REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	HENRY VELASCO MATEUS
DEMANDANDO	COLPENSIONES. PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
RADICADO	760013105 012 202200539-01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN y CONSULTA
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 193
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 grado jurisdiccional de consulta de la sentencia No. 153 del 29 de septiembre de 2022, proferida por el juzgado Doce laboral del circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **HENRY VELASCO MATEUS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS,** bajo la radicación **760013105 012 202200539-01.**

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor **HENRY VELASCO MATEUS** demandó a **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, se tenga como válidamente afiliado a COLPENSIONES y se disponga el traslado por parte de PORVENIR S.A. del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual.

Como hechos indicó que, nació el 15 de octubre de 1965, que inició sus cotizaciones en el

otrora ISS el 20 de mayo de 1992 y posteriormente en mayo de 1995 se trasladó a PORVENIR S.A. sin recibir asesoría al respecto de la posibilidad de retornar ante el Régimen de Prima Media.

Sostuvo que el 25 de enero de 2022 radicó formulario de afiliación ante COLPENSIONES, lo cual fue resuelto de forma desfavorable, posteriormente radicó derecho de petición solicitando nulidad del traslado, lo cual fue resuelto de manera negativa por parte de COLPENSIONES.

Refiere que el 25 de enero de 2022 solicitó información ante PORVENIR S.A. acerca del soporte de la asesoría brindada al momento de la afiliación, la demandada dio respuesta, pero no anexó soportes de asesorías, sin embargo, manifestaron que el 23 de septiembre de 2016 lo invitaron a una asesoría personalizada.

Considera que de pensionarse por vejez en COLPENSIONES recibiría una mejor mesada pensional que la que eventualmente percibiría en PORVENIR S.A.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, señalando que no se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PORVENIR S.A como se alega en la demanda.

Propuso las excepciones que denominó: ausencia de los requisitos exigidos por la ley para obtener la nulidad de traslado de régimen, cobro de lo no debido, carencia probatoria, prescripción genérica, buena fe y excepción genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, indicando frente a los hechos que algunos no le constan y otros no son ciertos. Indicó que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual se efectuó con la AFP Porvenir S.A en el año 1995, producto de una decisión libre, espontánea e informada de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la ley de 1993, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 114 de la ley 100 de 1993, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT.

Propuso las excepciones que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigo en sentencia No. 153 del

29 de septiembre de 2022 declarar la ineficacia del traslado efectuada por el actor al RAIS, en consecuencia, que se entiende que siempre ha permanecido en el RPM y por lo tanto, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados y condenó en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación contra la sentencia, indicando que el traslado del demandante afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, además de que las administradoras siempre han estado dispuestas a brindar información a sus afiliados; la conducta del demandante fue de manera libre y voluntaria.

PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación en lo referente a los gastos de administración, aduciendo que son descuentos que se encuentran debidamente autorizados por la ley.

Arguye que en los casos donde se declare la nulidad únicamente sería procedente la devolución de las cotizaciones y rendimientos, pero no gastos de administración, pues ellos se encuentran causados durante todo el tiempo de vinculación del demandante, manejados por su representada para generar unos rendimientos; de igual manera se opone a la devolución del porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, pues considera que ellos son autorizados por la norma.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El asunto se estudia en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.
Los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión en debida forma. 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. 193

PROBLEMAS JURÍDICOS

El **PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL** que deberá dirimir esta Sala, gira en torno a establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima media al Régimen de Ahorro Individual, efectuado por el señor **HENRY VELASCO MATEUS,** 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 **PORVENIR S.A.** debe 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 deahorro individual del demandante.

3) Si se afecta la sostenibilidad del sistema financiero de Colpensiones con el retorno al RPM del demandante.

4) Si fue correcta la imposición de costas en primera instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES.

5) Si en el asunto operó la prescripción de la acción de ineficacia de traslado.

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 aseguramientode la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través delotorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de porvenir pensional dual, en el cual, bajo las reglas delibre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media conPrestación 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, indicaque los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de losregímenes 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 unaafiliación 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 aquien 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 señaló:

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."

---

[1] artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, Decreto 2241 de 2010, reglamentario de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2555 de 2010, y la Ley 1748 de 2014.
[2] sentencia del 09 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL1688-2019

Esto además ha sido reiterado en sentencias como la con 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, se tiene que el señor **HENRY VELASCO MATEUS** se afilió inicialmente al otrora ISS el 20 de mayo de 1992 (fl. 7 PDF2 cuaderno juzgado) y luego el 1 de junio de 1995 se trasladó a PORVENIR S.A. (fl. 130 PDF12 cuaderno juzgado).

Sostiene el demandante que, al momento del traslado de régimen, las AFP no le explicaran 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 **PORVENIR 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 PORVENIR S.A., hubiera brindado al afiliado 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 actor 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*

---

[3] Sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019

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, **PORVENIR S.A.** deberá reintegrar los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación del 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 del demandante. Tal como lo fijo el juez de primera instancia.

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

---

[4] CSJ sentencia del 09 de septiembre de 2008, radicación 31989

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 del 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 del demandante se correlaciona con la devolución que debe hacer **PORVENIR 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 seproduzca 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 ejemplosi 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 noestablecidos.

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 PORVENIR 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 aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales al afiliado, y 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 legalidadde la condena.

Corolario, se adiciona la sentencia recurrida. Sin costas en esta instancia por corresponder al

---

[5] T420-2009

grado jurisdiccional de consulta.

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 SEGUNDO de la sentencia No. sentencia No. 115 del 29 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales al afiliado, y 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. 115 del 29 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR 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.

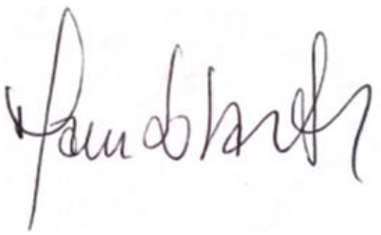
CUARTO: Sin COSTAS en esta instancia.

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
Magistrada

GERMAN VARELA COLLAZOS
Magistrado