

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE	: CARLOS ALFONSO CAMACHO MARQUEZ
DEMANDADO :	: COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO
RADICADO NACIONAL	: 05-001-31-05-019-2018-00374-01
RADICADO INTERNO	: 121-20
DECISIÓN	: REVOCA, ADICIONA Y CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO	: 003

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, procede a emitir sentencia de segunda instancia en la que se estudia el recurso de apelación, en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con el **Decreto 806 de 2020**: “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, artículo 15, la sentencia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante, solicita se DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado realizado al RAIS a PORVENIR S.A y se declare valida y sin solución de continuidad la afiliación al RPM, y que si a la fecha de proferir la sentencia cuenta con la edad y las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez se declare que COLPENSIOENS es quien debe reconocerla a partir del 02 de marzo de 2023 junto con los intereses moratorios. Partiendo de lo anterior solicita se CONDENE a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES los aportes del demandante de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos sin ningún descuento por cuotas de administración. Se CONDENE a COLPENSIONES a reactivar la afiliación al RPM.

Como fundamento factico de las pretensiones indicó que, nació el 02 de marzo de 1961, fue afiliado al ISS e hizo aportes entre el 12 de diciembre de 1984 al 29 de febrero de 1997, para un total de 573.14 semanas cotizadas. Que se trasladó del RPM al RAIS el 23 de enero de 1996 a HORIZONTE hoy PORVENIR y devengaba para dicha fecha 5.96 salarios mínimos. Que ha cotizado 1.094 semanas desde su afiliación al RAIS y cuenta con un total de 1.667 semanas cotizadas. Que al momento del traslado no se le dio la debida información, ni se le brindo reaseroria antes de cumplir los 52 años. Que Porvenir S.A el 11 de julio de 2017 realizo simulación pensional cuando contaba con 56 años de edad, indicándole que a los 62 años su mesada pensional sería de \$1.995.900 sin volver a cotizar y de \$2.116.300 cotizando 12 meses al año. Que el 23 de abril de 2018, radicó ante Colpensiones

reclamación en la cual solicita tener como ineficaz o nula la afiliación al RAIS y dicha petición fue negada. Que la mesada pensional que recibiría en el RPM sería de \$3.394.587.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 16 de septiembre de 2020, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, DECLARO la INEFICACIA de la afiliación del demandante al RAIS. ORDENO a COLPENSIONES aceptar el regreso o vinculación del demandante a esa entidad. ORDENO a PORVENIR S.A a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones obligatorias, gastos de administración y comisiones, sin incluir los valores destinados a pago de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses. ABSOLVIO a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante. CONDENO en costas a PORVENIR S.A, y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.097.254.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A interpone recurso de apelación manifestando que se debe revocar la sentencia pues indica que se desconoció la normativa vigente para el momento del traslado en el año 1996, donde la información que se debía brindar era una simple información, clara, suficiente y veras, y que adicionalmente se dejó de lado que el demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado en el RAIS corroboró la voluntad de estar afiliado en dicho régimen a través de las cotizaciones realizadas a través de su empleador. Que desde el interrogatorio de parte este dijo desde hace cuánto estaba inconforme con la administración de PORVENIR y dijo que solo unos 5 o 6 años que decidió trasladarse a Colpensiones, por lo que indica que no existen elementos probatorios de juicio que desvirtúen esas negaciones de carácter indefinido, tanto que el demandante afirma que si recibió una entrega de una información y una asesoría, no se les entregaron proyecciones pensionales por cuanto para dicha fecha esta obligación no estaba vigente. Que además el acto jurídico cumplió con los requisitos para que existiera tales como capacidad de ambas partes, y ambas partes conocían cual era el objeto del contrato que era administración los recursos bajo el RAIS. Que además las cuotas de administración están debidamente causadas y fueron administrados en debida forma los recursos del demandante.

El apoderado de Colpensiones interpone recurso manifestando que la afiliación al RAIS goza de plena validez, y al momento del traslado el demandante estaba aceptando las condiciones, y lo que se avizora es una intención del traslado por la diferencia en la mesada pensional. Que, si bien existe la carga dinamina de la prueba, esto no significa que la parte demandante tenga que acudir a una actitud pasiva frente a lo que debía probar. Por lo anterior solicita se revoque la sentencia y se exonere de toda responsabilidad a Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte demandante presenta alegatos de conclusión solicitando se confirme la sentencia que declaró la ineficacia del traslado, reiterando los mismos argumentos ya expuestos en la demanda relacionados con el hecho de que al demandante no se le brindó una asesoría clara, completa y eficiente, la cual le permitiera tomar una decisión consiente sobre las implicaciones que en su futuro pensional acarrearía dicho traslado.

La apoderada de Porvenir S.A presenta alegatos de conclusión indicando que se debe revocar la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaratoria de la ineficacia por cuanto según esta no existían razones fácticas o jurídicas para tal declaratoria, pues la decisión de la parte actora se realizó de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley.

Con respecto a la condena consistente en devolver a Colpensiones los valores recibidos con motivo a la afiliación, con excepción de los dineros descontados por concepto de administración de las cuentas en ahorro individual, indica que dicha orden es improcedente en tanto que la deducción para los gastos de administración es por ley, artículo 20 de la ley 100/93, se constituiría un enriquecimiento sin causa y se afectaría la sostenibilidad del sistema.

El apoderado de Colpensiones presenta alegatos solicitando revisar la sentencia de primera instancia, toda vez que una sentencia favorable a los intereses del demandante viola directamente la Constitución Política de Colombia y además desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - Art. 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que una declaración injustificada de la ineficacia del traslado como lo sería en este caso, pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, pues este tipo de decisiones tienen un gran impacto fiscal, lo cual se podría traducir en la descapitalización del régimen de prima media, pues personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema. De esta manera solicita la revocatoria de la sentencia.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar si es procedente la declaratoria de ineficacia, y en caso de ser ello positivo, si hay lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales debidamente indexados, y, en consulta a favor de Colpensiones si debe devolverse lo deducido para el fondo de garantía de pensión mínima.

Para el caso en concreto no existe discusión y está acreditado que el demandante nació el 02 de marzo de 1961, (25); así mismo se tiene que estuvo afiliado al ISS desde el 12 de diciembre de 1984, a través del empleador Ingenio Risaralda S.A, y se trasladó al RAIS a la AFP HORIZONTES S.A, hoy PORVENIR S.A desde el 23 de enero de 1996. (fls 27).

Descendiendo al caso en particular se tiene que, en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el demandante, no se tiene confesión en favor de la AFP con respecto a la ineficacia de la afiliación pretendida, antes bien, de lo narrado por este se tiene que manifestó que, es supervisor de mantenimiento mecánico, que no recuerda cuando se trasladó a horizonte, que en ese entonces en la empresa programaron unas reuniones con empresas de pensiones privadas donde fueron muchos invitados y donde les decían que los fondos de pensiones por ser privados iban a tener mayor rendimientos, y por ser bastante el grupo humano, iban a tener mayor rendimiento económico, y que el ISS estaba destinado a desaparecer por ser un fondo público. Que la asesoría fue una reunión, pero no se le hicieron proyecciones de pensión de acuerdo al salario que tenían. Que no le hablaron que los aportes eran heredables. Que hace 5 o 6 años que se dio cuenta que no le conviene estar en el RAIS.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. De la ineficacia del traslado

Pues bien, respecto a la ineficacia del traslado se tiene que el derecho a la seguridad social es irrenunciable conforme el artículo 48 y 53 de la CP, por ello cualquier pretensión de cambio en las condiciones de este derecho pensional debe ser tomado de manera autónoma y consiente con una comprensión volitiva tal que no quede duda que la información entregada por la entidad para que, con la libertad e información, la persona pueda decidir si se cambia de régimen o no.

Visto lo anterior, debemos revisar que con base en el art. 13 literal b) de la L 100 de 1993 que habla de la característica de la seguridad social, y señala allí: *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”*, y si nos remitimos al art 271 de la L 100 señala que **no será eficaz el traslado** si se menoscaba la libertad, la dignidad humana, los derechos de los trabajadores que son sujetos de protección, y dice que *“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...”* no solo a la multa sino que dice en forma expresa *“... La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*, o sea que se refiere a una ineficacia.

Igualmente, desde el **Decreto 720 de 1994**, por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, en el capítulo relativo a LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y ORGANIZACIÓN DE LOS PROMOTORES, en sus artículos 10 y 12 respectivamente reza:

“RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquellos que **impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-** en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad **compromete la responsabilidad de la sociedad administradora ...**” (Resalto fuera del texto)

“OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones **deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información** a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.” (Resalto fuera del texto)

Este deber profesional que existe desde 1994, ese de información que permita al usuario tomar una decisión libremente consentida, es decir, **la carga de la prueba correspondería a la entidad demandada**, y que en estos casos corresponde a que se demuestre: cuál fue la información que se le entregó y en qué vastedad se presentó. Tal conceptualización se encuentra en la sentencia SL 12.136-2014, Rad. 46.292 del 3 de Sept. de 2014, M. P. Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza:

“...A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia

que aquella pueda tener frente a sus derechos pensionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;...”.

Desde ahí ha existido una línea jurisprudencial, entre otras la de radicado 17.595 de 18 de octubre de 2017, en donde se dice, que la información tiene que ver con: 1º. La antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, 2º. El deber de información concreto y comprensible; y 3º. Que sea de manera prudente, y de manera más específica. Igualmente, la sentencia SL 19.447 de 2017 con radicado 47.125, que indicó que aún operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

En igual sentido continuó esa línea jurisprudencial en el año 2019, como lo es con la SL 1.688, SL 1421 de 2019, SL 4426 de 2019 y recientemente la sentencia SL 2611 de 2020, y de forma más reciente como juez constitucional en las sentencias STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestaron que los fondos de pensiones son los obligados a dar una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea; y que la carga de la prueba sobre el deber de información corresponde a las AFP, debiendo probar que dicha información fue realizada, con diligencia, cuidado y buena fe, sin que implique en momento alguno que la sola firma o diligenciamiento del formulario pueda entenderse verdadera información.

La anterior argumentación es aplicable al caso concreto, pues HORIZONTES hoy PORVENIR no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la demandante, cuando tomó la determinación de trasladarse de régimen en primer momento en el año 1996, sin que existiera confesión de una información suficiente y cierta de las desventajas del RAIS, ni de los factores cambiantes que inciden al cuantificar la mesada pensional como son la rentabilidad, las cotizaciones y la edad probable de ellas y sus posibles beneficiarios al momento de pensionarse; tampoco sobre la deducción de los gastos de administración, ni de seguros previsionales; y no le informaron de modalidad pensional que debía escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de un capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada., siendo esta la razón por lo que se genera que se haya violentado el **derecho de libertad de selección** del régimen, además de la vulneración del derecho a la dignidad y a la seguridad social de la persona conforme el art 272 de la ley 100 de 1993.

Al respecto la ineficacia, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, IMPLICA que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles y no pueden ser convalidados. Por ello no es suficiente que la sociedad PORVENIR S.A. haya aportado los formularios de afiliación, y los comunicados de prensa, lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al RAIS en el año 1996, **no le dieron una información completa y suficiente.**

Como consecuencia de anterior, es por lo que se deberá CONFIRMAR la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado y que CONDENÓ a la sociedad PORVENIR S.A a trasladar y entregar a Colpensiones la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante.

2. De las consecuencias de la ineficacia.

2.1. Devolución de los gastos de administración y seguros previsionales indexados y el fondo de garantía de pensión mínima.

En lo que respecta a la devolución de las cuotas de administración se CONFIRMARA la sentencia, teniendo en cuenta que: 1º) En la ineficacia las cosas deben volver al estado en que se encontraban, entendiendo que el aporte pensional debe devolverse completo, sin que pueda admitirse que por haberse generado rendimientos o pagos posteriores a la cotización realizada no se debe tener en cuenta el aporte completo, pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la afiliación fallida y menos habrá de tenerse consideración alguna para la entidad que aprovechándose de la falta de información fue la que indujo a la afiliación inicial o al mencionado traslado al RAIS, 2º) porque debe tenerse en cuenta que dichos porcentajes ingresaron a la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliado el demandante en esta, en tanto que la cuota de administración es manejada directamente por el fondo de pensiones; y 3º) porque la devolución de los gastos de administración es ordenada en la sentencia SL1421 de 2019 y el Fondo de Pensiones debía devolver *“los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”*. Así mismo se precisa que dichos gastos de administración deberán devolverse de forma indexada de conformidad con lo establecido en la sentencia SL1689 de 2019, razón por la cual se ADICIONARA la sentencia en este sentido.

Y respecto al traslado de los reaseguros o seguros previsionales: hay lugar a su devolución, porque la CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 se dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema ..., sumas adicionales de la aseguradora”*, los cuales deben ser devueltos debidamente indexados. Por lo anterior, la sentencia de primera instancia deberá revocarse en este punto y en su lugar ORDENAR su devolución a COLPENSIONES.

Y el traslado del porcentaje de garantía de pensión mínima, considera la Sala que debe ser devuelto a Colpensiones, teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a PORVENIR S.A y dicho porcentaje está en una cuenta separada, por lo que se debe realizar la devolución de dichos porcentajes a Colpensiones, adicionándose la sentencia en este punto.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Colpensiones en la suma de \$908.526 para cada una de ellas, por no salir avante el recurso de apelación interpuesto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia emitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, en el entendido de que además de los conceptos de los cuales se ordenó su devolución en primera instancia se ORDENA a PORVENIR S.A para que devuelva a COLPENSIONES, los reaseguros y seguros previsionales debidamente indexados, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en dicho fondo.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia emitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, en el sentido que PORVENIR S.A deberá devolver a COLPENSIONES las cuotas de administración, pero debidamente indexadas, así como deberá devolver el porcentaje destinado al fondo de

garantía de pensión mínima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia emitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Medellín, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Colpensiones en la suma de \$908.526 para cada una de ellas, por no salir avante el recurso de apelación interpuesto.

Las anteriores decisiones se notifican en ESTADOS

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
– SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por estados N ° 013 del 28 de enero de 2021

consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/100>