestaron en una reunión grupal de 20 minutos, que iban a obtener una pensión más alta y en menor tiempo posible, ya que existía la posibilidad que se acabara el Instituto de Seguros Sociales y la pensión corría un riesgo; que no le dijeron que sus aportes generaban intereses; que el formulario fue diligenciado por los mismos asesores con sus datos; y que actualmente quiere regresarse a COLPENSIONES, debido a que se siente perjudicado en su mesada pensional.

De lo antepuesto no se deriva –entonces- que aparezca clara la prueba de un reconocimiento de que los promotores del Fondo privado hubieren informado en detalle las diferencias jurídico-financieras de los sistemas pensionales, con expresión de sus características propias, así como las repercusiones que una decisión de semejante calado podría traerle al afiliado al momento de hacer efectiva la prestación.

Lo anterior permite dar aplicación al citado artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”*.

Sin que tampoco sea de recibo el argumento relacionado con la imposibilidad en el traslado de régimen con fundamento en el art. 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la Ley 100 del 1993, tema frete al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según sentencias como la SL 655 y SL 1022 del 23 de marzo

de 2022, ha considerado que es un despropósito “... centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a la AFP Porvenir S.A. en el año 1999”.

En consecuencia, en este puntual aspecto se **CONFIRMARÁ** la decisión adoptada en primera instancia.

Conceptos a devolver.

De otro lado, en cuanto a decisión de ordenar también la devolución de las cuotas de administración, seguros previsionales y demás conceptos, tema cuestionado en el recurso de apelación por PORVENIR S.A., basta con indicar que la Sala ha considerado en múltiples pronunciamientos, que es factible ordenar a la AFP correspondiente, que proceda con la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación de cada persona, teniendo en cuenta que no es ello más que una consecuencia natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su situación anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Criterio que ha adoptado acogiendo lo que en tal sentido ha indicado en reiteradas oportunidades la SCL de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como las ya citadas, pero con mayor énfasis en otras como la SL 4964 de 2018 o la SL 2877 del 29 de julio de 2020, rad. 78667, rememorada más recientemente en las sentencias SL 5595 de 2021 y SL 1637 del 11 de mayo de 2022, en las que dijo expresamente lo siguiente:

“Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y

*para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, **la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales**, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

(...)

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos**, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. **Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima**, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional."*

Se advierte igualmente que la orden a PORVENIR S.A. de trasladar los conceptos mencionados, es decir, las cuotas de administración, seguros previsionales y aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, deben incluir la respectiva indexación tal y como fue ordenado en primera instancia, pues así lo ha entendido igualmente la propia jurisprudencia ya citada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En ese aspecto, contrario a lo que sostiene el apoderado de PORVENIR S.A., dicha Corporación sí ha ordenado tal indexación y lo ha hecho en sentencias como las ya citadas, pero de forma más clara y reciente en la sentencia SL 3349 del 28 de julio de 2021, rad. 88826 en la que concluyó, entre otras cosas, que uno de los efectos de la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional, es que *"... todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar."*

Condena en costas.

Finalmente, otro tema que cuestiona el apoderado de PORVENIR S.A. a través de su recurso de apelación, tiene que ver con la condena en costas impuesta a su cargo. Para resolver la inconformidad que plantea la recurrente, basta con señalar que el artículo 365 del Código General del Proceso ratificó el criterio objetivo en cuanto ordena que en los procesos y en las actuaciones posteriores en que haya controversia, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos.

Resulta que en este caso PORVENIR S.A. presentó oposición a las pretensiones de la demanda alegando entre otras cosas el cumplimiento del deber de información y la validez del acto jurídico de traslado, lo que implica que deba entenderse como entidad vencida en juicio y por ende obligada al pago de las costas procesales

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la condena en costas impuesta a cargo de COLPENSIONES, si bien a esta entidad se le ordenó recibir el valor de los aportes realizados a la AFP del RAIS y a reactivar la afiliación del demandante, es solo la consecuencia lógica de la orden previamente impartida en este proceso en el sentido de declarar la ineficacia de esa afiliación al RAIS, de manera que, sin esta orden, aquellas condenas no se hubieran producido.

Dicho de otro modo, era inexigible otra conducta para COLPENSIONES antes de que la presente declaratoria de ineficacia del traslado se hubiere proferido, pues esta entidad no es autoridad judicial como para resolver, antes del proceso, la reclamación del demandante, por tal razón, no es admisible imponer costas en su contra.

En consecuencia, la decisión deberá ser **CONFIRMADA** y **REVOCADA**.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1´160.000.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, el día 22 de septiembre de 2022, pero la **REVOCA** exclusivamente en cuanto condenó en costas a COLPENSIONES, para en su lugar **ABSOLVERLA** por este concepto.

Costas en esta instancia por haber resultado vencida en el recurso, a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1´160.000.

Notifíquese por EDICTO.

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado

Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0146483440a5647039acddb4cbd971337a0bd41c0c63a407091fef2be3756507**

Documento generado en 20/04/2023 01:48:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>