

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, siete (07) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : JOHN JAIRO MEJÍA MUÑOZ
DEMANDADO : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES
LITISCONSORCIO NECESARIO: PORVENIR S.A.
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-011-2017-00697-01
RADICADO INTERNO : 068-21
DECISIÓN : ADICIONA, REVOCA, ORDENA Y CONFIRMA
ACTA NÚMERO : 112

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.

De conformidad con el poder especial otorgado por la Dra. SILVIA LUCÍA REYES ACEVEDO (en calidad de representante legal de la sociedad PORVENIR S.A.), a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.; y el certificado de existencia y representación de la sociedad en mención, en el que se certifica que *“Documento Privado Sin Núm. del Representante Legal, del 25 de septiembre de 2020, registrado el 25 de septiembre de 2020 bajo el número 02619669 del libro IX, de conformidad con el Artículo 75 del Código general del proceso fue inscrito como apoderado(s) judicial(es) y extrajudicial(es): ... Ochoa González Esteban”*, por cumplirse los requisitos establecidos en los artículos 74 y 75 del CGP se le reconoce personería.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita se DECLARE la ineficacia del traslado que hizo el actor, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; como consecuencia de lo anterior, resulta nula y/o ineficaz y/o sin efectos ni validez legal, la afiliación y el traslado a PROTECCIÓN S.A. debido a un vicio ante la falta de consentimiento informado que indujo al error. Que es nulo, cualquier reconocimiento prestacional que haya realizado o llegue a realizar PROTECCIÓN S.A.. Se CONDENE a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de los aportes recibidos por la afiliación, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que esté en la cuenta de ahorro individual, más lo que le cobraron por administración de la cuenta pensional; sumado a la diferencia en los rendimientos financieros del valor depositado en la cuenta pensional por los intereses, más el reconocimiento de lo que hubiera rentado todas las sumas mencionadas si estuviera en el fondo público. Al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales causado al accionante, los cuales se estiman en 300 salarios mínimos legales o la suma que el Juez considere. Se CONDENE a Colpensiones a recibir como afiliado, al demandante, declarando que no existió solución de continuidad de la afiliación. a que cobre y/o reciba el total de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante en PROTECCIÓN S.A.; realice el cómputo de semanas cotizadas por toda la vida laboral del demandante, actualizando la historia laboral, sumando en ella las semanas cotizadas a PROTECCIÓN S.A.

Como supuestos facticos con que sustenta sus pretensiones, narra que nació el 20 de julio de 1955; realizó aportes al ISS desde abril de 1995, y desde esa fecha ostenta la calidad de empleado Público; en el mes de diciembre de 2005 se trasladó a PROTECCIÓN S.A.; dicho fondo de pensiones, publicitariamente manifiesta que el valor de la pensión de vejez en ese fondo, sería superior al que recibiría en el ISS. Que, al momento de la afiliación, la sociedad PROTECCIÓN S.A. se abstuvo de darle información y no cumplió con la obligación de informar al accionante, solo en mayo de 2007 le hizo cálculo actuarial de la pensión en ambos regímenes y solo en esa fecha se determinó que era más rentable y mejor la pensión que le ofrecía el ISS. Que la decisión de trasladarse no fue espontanea, voluntaria, ni libre porque al ocultarle información, la decisión se tomó bajo engaño. La forma como se produjo la afiliación o traslado, el acto está viciado de nulidad y por tanto es ineficaz. PROTECCIÓN S.A. le realizó proyección pensional el 15 de mayo de 2017. La

actuación de PROTECCIÓN S.A. causó perjuicios al demandante que se evidencia con la diferencia exorbitante del valor de la mesada pensional; y elevó reclamación administrativa ante Colpensiones, la cual se respondió negando la solicitud el 7 de julio de 2017.

Mediante auto del 18 de diciembre de 2018 el juzgado de conocimiento integró como litisconsorcio necesario pro pasiva a la sociedad PORVENIR S.A. (fl. 190).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 15 de octubre de 2020, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación al RAIS del demandante administrado por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.. Le ORDENÓ a la sociedad PROTECCIÓN S.A. a trasladar del RAIS al RPM al Sr. JOHN JAIRO MEJÍA MUÑOZ. Que la sociedad PROTECCIÓN S.A. deberá trasladar a Colpensiones los aportes del demandante como son cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses en razón a la declaración de la ineficacia del traslado, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y el 0,5% destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima con anterioridad al año 2004; y a partir del 1º de enero de 2004, el 1,5% correspondiente a la garantía de la pensión mínima. La sociedad PORVENIR S.A. deberá trasladar a Colpensiones, los aportes del demandante consistentes en los gastos de administración y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, por el tiempo que estuvo afiliado el demandante a dicha AFP. Le ORDENÓ a Colpensiones a recibir los dineros entregados por las sociedades PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y reactivar la afiliación del demandante. Impuso costas a cargo de las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y Colpensiones. Y ABSOLVIÓ a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

IMPUGNACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación parcialmente, en lo que respecta a la orden de trasladar las cuotas de administración, los recursos del fondo de garantía de pensión mínima y las sumas de los seguros y reaseguros, aduciendo que el descuento se encuentra establecido en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art 7 de la Ley 797 de 2003, y retoma lo dicho por la Superintendencia Financiera en el concepto No. 2019152169-003-000 el 17 de enero de 2020, donde indicó que no resulta viable, el traslado de sumas y aportes diferentes

a los aportes y sus rendimientos tales como son las funciones de administración porque son las asociadas con las primas previsionales y reaseguros, en la medida que el primero de ellos se certifica en que al ser fondo de pensiones obligatorias, patrimonios autónomo integrados por las cuentas de ahorro individual de los afiliados, son independientes al patrimonio de la administradora, y estas han desplegado actividades para su conservación, tal y como es 1) La elección adecuadas de los instrumentos financieros en que se invierten los recursos con el fin de obtener rendimientos y con sujeción a los límites del Decreto 2555 de 2010, 2º) La valoración diaria de la unidad que compone dichos patrimonios autónomos en el cumplimiento del capítulo 1º de la circular externa 100 de 1995, 3º) En caso de no generar la rentabilidad mínima exigida en la Ley 100 de 1993, responde con su propio patrimonio y con la reserva de estabilización que corresponde al 1% del valor del fondo administrador, evitando el perjuicio a los afiliados.

Se determinó que lo destinado a primas previsionales y asunción de riesgos de invalidez y sobrevivencia, son sumas de dinero que cumplieron con su finalidad, no se administraron por la Protección, sino que se entregaron mes a mes a las aseguradoras con el fin de asegurar la cobertura contra dichos riesgos.

Por su parte, **el apoderado de la sociedad PORVENIR S.A.** solicita la revocatoria de la sentencia de la ineficacia del traslado, bajo el argumento que en el interrogatorio de parte se prueba la entrega de información en 1998, al haber aceptado el actor que recibió una asesoría por parte de Provenir, dijo conocer las circunstancias en las cuales se liquidaban las pensiones en el RAIS, mencionó que sus diferentes movimientos entre AFP se debieron a la búsqueda de una mayor rentabilidad para la pensión. Asegura el recurrente, que no se le entregó solo información previa a la afiliación sino con posterioridad, cuando se le pregunto de los extractos y dijo que se acercó a la oficina para que le explicaran.

Frente al deber del buen consejo, la asesoría y elaborar de proyecciones pensionales, asegura que no se puede retrotraer a la afiliación de 1998, porque surgieron en el año 2010 y 2014, y lo sustenta en las sentencias SL 1088, SL 1688 y SL 3464 de 2019.

Que las negaciones indefinidas que se tuvieron por probadas, no deben ser decretadas porque consistían en las circunstancias de la Ley 100 de 1993 y la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Solicita se revoque la orden de trasladar los dineros que tenga en su cuenta de ahorro individual, gastos de administración y seguros provisionales, porque los primeros fueron trasladados a Protección en el año 2005 y Porvenir no cuenta con dinero en la cuenta de ahorro individual, y frente a los gastos de administración y seguros previsionales, asegura que se tratan de descuentos autorizados en el art. 20 de la Ley 100 de 1993; que en caso de mantenerse la ineficacia, se deben respetar las restituciones mutuas, al no ser posible devolver al demandante el cubrimiento de seguros prestados, por lo que se estaría avalando el enriquecimiento sin justa causa, toda vez que se ordena el traslado de los rendimientos y de los gastos de administración que eran los que generaban esos rendimientos, y esto es recogido por el concepto de la Superintendencia Financiera, del 17 de enero de 2020.

Finalmente, la apoderada de Colpensiones se opone a la condena en costas a su representada, con fundamento en que la conducta de Colpensiones no fue la que originó el conflicto, y esta entidad es citada en calidad de litisconsorte, con la finalidad de garantizar el restablecimiento del derecho por eso no se puede considerar como parte vencida, sino como un tercero ajeno.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de Colpensiones, reitera la solicitud de que se revoque la condena en costas bajo el sustento del art. 365 del CGP y de providencia proferida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior de Medellín.

El apoderado de la parte accionante considera que la sentencia debe ser confirmada porque el deber de brindar información completa, comprensible y veraz de las administradoras es consustancial a la actividad de estas entidades de carácter financiero conforme lo establece el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, art. 4 del Decreto 656 de 1994 y arts. 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, y posteriormente el legislador reguló el contenido de la información que debe ser brindada a los potenciales afiliados en la Ley 1328 de 2009, el decreto reglamentario 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular 016 de abril 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera, y en esta misma dirección la Corte Suprema de Justicia ha consolidado su línea jurisprudencial. Se hace un recuento de la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de la Justicia y de la Sala de Descongestión de la misma Corporación. Y que debe aplicarse las dos subreglas principales establecidos por la Corte Suprema de Justicia, esto es i)

el deber profesional, permanente e ineludible de información que tienen las administradoras de pensiones y ii) la inversión de la carga de la prueba, que les traslada la responsabilidad de acreditar que entregaron al afiliado la información necesaria para adoptar una decisión consciente.

El apoderado de PORVENIR S.A. se opone a la ineficacia del traslado, manifestando que la entidad cumplió el deber de información del art. 97 del 663 de 1993, la cual se le entregó en diferentes momentos, como lo fue en forma verbal en la reunión general y colectiva, en reunión personal al momento de suscribir el formulario de afiliación y dentro del mismo formulario el cual es revisado por la Superintendencia Financiera. Que la prueba documental que extraña el juez, frente a los documentos que acrediten la entrega de información, no era una obligación vigente para el momento del traslado de la parte accionante pues, al haber surgido con la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia financiera de Colombia. La obligación del buen consejo, la doble asesoría y desincentivar la afiliación son obligaciones posteriores que surgen en el año 2010 y 2014, lo cual se recapitula en las sentencias SL 1688, SL 1689 y SL 3464 de 2019. Considera el recurrente que la parte accionante incumplió su deber de diligencia y cuidado en sus propios negocios lo que genera que no se pueda beneficiar de su propia culpa, y al tratarse de condiciones impuestas por la Ley 100 de 1993, la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

Frente a la devolución de los valores recibidos con motivo a la afiliación, los descuentos por gastos de administración, debe ser revocado con fundamento en lo anterior. Pero en caso de dejar en firme la ineficacia de la afiliación, solicita se revoque el traslado de los dineros descontados por gastos de administración, seguros previsionales y toda suma diferente a la cuenta de ahorro individual por considerar que los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica y se encuentra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, destinando así el 10% del IBC a las cuentas de ahorro individual, el 0,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y el 3% restante a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. Y en este evento dichos descuentos han cumplido plenamente con su cometido y no se encuentran en el patrimonio de la AFPal ser destinado para la generación de frutos o rendimientos y el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte que se han venido disfrutando hasta la actualidad sin que este último sea posible devolverlo; así mismo, se generaría un enriquecimiento sin justa causa debido a la inaplicación de las normas legales que regulan las restituciones mutuas y

la inversión de dichos gastos de administración en seguros previsionales y en la generación de rendimientos se da en aplicación del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y a la obligatoriedad de la garantía de rentabilidad mínima establecida en el literal e) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993. Invoca la estabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y la fundamenta en la sentencia proferida por la Sala extraordinaria del 14 de agosto de 2019, del Tribunal Superior de Medellín donde se negó las ineficacias de traslado en la afiliación, con base en la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Finalmente invoca el concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. solicita se tenga en cuenta las precisiones realizadas en el concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020 a efectos de revocar la sentencia de primera instancia. Que en el concepto de la referencia se indica que no resulta viable el traslado de sumas diferentes a los aportes y sus rendimientos tales como comisión de administración, aquellas asociadas con las primas previsionales y de reaseguro pues considera frente a la comisión de administración, que al ser los fondos de pensiones obligatorias patrimonios autónomos la administradora ha desplegado actividades para su conservación; y los recursos destinados para el pago de primas previsionales para la son sumas de dinero que cumplieron su finalidad y fueron entregadas mes a mes a la aseguradora con el fin de asegurar la cobertura de los riesgos.

PRONUNCIAMIENTO JURÍDICO

El problema jurídico en esta instancia gira en determinar en apelación: i) Si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado; ii) Si la sociedad PORVENIR S.A. debe trasladar los gastos de administración y seguros previsionales; iii) Si PROTECCIÓN S.A. debe trasladar las cuotas de administración, los recursos del fondo de garantía de pensión mínima y las sumas de los seguros y reaseguros; iv) Si hay lugar a revocar la condena en costas impuesta a Colpensiones. Y en el grado jurisdiccional de consulta, se deberá analizar: i) Si hay lugar ordenar el traslado de las cuotas de administración y los seguros previsionales debidamente indexadas.

Para el caso concreto no existe discusión y está acreditado en el plenario que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por edad, porque a la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 39 años de edad al haber nacido el 20 de julio de 1955 según los diferentes formularios de afiliación, y cotizó al

ISS desde el julio de 1995 a marzo de 1998 (según la historia laboral de PROTECCIÓN S.A. de fl 145); solicitó traslado a COLPATRIA el 6 de abril de 1998, posteriormente solicitó traslado a PORVENIR S.A. el 22 de diciembre de 1999, se trasladó a HORIZONTES el 12 de diciembre de 2001, retornó a PORVENIR S.A. el 28 de junio de 2002, se trasladó a ING el 13 de diciembre de 2005 según se observa en el historial de vinculaciones (fl. 143).

Descendiendo al caso particular, se tiene que en el INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el accionante, no se evidencia confesión alguna, al haber indicado que no recuerda con precisión las condiciones del traslado a PORVENIR S.A. a PROTECCIÓN S.A. en el año 2005, lo único que recuerda es los ofrecimientos que le hacían las personas que llegaban, y le decían que el ISS se iba a acabar y la mejor opción era que se afiliara a un fondo privado porque iban a generar una rentabilidad muy alta e iban a tener una pensión significativa; que en ese tiempo llegaban constantemente personas a ofrecer y siempre decían que esa era la mejor opción, que cambiara , que ese era el fondo que mayor rentabilidad iba a dar y ahí iba a quedar con una pensión mucho mejor sin tener el riesgo de perder los aportes que había hecho; que había un acoso de los asesores que promocionaban el traslado porque al él llegar a su oficina habían varios de ellos, él firmaba y ellos se iban y diligenciaban los formularios; no lo obligaron a firmar el formulario pero estaban las promesas que los fondos privados iban a generar una rentabilidad tan alta que le quedaba asegurado el futuro después que se pensionara; esa asesoría fue individual. Que se afilió al ISS en abril de 1995. La afiliación a COLPATRIA en 1998 fue similar a lo dicho anteriormente donde los fondos mandan a los asesores y ellos empiezan a buscar personas y tomen la decisión de trasladarse a los fondos privados y es con el tiempo que se enteran que los fondos privados lo que hacen es engañar a la gente para cautivar su clientela y al momento de tener los requisitos de tiempo y edad se encuentra que las pensiones son ínfimas; para el año 1998 tenía el cargo de líder de proyectos. Que la estrategia con la que llegaban los vendedores o los cautivadores para el traslado de los fondos privados, era que era el fondo que más rentabilidad tenía y ahí se estaba asegurando una mejor pensión de la que podía obtener de los otros fondos o en el ISS. Frente a la rentabilidad le decía que toda la plata que iba a ser invertida en actividades productivas o en títulos oficiales, toda la rentabilidad que generaran esas colocaciones de esos recursos o del capital que acumulaba por las cuotas de cotización a pensión, todo eso iba a ser redistribuido entre todos los que se trasladaran a los fondos. No recuerda si el ISS en 1998 tenía rentabilidad. No tiene claras las diferencias para el reconocimiento de la pensión en ambos regímenes, tiene entendido

que en el ISS se liquida con un promedio del ingreso base de cotización y en el fondo privado le decían que todas las utilidades que dejaban los fondos eso era para redistribuir para mejorar la condición de los pensionados, pero nunca le explicaron cómo era el modelo propio para liquidar la pensión. Que los economistas siempre buscan la rentabilidad económica y si el promotor le dice que es el que mayor rentabilidad tiene y mejor pensión le va a dar y el ISS iba a desaparecer, tomaba la decisión, pero ahora se da cuenta que todo fue un engaño porque era una expectativa que nunca se iba a cumplir. Todos los traslados se hizo con la expectativa de una mayor rentabilidad, según lo que le decían las personas que iban a hacer el traslado, pero la motivación de los traslados era una mejor y mayor pensión. El hace aportes voluntarios a cesantías, pero más por un beneficio tributario. No leyó el formulario porque el asesor le decía que firmara y ellos diligenciaban los datos con la información de gestión humana de la Alcaldía. No le informaron que debía seguir cotizando con un salario similar, ni que los rendimientos estaban supeditados a las condiciones del sistema, no recibió reasesoría 10 años antes de cumplir la edad pensional,

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

1. De 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 Ley 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 Ley 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.

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 permite 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 indico que aun operaba la ineficacia del traslado si el afiliado no tiene régimen de transición.

El anterior criterio ha sido reiterado por la CSJ en sentencia SL1421, 1688 y 1689 de 2019, SL4426-2019, y de forma más reciente la sentencia SL 2611, 2877, 4811 de 2020, SL 1217 y 782 de 2021, y como juez constitucional en las sentencia STL 3716-2020, STL4001-2020 y STL4084-2020, en las cuales se manifestó 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 a este caso, pues la entidad accionada COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. (administradora que realizó el traslado del régimen pensional) no trajo al plenario ninguna prueba eficaz y relativa a la posible actividad de asesoramiento e información adecuada a la parte actora, cuando tomó la decisión de trasladarse de Colpensiones, sin que les hayan dado una información suficiente y cierta al no haberse demostrado que se le habló 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; no le informaron de la modalidad pensional que debían escoger cuando se fueran a pensionar, ni de la pensión anticipada, ni de la fecha de redención del bono pensional, tampoco hay constancia de la información sobre el capital mínimo que tenía que tener, estando la carga de probar dicha información en cabeza de la accionada ya mencionada, 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 debe señalarse que la afiliación inicial realizada por la parte actora, no tuvieron efectos, por no existir una libertad informada al momento del traslado o de la afiliación, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que implica que dichos actos son inoponibles, son imprescriptibles y no

pueden ser convalidados bajo ningún aspecto, por lo menos hasta que se cumplan los requisitos para el disfrute pensional. Por ello no es suficiente que la sociedad PORVENIR S.A. aporte la relación histórica de movimientos, relación de aportes, certificado de traslado, empleadores aportantes y valores trasladados, formularios de vinculación o traslados a COLPATRIA, HORIZONTE y PORVENIR S.A. y respuesta emitida por PORVENIR S.A. el 19 de junio de 2019 frente a la solicitud de traslado (fl. 269 a 291), lo que lleva a concluir que al momento de trasladarse de ISS al RAIS, **no les dieron una información completa y suficiente.**

Conforme a lo señalado, la sentencia de primera instancia deberá ser CONFIRMADA en lo que respecta a la declaración de la ineficacia de la afiliación al RAIS del demandante administrado por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.; así como la orden a la sociedad PROTECCIÓN S.A. a trasladar del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media al demandante y trasladar a Colpensiones los aportes del demandante como son cotizaciones.

2. De los efectos de la ineficacia

- Frente a la devolución de los **frutos e intereses, rendimientos, a los que hace referencia el artículo 1746 del Código Civil,** se CONFIRMARÁ la orden de su traslado, teniendo en cuenta que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia dentro de ellas, en la sentencia 1421 de 2019, en donde rememora las sentencias SL 1795 de 2017, SL 4989 de 2018 y estas a su vez, la sentencia hito 31.989 de 2008, señala:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con **todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.***

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

- Frente a la devolución de las **cuotas de administración debidamente indexados,** hay lugar a ser trasladadas conforme lo establece las sentencias

SL 1688 y 1689 de 2019, y teniendo en cuenta: 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 lo ahorrado o se hubiere hecho pagos posteriores a la cotización, 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 y fueron administrados por la AFP accionada durante en el tiempo en que estuvo afiliado la parte demandante en esta, en tanto que la cuota de manejo es administrada directamente por el fondo de pensiones; 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”*; y 4) Porque si bien es cierto que el art. 20 de la Ley 100 de 1993 determina el porcentaje que se destina a financiar los gastos de administración, no se puede pasar por alto que se está bajo la figura de la ineficacia, la cual deja sin efectos jurídicos las actuaciones realizadas, lo que genera que todo lo cotizado a la AFP deba trasladarse a Colpensiones, y aunado a lo anterior, es a esta última entidad a la que le corresponde determinar el porcentaje que va a destinar a dicho rubro, por ende la Administradoras Privadas no puede librarse de su devolución por estar consagrado en dicho artículo.

- **Las sumas adicionales de la aseguradora** hay lugar a devolverlas **debidamente indexada**, 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,..”*.

Como consecuencia de lo anterior, se ADICIONARÁ la sentencia, en el sentido de ORDENARLE a las sociedades PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a realizar la devolución de las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora por el tiempo que el demandante realizó aportes en cada uno de dicho fondo, ambas debidamente indexadas.

- Frente al **porcentaje de garantía de pensión mínima**, considera la Sala que **debe ser devuelto** a Colpensiones, teniendo en cuenta que dichos porcentajes ingresaron directamente a las sociedades PORVENIR S.A. y

PROTECCIÓN S.A. pero a la luz de lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 compilado en el DUR 1833 de 2016, la primera de ellas, tuvo que trasladar dicho porcentaje a PROTECCIÓN S.A., por lo tanto la orden dada a PROTECCIÓN se confirmará, en el sentido de devolver a Colpensiones este concepto, con cargo a sus propios recursos.

3. De la devolución del bono pensional

En lo que respecta a la orden dada a PROTECCIÓN S.A. de devolver el bono pensional, se debe tener en cuenta que, previo al pago del bono pensional, existen unas etapas que se deben de generar, tal y como son: la emisión, expedición y finalmente la redención, siendo necesario precisar en este caso que, si bien es cierto que la redención normal del mismo sería a los 62 años, ellos es, para el **20 de julio de 2017** al haber nacido el 20 de julio de 1955, no existe prueba en el plenario de la emisión y redención del bono pensional. Y aunado a lo anterior, en el hipotético caso que se hubiere realizado la redención anticipadamente (de lo cual no hay prueba), debe anularse y devolverse a la oficina de bonos pensionales, para realizar el trámite al que haya lugar.

Con fundamento en lo anterior, la orden en mención se REVOCARÁ, para en su lugar indicar que en caso de que el bono pensional haya sido recibido anticipadamente, se proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

4. De las costas procesales a cargo de Colpensiones

Las mismas se REVOCARÁN, teniendo en cuenta que Colpensiones no fue el encargado de dar la información completa, clara y suficiente al demandante al momento de realizar el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de ahorro individual.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. en la suma de \$908.526 en cabeza de cada una de ellas, por no haber salido avante los recursos 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: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENARLE** a las sociedades PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a realizar la devolución de las cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora por el tiempo que el demandante realizó aportes en cada uno de dicho fondo, ambas debidamente indexadas.

SEGUNDO: REVOCAR la orden dada de devolver el bono pensional, pero en el eventual caso, de que haya sido recibido anticipadamente, **ORDENARLE** a PROTECCIÓN S.A. que proceda a restituirlo a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, para que esta entidad proceda con su anulación.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: REVOCAR las costas procesales impuestas a Colpensiones.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. en la suma de \$908.526 en cabeza de cada una de ellas.


Las anteriores decisiones se notifican en ESTADOS

Los Magistrados.


HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ


GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-011-2017-00697-01
Radicado Interno 068-21


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 ° 079 del 10 de mayo
de 2021

consultable aquí:

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