



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL.

Medellín, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022).

DEMANDANTE: OMAR CAMACHO NOVA.
DEMANDADO: PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.
TIPO DE PROCESO: ORDINARIO.
DECISIÓN: **ADICIONA y CONFIRMA.**

En la fecha, **EI TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, conformada por los Magistrados, Nancy Gutiérrez Salazar, Carlos Alberto Lebrún Morales y María Eugenia Gómez Velásquez, se reunió para revisar el recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A. y el Grado Jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, frente a la Sentencia proferida en el Proceso Ordinario Laboral instaurado por el señor **OMAR CAMACHO NOVA**, en contra de **PORVENIR S.A.** y de **COLPENSIONES**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA:

PORVENIR S.A.

Solicita que se revoque la Sentencia de Instancia, porque no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la Ineficacia de traslado de régimen, ya que esta fue una decisión espontánea y libre de la parte actora, cumpliéndose con el deber de información previsto para la época del traslado, realizando la AFP campañas masivas para la educación del consumidor financiero por medio de diversos comunicados de prensa; sin que para el momento de traslado se exigiera documentación alguna diferente al formulario, y sin que el desconocimiento de la ley le sirva de excusa al actor. Y finaliza solicitando que se revoque la condena relativa a la devolución de los valores recibidos con motivo de la afiliación, incluyendo las cuotas de administración al ser descuentos autorizados en la Ley y tener una destinación específica, cumpliendo tales recursos con la finalidad para la cual fueron previstos.

COLPENSIONES.

Expone que el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten menos de 10 años para adquirir la pensión de vejez, como es el caso del actor, quien solicitó su retorno

después de cumplida la edad límite prevista para ello, descuido que es imputable a este, sin que se pueda valer de la figura de la Ineficacia, la cual se creó con el ánimo de proteger personas realmente afectadas con el traslado de régimen pensional. Que la parte demandante no probó vicio alguno en el consentimiento, siendo el actor una persona capaz que en forma libre y voluntaria suscribió la afiliación.

La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por la Ponente, el cual se traduce en la siguiente decisión:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

ANTECEDENTES:

PRETENSIONES:

- Declarar la Ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-.
- Ordenar a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES y a esta a recibir, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor.

HECHOS:

- Que el 27 de mayo de 1983 se afilió al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cotizando hasta el 31 de mayo de 1995.
- Que en enero de 1996 empezó a cotizar a PORVENIR S.A., sin que en tal momento se le diera información sobre las consecuencias del traslado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Declaró la Ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar al primer régimen referido, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la Sentencia, todos los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo las comisiones de administración, las cuotas de los seguros previsionales y los aportes al Fondo de garantía de pensión mínima. Ordenó a Colpensiones recibir tales dineros. Declaró no probada la Excepción de prescripción y las demás implícitamente resueltas; y Condenó en Costas Procesales a PORVENIR S.A., exonerando de estas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A.

Dice que al momento del traslado del actor se cumplió con el deber de información establecido en la Ley para la época, sin que las exigencias del Despacho, estuvieran vigentes para tal momento. Que el demandante confesó en el interrogatorio de parte que

la pretensión se basa en la diferencia económica de la prestación que se reconoce entre regímenes, sin que pueda ser esta la base de la declaración de Ineficacia del traslado. Pero que de mantenerse la misma, se debe revocar la condena a la devolución de los gastos de administración y demás emolumentos, ya que su descuento no es caprichoso, está autorizado en la Ley y la buena gestión fiduciaria de Porvenir incrementó la cuenta de ahorro del demandante, por lo que solo se debería devolver lo que pertenece a esta y sus rendimientos; asegurándose los riesgos de invalidez y sobreviviente por medio de terceros de buena fe, sin que lo pagado a estos, se encuentre en el patrimonio de la AFP.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

- **Objeto:** Determinar si en el caso a estudio, es o no procedente la declaración de Ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y las consecuencias que de ello se derivan. Veamos:

En el caso concreto, el demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inicialmente al ISS hoy COLPENSIONES desde el **27 de mayo de 1983**, según se infiere de la Historia Laboral de fl. 21 del archivo digital 01 -primera instancia-; trasladándose al RAIS a través del Fondo privado de pensiones HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el **6 de diciembre de 1995**, según consta en la solicitud de vinculación de folio 58 del archivo 09 ibidem, y luego directamente a este último Fondo el **29 de mayo de 2003**, tal como consta en la solicitud de vinculación y/o traslado de fl. 59 ibid. y en el reporte SIAFP de folio 66 ibid.

Respecto al tema de la Ineficacia de traslado de régimen pensional, conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Cas. Laboral, vertida en Sentencias Radicados 33.083 del 22 de noviembre de 2011, y 46.292 del 03 de septiembre de 2014, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y más recientemente en las Sentencias Laborales 1452 del 3 de abril de 2019, Rad 68852 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo y 1421 del 10 de abril del mismo año, Rad. N.º 56174 M.P. Gerardo Botero Zuluaga, para los casos de afiliados, las Administradoras de Fondos de pensiones tienen el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculan a ellas, que surge desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación, por lo que el engaño en el que incurre la entidad, tiene su fuente en la falta al deber de información, tanto en lo que se afirma como en lo que se omite informar sobre lo que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue, independientemente que para el momento del traslado, una norma lo exija o no.

Ahora, respecto a la firma del formulario proforma, en la Sentencia Laboral 1688 del 8 de mayo de 2019, Rad. N° 68838, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dicha Corporación sostuvo que:

“... no se trataba 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”.

“... la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no *informado*...”

En similar sentido, se pronunció dicha Corporación en la SL 4360 del 9 de octubre de 2019, Rad 68852, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En ese orden de ideas, al presentarse el traslado de la carga de la prueba del afiliado a las Administradoras de Fondos de pensiones, por ser estas las que cuentan con los medios técnicos y los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, era PORVENIR S.A. la que tenía la obligación de probar en el proceso que brindó una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado de régimen, analizando las circunstancias particulares de su caso, debiéndole informar por ejemplo, que existen diferentes modalidades pensionales, que el valor de la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad depende del capital consignado en la cuenta de ahorro individual; que si no completa el capital suficiente para obtener por lo menos una pensión mínima -equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, actualizado con el IPC-, debe seguir cotizando, si es o no beneficiario del régimen de transición pensional y las ventajas que se derivan del mismo, así como efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, con el cálculo aproximado del monto pensional que le correspondería, y en fin, mostrarle al afiliado **con detalle**, las ventajas y desventajas de tomar la decisión de traslado, para que la misma sea realmente consensuada, libre y voluntaria y otras tantas observaciones al respecto.

Y es que debe reiterarse que la labor del funcionario del Fondo privado de pensiones en el momento previo a hacer efectivo el traslado de régimen, debe trascender al “DEBER DEL BUEN CONSEJO”, como lo ha señalado la jurisprudencia laboral; en la medida que es responsabilidad de dichas Administradoras y de sus promotores, velar por la información realmente suministrada a sus usuarios -art. 10 Decreto 720 de 1994 por el cual se reglamentaron los arts.105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993-; lo cual fue reiterado en el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2255 de 2010, que le impone a las Administradoras de Fondos de pensiones, en desarrollo de tal deber, la obligación de proporcionar a los

consumidores financieros información completa, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de la decisión.

Ahora, si bien PORVENIR S.A. afirmó al contestar la demanda que al demandante se le brindó la asesoría requerida para el caso –fls. 1 a 34, archivo digital 09-, de acuerdo con la jurisprudencia ya descrita tenía la carga de acreditarlo, y sin embargo, la prueba que trajo al proceso no fue lo suficientemente persuasiva de ello, pues nótese que los formularios de afiliación y/o traslado ya referenciados corresponden a unos preestablecidos que no dan cuenta de la información realmente suministrada a aquel en ese momento; y sin que con los comunicados de prensa de fls. 68 a 70 ibidem -generales e ilegibles por demás-, se pueda dar por ratificado el acto inicial de traslado de régimen pensional, al tenor de lo dispuesto en el artículo 898 del Código de Comercio, pues como lo viene sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la oportunidad de la información se juzga es al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad al mismo –Sentencia Laboral 1688 de 2019 antes citada, en la que se reitera lo expuesto en la también citada Sentencia 19447 de 2017-.

Así las cosas, en el caso a estudio considera la Sala que se incumplió una de las solemnidades legalmente previstas para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, como lo es el deber de información en un asunto tan importante para un afiliado por su incidencia en el derecho pensional, trayendo como consecuencia la declaración de Ineficacia del traslado de régimen, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se encontraban antes de la misma, como que el demandante nunca se trasladó al RAIS; no teniendo, en criterio de la Sala, ninguna incidencia el hecho de que a él le falten menos de 10 años para cumplir la edad mínima para obtener la pensión de vejez, pues como quedó explicado precedentemente, al declararse la Ineficacia del traslado, las cosas vuelven al estado en el que se encontraban anteriormente.

Consecuente con lo anterior, se **CONFIRMARÁ** lo decidido por el juez de instancia al respecto.

TRASLADO DE SALDOS.

Considera la Sala que al declararse la Ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, todos aquellos actos jurídicos que se celebraron con posterioridad a la suscripción de dicha afiliación pierden su fuerza vinculante; por lo que es legítimo que PORVENIR S.A. traslade a Colpensiones el 100% de los aportes obligatorios efectuados por el demandante, esto es, el saldo de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, los aportes al Fondo de Garantía de Pensión

Mínima, tal como lo concluyó el juez de instancia, pero incluyendo además, la Prima de reaseguros de Fogafín, y los aportes al Fondo de solidaridad pensional -en caso de haberse generado-, causados durante el tiempo en el que el actor estuvo afiliado a dicha Administradora, incluyendo el tiempo en que permaneció en la entidad fusionada (Horizonte S.A). Lo anterior, según lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral desde la Sentencia Radicado 31.989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo López Villegas, y más recientemente en las Sentencias Laborales 4.989 y 4.964 del 14 de noviembre de 2018, Radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en la 1.688 del 8 de mayo de 2019, Radicado 68.838 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. **CONFIRMA y ADICIONA.**

Y es que no comparte La Sala los argumentos expuestos por la apoderada de PORVENIR S.A. en torno a la orden de devolución de las cuotas de administración y demás emolumentos, ya que si bien del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se desprende que del valor mensual de la cotización, un porcentaje se destina al pago de tales conceptos, lo cierto es que ante la declaratoria de Ineficacia del traslado de régimen, al volver las cosas al estado en el que se encontraban antes de la misma, estos no se pueden generar ni en favor de las Administradoras de Fondos privados de pensiones demandadas, ni en favor de terceros, sin que además, tal reintegro dependa de la gestión realizada, la pérdida de la especie, el detrimento del bien, o de la equivalencia de los rendimientos.

Adicional a ello, La Sala se permite resaltar que el precedente judicial proveniente de los máximos órganos de cierre tanto de la justicia constitucional como de la justicia ordinaria vincula a los demás jueces, es decir, es de obligatorio cumplimiento, al tenor de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la SU 354 del 25 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo, en la que manifestó:

“Según lo consagrado en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, al igual que la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos por ellas emitidos se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento...”

(Otra Providencia en similar sentido, es la SU 611 del 4 de octubre de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Se **CONFIRMARÁ** así mismo la orden dada a Colpensiones de recibir las sumas provenientes de PORVENIR S.A. para financiar la pensión de vejez del actor.

Costas Procesales de Segunda Instancia a cargo de PORVENIR S.A. por haber resultado vencida en el recurso. Agencias en derecho: 1 SMLMV.

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

DECIDE:

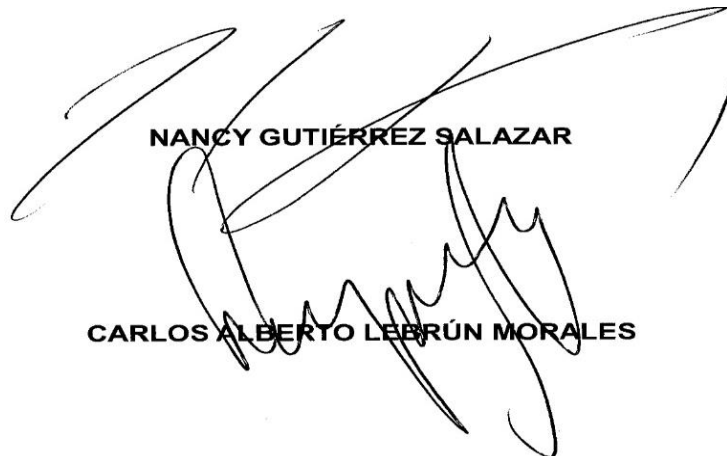
PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia proferida por el **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín** el 29 de septiembre de 2021, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por el señor **OMAR CAMACHO NOVA**, en contra de **PORVENIR S.A.** y de **COLPENSIONES**, en cuanto que la primera demandada deberá efectuar a la segunda, la devolución del 100% de los aportes obligatorios efectuados por el demandante ordenados en la sentencia de primera instancia, pero incluyendo además, la Prima de reaseguros de Fogafín, y los aportes al Fondo de solidaridad pensional -en caso de haberse generado-, causados durante el tiempo en el que el actor estuvo afiliado a dicha Administradora, incluyendo el tiempo en que permaneció en la entidad fusionada (Horizonte S.A), según las consideraciones de esta sentencia.

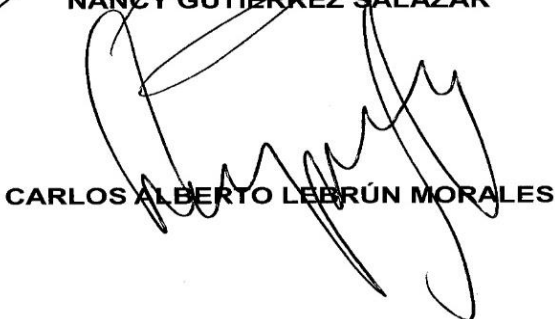
SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás.

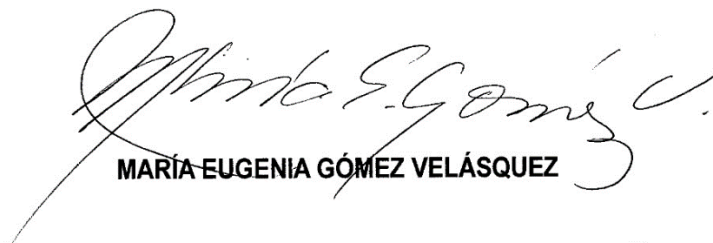
TERCERO: Costas Procesales de Segunda Instancia. a cargo de Porvenir S.A. Agencias en derecho: 1 SMLMV.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO** y se firma en constancia.

Los magistrados,


NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ