REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	RAMONA JALABE RÍOS
DEMANDANDO	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
RADICADO	760013105 020202100254-01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 181
TEMAS Y SUBTEMAS	INEFICACIA DE TRASLADO: las AFP omitieron cumplir su deber de información
DECISIÓN	ADICIONA

Hoy, ocho (8) de agosto de dos mil veintitrés (2023)., conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala Cuarta de Decisión Laboral y como magistrada ponente ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA, proceden a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia No. 135 del 9 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito De Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora RAMONA JALABE RÍOS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS, bajo la radicación 760013105 020202100254-01

ANTECEDENTES PROCESALES

La señora RAMONA JALABE RÍOS demandó a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de

Prima Media con Prestación Definida, en adelante RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad, en adelante RAIS, en consecuencia, se tenga como válidamente afiliada ante COLPENSIONES y se disponga por parte de PROTECCIÓN S.A. el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros generados durante todo el tiempo que ha estado cotizando a dicha AFP y a COLFONDOS S.A.

Como hechos indicó que, nació el 12 de agosto de 1966, iniciando su vinculación laboral en abril de 1991 realizando cotizaciones al régimen de prima media hasta noviembre de 1995, fecha en la que se trasladó a PROTECCIÓN S.A.; refiere que fue abordada por un promotor de PROTECCIÓN S.A. quien lo convenció para realizar el traslado sin explicarle las condiciones de dicho acto, ni haber recibido información veraz y completa respecto de las consecuencias de su traslado; que solicitó el retorno a COLPENSIONES siendo resuelto de manera desfavorable.

PROTECCIÓN S.A. dio contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, sostuvo frente a los hechos que algunos eran ciertos y otros no; propuso las excepciones que denominó: validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., validez del traslado de régimen del RPM al RAIS, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legitima, nadie puede ir en contra de sus propios actos y compensación.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que la demandante realizó el traslado de manera libre, refirió frente a los hechos que algunos eran ciertos y otros no.

Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el traslado, buena fe, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES por ineficacia de traslado

de régimen, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, improcedencia a la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se encuentre pensionada en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación y prescripción.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones señalando que la afiliación realizada por la demandante se hizo de manera libre y voluntaria; propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo de exclusivamente de un tercero e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigo en sentencia No. 135 del 9 de septiembre de 2022, en la que resolvió declarar no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, declarar la ineficacia del traslado de la señora RAMONA JALABE RIOS del RPM al RAIS. Condenó a PROTECCION S.A a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante contenidos en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. Condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional de la demandante, a aceptar todos los valores que reciba de PROTECCION S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación contra la sentencia, indicando que, si bien no existe prueba documental de la asesoría a la demandante, dicha información para la fecha del traslado podía ser suministrada de manera verbal conforme a la norma vigente en ese entonces. Señala que no se configuran los

elementos para que la demandante pueda volver a ser parte del régimen de prima media, ya que la ineficacia de traslado se basa en una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado.

Refiere que por pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia permite expresar la voluntad de permanencia en un régimen de diferentes maneras, situación que se acredita en el presente caso, pues la demandante permaneció por más de 25 años en el régimen privado; por lo anterior solicita se revoque la sentencia o subsidiariamente su representada no sea condenada en costas.

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A**. interpuso recurso de apelación, refiriendo que la condena frente a los gastos de administración no es procedente, pues están ceñidos a la constitución y la ley y, dichas comisiones se usan como contraprestación por la administración de los recursos que ingresan a la cuenta de ahorro individual de cada afiliado y pagar las pólizas de seguro.

Solicita también que su representada no sea obligada a devolver el valor del seguro previsional teniendo en cuenta que la aseguradora es un tercero de buena fe y nada tuvo que ver entre el contrato suscrito entre el demandante y PROTECCIÓN S.A.

El asunto se estudia igualmente en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, en favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

No encontrando vicios que puedan generar la ineficacia de lo actuado en primera instancia y surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 se profiere la

SENTENCIA No. 181

PROBLEMA JURÍDICO

En atención los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, el PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL que deberá dirimir esta Sala, gira en torno a establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la señora RAMONA JALABE RÍOS, habida cuenta que se plantea que dicho traslado se efectuó sin vicios en el consentimiento, por lo que se presume válido.

De ser procedente la ineficacia de traslado, se deberá determinar:

1. Si el demandante tenía la carga de la prueba en cuanto a la omisión del deber de información en que incurrió la AFP demandada.
2. Si PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deben devolver a Colpensiones los gastos de administración indexados, seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones causadas en los períodos en que administraron la cuenta de ahorro individual del demandante.
3. Si se afecta la sostenibilidad del sistema financiero de Colpensiones con el retorno al RPM de la demandante.
4. Si fue correcta la imposición de costas en primera instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico principal, la Sala comienza por indicar que el Sistema General de Seguridad Social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de

diferentes tipos de prestaciones. Con este fin la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Frente a la elección de régimen, el literal b) del artículo 13 de la 100/93, indica que los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga para su vinculación o traslado.

Al respecto del deber de información, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera a la afiliada elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses[1] y, sobre este punto, jurisprudencialmente se ha definido que es la AFP a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba[2].

A juicio de esta Sala tal condición especifica de la norma se refiere a que al contar el sistema de seguridad social con dos regímenes pensionales con características particulares y disimiles, al momento de la afiliación debe haber absoluta claridad para las personas sobre las características de uno y otro régimen pensional y sobre su situación pensional para que pueda considerarse eficaz la afiliación.

Para dilucidar el asunto sometido a consideración, debe tenerse en cuenta las subreglas definidas por la Corte Suprema de Justicia en procesos donde se discute la validez de la afiliación a un régimen pensional, en la Sentencia del 9 de septiembre de 2008, expediente 31989 M. P. Eduardo López Villegas y la con radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011 Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, se explicó:

1. El deber de información es uno de los imperativos legales de las entidades administradoras de pensiones según el inciso tercero del literal c del artículo 60 de la ley 100 de 1993.

2. la falta del deber de información que tienen las entidades de seguridad social, quienes deben explicar de manera completa y comprensible las particularidades del régimen, de manera que se falta a este deber aun cuando guardan silencio en aspectos neurálgicos del mismo.

3. la carga de la prueba sobre la información suministrada está en cabeza de la administradora de pensiones, puesto que la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada."

Esto además ha sido reiterado en sentencias como radicación 46.292, de 2014, en la SL17595 del 18 de octubre de 2017, SL19447-2017 y su fallo de instancia SL4989-2018, 3034 de 2021 de la h. Corte Suprema de Justicia

En el caso de la señora RAMONA JALABE RÍOS se tiene que estuvo afiliada al otrora ISS desde el 16 de abril de 1991, posteriormente el 12 de octubre de 1995 se traslada a PROTECCIÓN S.A., luego, en mayo del 2000, se traslada a COLFONDOS S.A. y finalmente en octubre de 2002 retorna ante PROTECCIÓN S.A. (fl29 PDF 12 del cuaderno del juzgado).

El accionante sostiene que, al momento del traslado de régimen, las AFP no le explicaron eficientemente las condiciones del traslado, incumpliendo así su deber legal de proporcionar una información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas de tal acto.

En efecto, en el caso las pruebas documentales no dan cuenta que PROTECCIÓN S.A., primera AFP a la que se afilió la demandante, ni COLFONDOS S.A. hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente al momento del traslado en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia, deber que no se limita a las proyecciones pensionales, sino que debe comprender cada etapa de la afiliación desde el momento inicial, mostrando las ventajas y desventajas del traslado a realizar[3]. No se acreditó que para el momento del traslado se efectuó una completa asesoría al demandante, pues de la prueba allegada no se desprende que la demandada se haya comportado con la pericia, profesionalismo y pulcritud a ella exigida.

En suma, analizado en su conjunto el elenco probatorio relacionado, debe concluirse, que no obra prueba relativa a que PROTECCIÓN S.A. ni COLFONDOS S.A. hubieran brindado a la afiliada previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia, esto es, que antes del traslado efectivo *se* le hubiese indicado al actora que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado los comparativos respecto a las condiciones y diferencias entre uno y otro régimen, entre otros aspectos neurálgicos que debieron exponerse para el traslado de régimen pensional.

De esta manera las cosas, en atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, ha de concluirse que el traslado del actor al RPM no se efectuó de manera libre y voluntaria, pues se presentó una "Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional", que impidió que su decisión se diera libre y voluntaria.

Es de mencionar que la ineficacia provocada en el acto inicial del contrato de traslado no se superó por la estadía del demandante en el RAIS por varios años, pues tal situación no se valida con el acto antes mencionado y de acuerdo con las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL 4360-2019, entre otras, la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional no puede afectarse por la prescripción.

En consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al RAIS, PROTECCIÓN S.A. deberá reintegrar los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la demandante, incluidos bonos pensionales si los hubiere, pues así lo dispone el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil. Además, deberá retornar los gastos de administración indexados, debiendo asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.[4], ocurriendo lo mismo con los rendimientos financieros y comisiones

causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante. Tal como lo fijo el juez de primera instancia.

De igual manera, es procedente que COLFONDOS S.A. realice la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración indexados y comisiones con cargo a su propio patrimonio. Confirmándose en este aspecto la decisión recurrida.

Lo anterior, atendiendo lo dispuesto en sentencia SL 584-2022, en la que se estableció que al declararse una ineficacia y/o nulidad de traslado las AFP deben trasladar las comisiones y gastos de administración cobrados a la parte demandante, asimismo los valores de los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, ello debidamente indexado. Al respecto enuncia la mentada providencia lo siguiente:

> *"Así mismo, con cargo a lo explicado en providencia CSJ SL3199-2021, atrás citada, también debe modificarse el fallo del a quo, para condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberá indexar, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, se repite, dado que la declaratoria de ineficacia presupone que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido."*

Respecto de las sumas adicionales de las aseguradoras, se debe señalar que se condena a la devolución del porcentaje destinado a financiar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, mismos que hacen parte del porcentaje de gastos de administración, en los términos del Art. 20 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, se afirma que la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, y la reactivación la afiliación al RPM, atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, por la inexistencia de

equivalencia entre los valores recibidos y los valores requeridos para el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante.

Respecto del anterior argumento, se ha de manifestar, que para efecto de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, no es jurídicamente viable tener en cuenta el principio antes citado, pues, desde que el actor estuvo afiliado al RPM era beneficiario de las prerrogativas de este régimen pensional, conforme lo disponía la legislación, y por ello no es posible desconocer los derechos que tiene conforme las norma legales vigentes, so pretexto de someterse al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano, principio al que quien se debe someter es el legislador al realizar las reformas pensionales, no que el juez para desconocer derechos ya legislados.

Además, como quedó dicho, recibir la afiliación de la demandante se correlaciona con la devolución que debe hacer PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A. de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, las comisiones, los gastos de administración indexados.

Con relación a la prescripción, debe decirse que, tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señalan que el término de prescripción de las acciones derivadas del derecho social es de tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Sin embargo, en materia de derechos pensionales, la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 48 Superior, ha sostenido que el mismo es imprescriptible, no siendo así las mesadas pensionales causadas, a las cuales se les aplica el término de prescripción trienal a que se aludió anteriormente.

En lo atinente a la prescripción de la acción de ineficacia del traslado de régimen, esta Sala encuentra que el traslado se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y de contera al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, como se dijo, resulta imprescriptible, tesis aceptada por la CSJ recientemente en sentencia SL 1688 del 8 de mayo del 2020.

Ahora, en lo relativo a las costas de primera instancia impuestas a Colpensiones, esta Sala deberá recordar que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1°, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc.

En consideración a lo anterior, la condena en costas atiende un carácter eminentemente objetivo, por cuanto la imposición de estas solo exige que se produzca el vencimiento de la parte a la que se obliga con las mismas, sin atender ninguna consideración adicional, por lo que, para su imposición, el Juez no puede examinar otros criterios distintos a los establecidos por la norma, como por ejemplo si hubo o no culpa de quien promovió la acción.

Y, es que debe precisarse en este punto, que tal como lo ha señalado la jurisprudencia[5], la condena en costas no es una decisión facultativa del Juez de conocimiento respecto de la parte vencida en un proceso sino una obligación que por mandato del legislador no puede eludir tomando como fundamento criterios no establecidos.

En el caso sub examine, COLPENSIONES, funge en el proceso como demandado, es destinatario de una condena que se materializa en una obligación de hacer, dar o recibir y resultó vencido en juicio, toda vez que mostró oposición a las pretensiones, sin que las mismas fueran avaladas por el juez de primera instancia. Por tanto, deberá confirmarse la decisión de primera instancia respecto a la imposición de costas.

A más de lo precedente, debe indicarse que se adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. discriminar detalladamente los valores a trasladar, con ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y toda información que sea pertinente, para lo cual se otorgará un plazo de treinta días (30) contados desde la ejecutoria de esta sentencia; igualmente se ordenará a COLPENSIONES actualizar y entregar al demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Finalmente, debe recalcarse que el grado jurisdiccional de consulta quedó surtido al estudiar el problema jurídico principal, pues con ello se verificó la legalidad de la condena.

Corolario, se adiciona la sentencia recurrida. COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., por haberle sido resuelto desfavorablemente el recurso de apelación se fija como agencias en derecho el equivalente a UN (01) SMLMV, para cada una.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral QUINTO de la sentencia No. 135 del 9 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a actualizar y entregar al demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia No. 135 del 9 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** discriminar detalladamente los valores a trasladar, con ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y toda información que sea pertinente, para lo cual se otorgará un plazo de treinta días (30) contados desde la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN, se fija como agencias en derecho el equivalente a UN (01) SMLMV, para cada una

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace: https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-

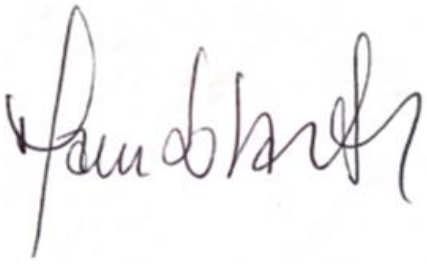
tribunal-superior-de-cali/Sentencias.

En constancia se firma.

Los Magistrados,

ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA

Magistrada Ponente



MARY ELENA SOLARTE MELO **GERMAN VARELA COLLAZOS**

s