



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE:	Gloria Stella Buitrago
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección S.A.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Adiciona y Confirma
RADICADO Y LINK:	05001-31-05-001-2019-00376-01 (272) 05001310500120190037601

En la ciudad de Medellín, a los diecisiete (17) 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 como ponente **CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO** se reunió para resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de esta, en el Proceso Ordinario Laboral adelantado por la señora **GLORIA STELLA BUITRAGO** 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:

Indicó la actora que nació el 24/12/1965, y que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 01/07/1989 en calidad de trabajadora de la Cooperativa Integral Recuperar, trasladándose a Protección S.A para el mes de marzo/2001, sin recibir la información necesaria, ni explicársele las ventajas y desventajas del traslado de régimen

pensional; por lo cual solicita se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS; y consecuentemente, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos existentes en su cuenta de ahorro individual, y las costas y agencias en derecho.

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 Primero Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 14 de septiembre de 2022, declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la accionante Gloria Stella Buitrago, el día 15 de enero de 2001, a la AFP Protección S.A., por falta al deber de información, ordenó a Colpensiones, tener a la demandante válidamente afiliado al RPM y homologar las semanas cotizadas por ésta al RAIS, previo el recibo del correspondiente saldo de la cuenta de ahorro individual, y a Protección S.A. a trasladar el saldo total existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones; esto es, las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros, incluidas las cuotas de administración, los seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima debidamente indexados, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a Protección S.A. en favor de la demandante, absteniéndose de imponer costas a Colpensiones.

3. RECURSO DE APELACIÓN:

3.1 RAZONES DEL RECURSO

Presentó recurso de apelación Colpensiones señalando que se debe adicionar la sentencia de instancia en el entendido que Protección S.A debe trasladar a Colpensiones el 100% de los dineros o aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora; esto es, su capital, rendimientos financieros, incluyendo los gastos o cuotas de administración, los aportes al FGPM, los seguros previsionales, las primas de seguro de invalidez y sobrevivientes, y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, debidamente indexados.

4. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de Colpensiones reitera los argumentos de primera instancia señalando que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

Señala que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Y que no se condene en costas a Colpensiones en consideración a que la actuación asumida en sede administrativa corresponde al estricto cumplimiento de la norma que rige la materia y en la oportunidad judicial, y lo que busca es dejar a la entidad a salvo de cualquier situación que pueda generarle perjuicios económicos presentes y futuros.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA.

Conoce la Sala del recurso de apelación y la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones de conformidad con lo señalado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-424 de 2015.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

Esta Sala se ocupará de analizar, si hay cabida a la declaratoria de la ineficacia del traslado de la demandante Gloria Stella Buitrago 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.

5.3. HECHOS RELEVANTES PROBADOS

De acuerdo con el acervo probatorio arrimado, no hay duda que el demandante se afilió al RPMPD hoy administrado por Colpensiones, desde el 01/07/1988, según se infiere del certificado para bono pensional de folios 19 y del hecho segundo de la contestación a la demanda presentada por Colpensiones de folios 30 anexo 01 del expediente digital; trasladándose al RAIS a través del Fondo privado de pensiones Protección S.A el 15/01/2001, con fecha de efectividad del 01/03/2001 según formulario de vinculación obrante a folios 71 y 73 anexo 04 numeral 02 del expediente ya referido.

5.4. 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.

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, no le asiste razón a Protección S.A por cuanto 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 suficientes para adoptar una decisión adecuada a las circunstancias particulares del afiliado, tal como lo establecen los artículos 2 y 12 del Decreto 663 de 1993 la entidad administradora siempre ha estado obligada a brindarla.

Es decir, el fondo de pensiones está en la obligación de proporcionar, 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 decisión de traslado 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)

Esta obligación que tiene la entidad administradora de acreditar esa diligencia también tiene respaldo en el artículo 1604 del Código Civil, al disponer que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*». De tal manera que, un análisis concordado entre lo anteriormente expuesto y lo afirmado por el actor en cuanto a que «*no recibió la información*», por tratarse de una negación indefinida, no requiere ser probada, pero si 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 a la 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.

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 a la actora se le brindó la asesoría requerida para el caso (anexo 04- 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 a la 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 la demandante nunca se trasladó al RAIS. Razón por la que en este punto se confirmará la decisión.

5.5. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO.

Considera la Sala que al declararse la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD 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** los aportes obligatorios efectuados por la demandante, esto es, el saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos financieros, las cuotas de administración, los seguros previsionales, y los aportes 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.

Y, es que esta Sala no encuentra elementos válidos para separarse del precedente del máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria laboral vertido en la sentencia CSJ SL 1637 del 11 de mayo de 2022, Radicado 89208, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz (Corte Constitucional SU 354 del 25 de mayo de 2017, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo, y SU 611 del 4 de octubre de 2017, M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez). De ahí que, por estar acorde con ese precedente, se adicionará 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 ...*”, obligaciones que deberán cumplirse dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia –art. 16 Decreto 692 de 1994.

En este orden de ideas, la decisión de ineficacia del traslado no afecta la sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, pues así lo explicó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL2877 de 2020, indicando que se descarta la posibilidad de que se generen erogaciones adicionales, al ordenarse el reintegro de todos los recursos a COLPENSIONES, para efecto del reconocimiento de la prestación económica a que tenga a derecho el demandante, de acuerdo a la reglas prevista por el régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente, considera la Sala no le asiste razón a la apoderada de Colpensiones cuando pretende se ordene el traslado de los reaseguros y los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional habida cuenta que este fondo no es exclusivo del RAIS, como es el caso del Fondo de Garantía de la Pensión Mínima, sino que es un fondo independiente del Sistema General de Pensiones, es decir, que el Fondo de Solidaridad Pensional que tiene una naturaleza totalmente diferente al RAIS y al RPMPD: “... *es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita*

al Ministerio del Trabajo y administrada por sociedades fiduciarias de naturaleza pública” (T-321 de 2019), cuya finalidad es “(...) subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte” y “hacer efectivo el principio de solidaridad que rige al sistema de seguridad social” y materializar el Estado Social de Derecho, al asegurar a los menos favorecidos la satisfacción de sus necesidades básicas”, (artículo 26 de la Ley 100 de 1993 y sentencias C-243 de 2006, reiterada en la T-321 de 2019), y de consiguiente, su devolución es totalmente irrelevante a efectos de financiar el fondo común del RPMPD.

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

Costas Procesales de Segunda Instancia a cargo de Colpensiones vencida en el Recurso y en favor de la demandante. Las Agencias en derecho en esta instancia se fijan en la suma de 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,

6. DECIDE:

PRIMERO: Adicionar el numeral **Tercero** de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín, el 14 de septiembre de 2022, en cuanto que **PROTECCIÓN S.A.** deberá trasladar a **COLPENSIONES** dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, además de los conceptos dispuestos en la primera instancia debidamente indexados, 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 apelada y consultada.

TERCERO: Costas Procesales de Segunda Instancia a cargo de Colpensiones vencida en el Recurso y en favor de la demandante. Las Agencias en derecho en esta instancia se fijan en la suma de 1 SMLMV.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Las Magistradas,


CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL


MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ