



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE:	John Jairo Calle Escobar
DEMANDADA:	Colpensiones y Protección S.A.
TIPO DE PROCESO	Ordinario Laboral
DECISIÓN:	Confirma parcialmente Revoca y Adiciona
Radicado	05001-31-05-011-2021-00380-01 <a href="#">(307) 05001310501120210038001</a>

AUTO

Conforme con lo dispuesto en los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, en los términos de la sustitución de poder obrante en el archivo 08Sustitución poder Colpensiones - 02Segunda instancia, se reconoce personería para actuar en representación de Colpensiones a la doctora Liliana Chávez Ortega con Tarjeta Profesional 303.709 del Consejo Superior de la Judicatura.

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA.

En la ciudad de Medellín, a los veintisiete (27) días de abril 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 recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de ésta, en el proceso ordinario laboral adelantado por la señora **JOHN JAIRÓ CALLE ESCOBAR** en contra de **COLPENSIONES** y de **PROTECCIÓN SA**, frente a la decisión adoptada por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín.

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 el actor que nació el 18/05/1961, y que se afilió al ISS hoy Colpensiones en el mes de octubre de 1993, trasladándose a Protección S.A para el mes de octubre de 1994, sin recibir la información necesaria, ni le explicaron las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional.

Afirmó que el 19/07/2021 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, pero esa entidad lo negó a través de la comunicación recibida en julio 21 de 2021 por no cumplir con los requisitos para ello. Por lo que al solicitar a Protección SA en agosto 8 de 2021 el estudio previo, individual y concreto que se hizo al momento de su traslado y la proyección de la mesada pensional, consideró que la mesada pensional proyectada iba a ser en detrimento de su derecho; por lo cual solicita se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, que se declare válida y vigente sin solución de continuidad su afiliación a Colpensiones; que se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuado al RAIS, incluidos los rendimientos y sin descuentos por cuota de administración; 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 Once Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 28 de septiembre de 2022, con fundamento en que no se acreditó el deber de información del demandante, ni que su decisión de traslado haya sido libre y voluntaria resolvió declarar la ineficacia de la vinculación al RAIS del señor JOHN JAIRO CALLE ESCOBAR administrado por Protección SA, ordenar a Protección SA., a trasladar del RAIS al RPMCPD administrado por Colpensiones los aportes del demandante como son cotizaciones, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, en razón a la declaración de la ineficacia del traslado, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje correspondiente a la garantía de pensión mínima, también deberá trasladar la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes al fondo de solidaridad pensional que se hubieren causando en el tiempo en que el actor estuvo afiliado a

dicha administradora, ordenar a Protección SA a indexar los dineros a devolver por gastos de administración, consistentes en (costos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, además del porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima), también deberá indexar los valores cancelados por concepto de la prima de reaseguro de FOGAFIN y los aportes a fondo de solidaridad pensional durante el tiempo que los demandantes estuvieron afiliados a dicho fondo de pensiones y sin aplicar equivalencia alguna igualmente se dispone que al momento de cumplir la orden los conceptos aparezcan discriminados por la AFP con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información importante que los justifique. Valores que deben de ser consignados por la AFP Protección SA a Colpensiones, quien deberá recibirlos y reactivar la afiliación del demandante dentro del RPMPD, sin solución de continuidad. Colpensiones deberá recibir los dineros entregados por Protección SA. y reactivar la afiliación del señor John Jairo Calle Escobar al RPMPD sin solución de continuidad. Costas a cargo de las entidades demandadas, como agencias en derecho la suma de 1½ SMLMV, es decir, la suma de \$1.500.000.00 de la cual corresponde el valor de \$1.000.000.00 a cargo de Protección SA, y la suma de \$500.000.00 a cargo de Colpensiones. No prosperan las excepciones de prescripción y compensación propuesta por las entidades demandadas. absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte actora.

### **3. RECURSO DE APELACIÓN:**

#### **3.1 RAZONES DEL RECURSO**

Colpensiones presentó recurso de apelación con fundamento en que la responsabilidad de los fondos privados es exclusiva de ellos y no se debe vincular a Colpensiones, por cuanto no tiene la obligación de soportar las cargas que fueron creadas por la desatención de dichos fondos. Por lo que solicita se modifique la forma de distribución bajo el entendido que la prestación económica que se deba reconocer al demandante debe estar a cargo por el fondo privado bajo los parámetros del régimen de prima media, o en su defecto hacer un nuevo cálculo. Se revoque la condena en costas por cuánto debe considerarse como un sujeto exógeno al litigio.

### **4. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

#### **4.1. ALEGATOS DEMANDANTE**

La apoderada del demandante reitera sus alegatos de primera instancia y solicita no se acceda al recurso impetrado contra la decisión de primera instancia, toda vez que de acuerdo a la normatividad procesal se debe condenar en costas a la parte que resulte vencida en el proceso, a quien pierda el incidente por él promovido, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, es por ello que la persona llamada a juicio y vencida en el mismo, tiene la carga de asumir las costas que en la actuación judicial se ocasionen, sin necesidad de examinar si hubo culpa o mala fe en quien promovió el proceso, recurso o incidente o se opuso a él y resultó vencido. Lo que se evidenció en el presente caso.

#### **4.2. ALEGATOS COLPENSIONES**

La apoderada de Colpensiones, señala que en aras de garantizar el balance probatorio y con ello el debido proceso, se acuda estrictamente a las reglas de la carga de la prueba para definir el caso concreto; que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional de un contingente de personas con características diferentes a las dispuestas por la Corte Constitucional, pone en peligro la sostenibilidad financiera del sistema; y que fue convocado con el fin de que una vez se definida la controversia, proceda a recibir al afiliado y los dineros correspondientes con motivo del traslado, no siendo quien lo ocasionó. Por lo tanto, no se trata de una parte vencida y en ese sentido no hay lugar a la imposición de costas a su cargo.

### **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 la pertinencia o no de declarar la ineficacia del traslado de la demandante John Jairo Calle Escobar 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. Y si hay lugar a la condena en costas a cargo de Colpensiones.

### **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 24/01/1996, según se infiere de la historia laboral allegada por Colpensiones (fl. 45-48 archivo 005); trasladándose al RAIS a través del Fondo privado de pensiones Santander (absorbido por Protección SA) en fecha 2003/06/17 como consta en el formulario de vinculación (fl. 10 archivo 002) con fecha de efectividad del junio de 2003 según la historia laboral obrante a folios 22 a 30 (archivo 002) y en el certificado de Asofondos visible a folios 33-34 (archivo 006).

### **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 al actor se le brindó la asesoría requerida para el caso aunado a que no era una obligación legal en esa época realizar una proyección de índole técnica o financiera (archivo 006 primera instancia), de acuerdo con la jurisprudencia ya descrita tenía la carga de acreditarlo, sin embargo, omitió allegar al proceso prueba suficientemente persuasiva. Y 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 regla prevista por el régimen de prima media con prestación definida.

En suma, con la imposición de la actualización lo que se procura es que, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, las condenas impuestas se ajusten a su valor real y, con el fin de impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral.

## **5.6. COSTAS PROCESALES**

Finalmente, en relación con el punto de impugnación de Colpensiones relativo a la condena de las costas procesales a su cargo, al respecto el artículo 365 del C.G.P indica que se trata de una condena objetiva que opera por el solo hecho de resultar la parte vencida en el proceso o en el recurso; por lo que al haber prosperado las

pretensiones de la demanda, declarándose la ineficacia del traslado de régimen, resultando las administradoras del RAIS vencidas en el proceso, sí hay lugar a imponer tal condena a su cargo, y a favor de la parte activa (Ver al respecto CSJ SCL, Rad 40993 del 22 de enero de 2013, M. P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO).

Sin embargo, en el caso de Colpensiones, debemos tener en cuenta que la condena que se emite en su contra no es por su actuar negligente u omisivo, sino que es la consecuencia de la ineficacia de una afiliación por la desidia que tuvo un tercero con el demandante; así que las condenas que asume hoy Colpensiones solo surgen con la decisión de esta providencia, por lo que no hay lugar a condenar a esta codemandada a las costas de primera instancia, y en tal sentido se revocará parcialmente el numeral quinto de la sentencia objeto de alzada.

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

Sin Costas Procesales de Segunda Instancia por haber prosperado el recurso de Colpensiones.

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: Revocar parcialmente** el numeral **quinto** de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, el día 28 de septiembre de 2022, que impuso condena en costas a Colpensiones y en su lugar, se **condena** en costas de primera instancia a Protección SA, a favor del demandante dentro de las cuales se fijan como agencias en derecho la suma de 1½ SMLMV, es decir, la suma de \$1.500.000.00 de la cual corresponde el valor de \$1.000.000.00 a cargo de PROTECCIÓN SA.

**SEGUNDO: Adicionar** el numeral **Segundo** de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, el 28 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, la historia laboral de la afiliada con la información discriminada y detallada por cada período cotizado, según las consideraciones de esta sentencia.

**TERCERO: Confirmar** en lo demás la sentencia apelada y consultada.

**CUARTO:** Sin Costas Procesales de Segunda Instancia.

Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Las Magistradas,

  
CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

  
LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL

  
MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ