



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

1

DEMANDANTE:	Jesús Antonio López Flórez
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección S.A.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma y adiciona.
Radicado	05001-31-05-016-2021-00378-01 (279) 05001310501620210037801

En la ciudad de Medellín, a los ocho días de marzo de dos mil veintitrés (2023), la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por las Magistradas **LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZÁBAL**, **MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ**, Y **CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO**, quien actúa como ponente, se reunió para resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, en el proceso ordinario laboral adelantado por el señor **JESÚS ANTONIO LÓPEZ FLÓREZ** en contra de **COLPENSIONES** y de **PROTECCIÓN S.A.**, frente a la decisión adoptada por el Juzgado de instancia.

Una vez agotado el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala profiere, por escrito, la siguiente:

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

1. ANTECEDENTES:

El señor Jesús Antonio López Flórez presentó demanda en contra de Protección S.A. y Colpensiones buscando se declare la ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), disponiendo el regreso automático al Régimen de Prima Media (en adelante RPM); que se condene a Protección S.A. a trasladar todos los aportes en pensiones, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y rendimientos; que se condene a Colpensiones a recibir los valores

trasladarlos e incorporarlos a la historia laboral; y las costas del proceso. Fundamentó sus pretensiones en que nació el 11 de diciembre de 1966; que tiene más de 1.523,14 semanas cotizadas al sistema; que se afilió inicialmente al ISS hoy Colpensiones y posteriormente se trasladó a Protección S.A., sin embargo, aduce que el asesor de la entidad, no le brindó la debida información acerca de las implicaciones de su traslado.

Admitida la demanda e integrada la litis, las demandas se pronunciaron oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

2.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación de Jesús Antonio López Flórez a Protección S.A. realizada el 30 de octubre de 1997. Declaró que para todos los efectos legales el afiliado siempre permaneció en el RPM. Ordenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor incluyendo todo el dinero recibido por la afiliación, las cotizaciones de forma completa, los bonos pensionales, cualquier suma adicional, frutos e intereses, sin que pueda retener los gastos administrativos ni los aportes de solidaridad ni ningún concepto; erogación que deberá realizarla con cargo a sus propios recursos y dentro de un término de treinta (30) días, siguientes a la ejecutoria de la providencia. Ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación del demandante y recibir todos los dineros que sean trasladados por Protección S.A. Autorizó a Colpensiones a realizar un cálculo de equivalencia de los dineros recibidos desde el RAIS, de forma tal que no le genere perjuicio alguno recibir al demandante al momento de cumplir con las obligaciones pensionales a su cargo. Se abstuvo de resolver las excepciones propuestas por Colpensiones y declaró no probadas las de Protección. Condenó en costas a Protección S.A. y se abstuvo de imponerlas a Colpensiones.

3. TRÁMITE DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

3.1 ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Colpensiones presentó alegatos resalatando que la buena gestión y administración de recursos de las AFP no las exime de la devolución de la totalidad de recursos que se hayan recibido en virtud de la afiliación declarada ineficaz, por lo que las

AFP del RAIS deben devolver a Colpensiones todas las sumas recibidas por causa de la afiliación sin que pueda retener valores por ningún concepto.

La parte **demandante** por su parte solicito la confirmación de la decisión, resaltando que no se le brindó la debida información al momento del traslado, citando el precedente de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1452 de 2019.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 PRESUPUESTOS PROCESALES Y ALCANCE DEL RECURSO

Conoce la Sala de la consulta de la sentencia de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por ser la sentencia adversa a Colpensiones.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si se debe declarar la ineficacia del traslado del demandante Jesús Antonio López Flórez al RAIS, con el consecuente regreso al RPM administrado por Colpensiones, y, en caso de ser así establecerá cuáles son las consecuencias que de ello se derivan.

4.3 HECHOS RELEVANTES PROBADOS

De acuerdo con el acervo probatorio arrojado, no hay duda que el demandante nació el 11 de diciembre de 1966 como se observa en la cédula de ciudadanía (folio 4 archivo 03 expediente digital); se afilió al RPM hoy administrado por Colpensiones, desde septiembre de 1989, según se infiere de la historia laboral para bono pensional (folios 43 a 45 archivo 03 ibidem); y se trasladó al RAIS a través del fondo privado de pensiones Protección S.A. suscribiendo formulario de afiliación el 30 de octubre de 1997 (folio 79 archivo 08 expediente digital).

4.4 INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.

El primer aspecto que debemos observar consiste en recordar que, de acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de cualquiera de los regímenes previstos en el literal a) de esa disposición es libre y voluntaria, de manera que, cuando un empleador o cualquier persona natural o jurídica, en cualquier forma, desconozca ese derecho, se hará acreedor a las sanciones del

inciso 1º del artículo 271 de la misma ley. Esta última norma establece que cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, traerá como consecuencia que la afiliación quedará sin efecto.

Lo segundo a considerar es que, si bien la afiliación es libre y voluntaria, también es cierto que, las administradoras de pensiones están compelidas a cumplir con el deber de información, de tal manera que la decisión de traslado esté precedida del cumplimiento de ese mandato.

4

Acerca del deber de información la CSJ desde la sentencia SL-31989 de 2008, sentó una jurisprudencia muy sólida que se mantiene inclusive hasta esta parte, que es importante memorar:

(...) 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. Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; (...) su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado,

Por lo tanto, es insuficiente afirmar que el afiliado expresó su voluntad al permanecer en el RAIS y que su vinculación conserva validez, porque no es posible evidenciar un verdadero consentimiento informado cuando se carece de los elementos necesarios para adoptar una decisión adecuada a las circunstancias particulares del afiliado, que tal como lo establecen los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993 la entidad administradora siempre ha estado obligada a hacerlo.

Es decir, el fondo de pensiones tiene la responsabilidad de proporcionar e indicar al usuario que pretende trasladarse de régimen, todos aquellos elementos que resultan determinantes para tomar una decisión plenamente informada. En ese orden, el traslado no surte efectos cuando se le oculta información o no se le brinda en forma completa, porque en ese caso no existe una decisión verdaderamente libre y voluntaria, ya que la determinación de trasladarse de régimen pensional puede variar según la información que se brinde (sentencias CSJ SL373-2021 MP Clara

Cecilia Dueñas Quevedo; CSJ SL12136-2014 MP Elsy del Pilar Cuello Calderón y CSJ SL17595-2017 sentencia de instancia)

Cuando se alega por el afiliado la ausencia de información o la deficiente entrega de ésta por parte de la AFP, es la administradora quien tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de esa obligación, esa obligación que tiene la entidad administradora de acreditar esa diligencia encuentra respaldo en el artículo 1604 del Código Civil, pues esta norma señala: *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*.

5

De tal manera que, al haberse afirmado por el actor que *«no recibió la información»*, por tratarse de una negación indefinida, lo releva de probar ese hecho y a su vez, traslada la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario, es decir, que sí proporcionó la información completa y suficiente, en las etapas preparatorias y previas al traslado.

Por lo tanto, conviene no olvidar el criterio postulado por la CSJ en su Sala Laboral, vertido en la SL19447-2017, en ella profundizó sobre la constatación del deber de información, afirmó que era ineludible, por lo que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente. Es por ello que *«el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea»* (CSJ SL7561-2021, CSJ SL5595-2021, CSJ3719-2021), la cual no se infiere de la simple firma del formulario de afiliación.

Se insiste, el cumplimiento del deber de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, no se puede demostrar con las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado, ellas resultan insuficientes ya que quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la respectiva administradora del fondo pensional (CSJ SL4964-2018).

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 Protección S.A. quien debía probar en el proceso que brindó una asesoría personalizada y completa al demandante al momento de su traslado de régimen pensional, 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 RAIS 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 SMLMV a la fecha de expedición de la L.100/93, actualizado con el IPC (Índice de Precios al Consumidor), 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 de régimen pensional, para que la misma sea realmente libre y voluntaria.

6

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 suministrada a sus usuarios -art. 10 D.720/94- por el cual se reglamentaron los artículos 105 y parcialmente el 287 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien Protección S.A. afirmó al contestar la demanda que al actor se le brindó la asesoría requerida para el caso (archivo 08- primera instancia), de acuerdo con la jurisprudencia ya descrita tenía la carga de acreditarlo, sin embargo, la prueba que trajo al proceso no fue lo suficientemente persuasiva, pues nótese que el formulario de traslado ya referenciado corresponde a uno preestablecido que no da cuenta de la información realmente suministrada al demandante en ese momento, 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 de régimen pensional, y no con posterioridad a aquel.

Así las cosas, en el caso a estudio considera la Sala que se incumplió uno de los presupuestos para la eficacia del acto de traslado de régimen pensional, esto es, el deber de información, cuya ausencia, dada su incidencia en el derecho pensional, trae como consecuencia la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, y con ello, que las cosas vuelvan al estado anterior en el que se

encontraban antes de aquella como que el demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión.

4.4 CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

La declaratoria de ineficacia implica que las cosas vuelven al mismo estado en que se hallarían de no haber existido el cambio, esto es, se priva de todo efecto práctico al traslado *«bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida»* (CSJ SL1689-2017).

Por lo tanto, considera la Sala que al declararse la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, 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 **PROTECCIÓN S.A.** traslade a **COLPENSIONES** no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual sino también los rendimientos financieros, junto con los porcentajes destinados a gastos de administración, primas de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados como lo ha determinado la jurisprudencia uniforme de nuestro órgano de cierre jurisdiccional desde la sentencia con Rad 31989 del 9 de sept/08, M.P. Eduardo López Villegas, reiterada en las SL 4989 y 4964 del 14 de nov/18, radicados 47.125 y 54.814, respectivamente, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, SL 1688 del 8 mayo/19, SL 2877 del 29/07/2020, Rad. 78667, M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL 3034 Rad. 86961 del 07/07/2021; 3571 Rad. 88476 del 04/08/2021; 3708 Rad 88556 del 18/08/2021; 3709 Rad. 88875 y 3710 Rad. 88550 del 18/08/2021; 3769 Rad, 84296 del 11/08/2021, SL755 Rad 90519, SL756 Rad 90548 del 09/03/2022 y SL1019 Rad 87915 del 16/03/2022, M.P Luis Benedicto Herrera Díaz; y SL843 Rad 85499 del 16/03/2022 M.P Gerardo Botero Zuluaga;

En ese orden, como la ineficacia declarada involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, debe ser plena y con efectos retroactivos, en este punto se debe adicionar la decisión en cuanto a que igualmente Protección S.A. deberá trasladar además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

Así mismo, se complementará la sentencia de primer grado disponiendo que el traslado de los recursos deberá hacerse con el suministro de la información prevista en el artículo 2.2.2.4.8 del Decreto 1833 de 2016 -por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones-, esto es, entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada periodo cotizado, especificando cada valor, *“...junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen ...”*.

8

De otra parte, en cuanto a la devolución de las sumas correspondientes a bonos pensionales ordenada por la primera instancia, debe precisarse que esto solo procede en caso que el bono se encuentre en la cuenta de ahorro individual.

4.5 PRESCRIPCIÓN

La excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto la acción que involucra el tema de traslado de régimen pensional guarda relación inescindible con los requisitos y valor de la pensión, por lo cual se debe predicar la imprescriptibilidad de la presente acción, ver al respecto Sentencia SL-1421 de 2019, Radicado No. 56174 de 10 de abril de 2019.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la SCL de la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que de ello surjan.

Conforme con las razones fácticas, probatorias y de derecho expuestas en precedencia, la sentencia revisada en consulta se adicionará y confirmará.

Sin costas de segunda instancia, por conocer del proceso en el grado jurisdiccional de consulta.

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,

5. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral **Tercero** de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, el 19 de septiembre de 2022, en cuanto que **PROTECCIÓN S.A.** deberá trasladar a **COLPENSIONES** además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Entregando la historia laboral del afiliado con la información discriminada y detallada por cada periodo cotizado, según las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: Sin costas de segunda instancia a cargo.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Las Magistradas,


CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ