



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ÁLVARO ESCOBAR TRUJILLO
DEMANDADOS	COLPENSIONES PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
RADICADO	760013105 016 2020 00251 01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 245 del 29 de septiembre de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	INEFICACIA DE TRASLADO: las AFP omitieron cumplir su deber de información
DECISIÓN	ADICIONA

Hoy, Veintinueve (29) de septiembre 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. 268 del 29 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **ÁLVARO ESCOBAR TRUJILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y OTROS** bajo la radicación **760013105 016 2020 00251 01**.

AUTO DE SUSTANCIACIÓN No. 731

Atendiendo el memorial aportado por el apoderado principal de COLPENSIONES (fl. 3 PDF4 cuaderno tribunal), se reconoce personería al abogado DIEGO FERNANDO HERNÁNDEZ M. identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.85.301.862 y T.P.

301.029 del CSJ, en calidad de apoderado sustituto de la administradora en mención.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor **ÁLVARO ESCOBAR TRUJILLO** demandó a **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.** pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado del RPM (Régimen de Prima Media) al RAIS, en consecuencia, se tenga como afiliado a **COLPENSIONES** y se disponga por parte de **PORVENIR S.A.** devolver los aportes pensionales y rendimientos efectuados en la Cuenta de Ahorro Individual entre el 05-04-06, fecha del traslado de régimen pensional y hasta la fecha de última cotización, a favor de COLPENSIONES, junto con el correspondiente Bono pensional.

Como hechos indicó que realizó aportes al otrora ISS (Instituto de Seguro Social) desde el 21 de junio de 1989 y posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN en el año 2006.

Dijo que, al efectuar la afiliación a la AFP, no recibió la información necesaria, clara y por escrito de la proyección pensional para identificar las ventajas y/o desventajas del traslado, incumpliendo así el deber legal que tenía de proporcionar información veraz y completa, respecto a las consecuencias negativas que tendría con el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS, especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión.

Manifiesta que presentó ante PROTECCIÓN y COLPENSIONES escrito solicitando entre otras cosas, la declaratoria de "nulidad del acto" mediante el cual se produjo el traslado de régimen pensional, petición que le fue negada por las administradoras.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Manifestó que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado y la administradora no puede inferir en la misma.

Agrega que la administradora no está facultada para ordenar el traslado de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, por la prohibición legal, en consecuencia, debe mediar orden judicial.

Manifiesta que en caso de accederse a la ineficacia debe ordenarse a PROTECCIÓN

devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por los periodos en que administraron las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros provisionales y el porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubiera producido de no haberse generado el traslado.

Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones señalando que el traslado del actor se realizó con el lleno de los requisitos legales y por ende la selección del régimen la realizó de forma libre, espontánea y sin presiones.

Aduce que, cuando el actor ejerció su derecho de movilidad entre regímenes, no se exigía legalmente suministrar por escrito ningún cálculo financiero o proyección actuarial al potencial afiliado, ni dejar por escrito el soporte de recibir una asesoría pensional, pues el proceso de asesoría era verbal.

Manifiesta que el accionante nunca manifestó su deseo de retractarse del traslado de régimen.

Propuso las excepciones que denominó: Prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez de la afiliación de la parte actora al RAIS, buena fe de la entidad demandada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigio en sentencia No. 268 del 29 de noviembre de 2021, mediante la cual declaró la ineficacia del traslado que hizo ÁLVARO ESCOBAR TRUJILLO a PROTECCIÓN, ordenando a COLPENSIONES aceptar el regreso de la demandante al RPM.

Asimismo, ordenó a PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES de todos los

dineros cotizado en la cuenta de ahorros individual de ÁLVARO ESCOBAR TRUJILLO.

Finalmente, condenó en costas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN, incluyendo como agencias en derecho para cada una, el equivalente a UN (1) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación señalando que se debe reintegrar a COLPENSIONES lo que corresponde a gastos de administración a cargo del propio patrimonio de la AFP, rendimientos financieros, bonos pensionales de haberse recibido, sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

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.

El apoderado de COLPENSIONES recorrió el traslado el 7 de octubre de 2022 (PDF4 cuaderno tribunal) y del demandante el 10 de octubre de 2022 (PDF5 cuaderno tribunal)

Los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si se interpuso 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. 245

PROBLEMA JURÍDICO

En atención a los recursos de apelación interpuestos y al grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, el PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL que deberá dirimir esta Sala, establece si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, efectuado por el señor ÁLVARO ESCOBAR TRUJILLO, dado que se plantea que dicho traslado se efectuó sin vicios en el consentimiento.

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.** 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 de ahorro 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.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico principal, la Sala indica que el Sistema General de Seguridad Social en pensiones pretende asegurar a la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mediante el otorgamiento 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 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 intereses¹ 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 prueba².

Según esta Sala, tal condición específica 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 claridad para las personas sobre las características de uno y otro régimen pensional y sobre su situación pensional para que la afiliación sea eficaz.

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 y la con radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, 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) El deber de información que tienen las entidades de seguridad social les obliga a 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 1º 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 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.

En el caso del señor **ÁLVARO ESCOBAR TRUJILLO** se tiene que estuvo afiliado al ISS desde el 21 de junio de 1989 (fl. 32 PDF1 cuaderno juzgado) y posteriormente, suscribió formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. el 1 de junio de 2006 (fl. 26 PDF8 cuaderno tribunal).

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.**, 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 realizar³. 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. 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

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

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 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. Aspecto en el que se adiciona la sentencia de primera instancia.

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

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

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 a las sumas adicionales de las aseguradoras, se condena a la devolución del porcentaje destinado a financiar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, que hacen parte del porcentaje de gastos de administración, según el 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, recibir la afiliación del demandante se correlaciona con la devolución que debe hacer PROTECCIÓN S.A. de los valores recibidos por 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 ve que el traslado está ligado al derecho a la seguridad social, y de contera al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, que 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 1º, 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 jurisprudencia⁵, 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 actúa como demandado, recibe una condena materializada en una obligación de hacer, dar o recibir y resultó vencido en juicio, siempre que mostró oposición a las pretensiones, sin que las avalara el juez de primera instancia. Por tanto, deberá confirmarse la decisión de primera instancia respecto a la imposición de costas.

Más de lo anterior, 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 pertinente, para lo que se otorgará un plazo de treinta días contados desde la ejecutoria de esta sentencia; 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 recalarse 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 por haberle sido resuelto desfavorablemente el recurso de apelación se fija como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SMLMV.

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,

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia No. 268 del 29 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

ORDENAR a COLPENSIONES aceptar el regreso de la señora ALVARO ESCOBAR TRUJILLO sin solución de continuidad ni requisitos adicionales, así como a actualizar y entregar a la demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia No. 268 del 29 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, el cual queda así:

ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. reintegrar a COLPENSIONES 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., ocurriendo lo mismo con los rendimientos financieros y comisiones causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual del demandante. Aspecto en el que se adiciona la sentencia de primera instancia.

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.

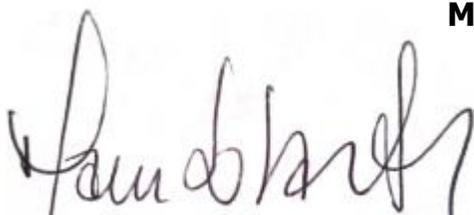
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, se fija como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SMLMV.

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.](https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias)

En constancia se firma.

Los Magistrados,

Se suscribe con firma electrónica
ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA
Magistrada Ponente



MARY ELENA SOLARTE MELO



GERMAN VARELA COLLAZOS