



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

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ARMIDA MOSQUERA ARBOLEDA
DEMANDANDO	COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA	JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
RADICADO	76001310501420220012601
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 323 del 29 de septiembre de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	INEFICACIA DE TRASLADO: las AFP omitieron cumplir su deber de información
DECISIÓN	ADICIONA y CONFIRMA

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. 38 del 16 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Catorce Laboral Del Circuito De Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por La señora ARMIDA MOSQUERA ARBOLEDA en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES E.I.C.E., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A**, bajo la radicación **76001310501420220012601**.

AUTO DE SUSTANCIACIÓN No 707

En atención al memorial PDF 4, del cuaderno del Tribunal, se le reconoce personería para actuar a la abogada **YESENIA GUTIÉRREZ ERAZO**, identificada con cédula de ciudadanía No 1.107.074.991 de Cali y Tarjeta Profesional No 345.714 del C. S. J.

como apoderada de **COLPENSIONES**, en los términos de la sustitución presentada.

ANTECEDENTES PROCESALES

La señora **ARMIDA MOSQUERA ARBOLEDA** demandó a **COLPENSIONES y PORVENIR S. A** pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado del RPM (Régimen de Prima Media) al RAIS, en consecuencia, se tenga como válidamente afiliada a **COLPENSIONES** y se disponga por parte de **PORVENIR S.A** el traslado de todos los aportes de la cuenta individual, con sus rendimientos financieros, gastos de administración y demás acreencias.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó ordenarse la afiliación ante al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**.

Como fundamento factico de sus pretensiones indicó que nació el 4 de abril de 1963; que estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social (ISS) hoy Colpensiones, para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte a partir de 26 de septiembre de 1984. Que su traslado régimen pensional, concretamente a la AFP PORVENIR S.A., se dio el 26 de septiembre de 2008. Dice que el formulario no cuenta con la suscripción.

Asegura que, durante el proceso de la asesoríasobre las modalidades de pensión, no se le dieron a conocer las figuras propias del Régimen de Ahorro Individualque impactan notablemente la mesada pensional por las características que esta conllevan, no se le informó sobre la posibilidad que tenía de retractase de su afiliación o traslado.

Finalmente, señala que presentó solicitud de traslados de régimen ante COLPENSIONES, el 1 de febrero de 2022, solicitud que fue resulta de forma inmediata bajo el comunicado N° 2022_1252813-29808099 por medio del cual le informaron que *“No es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la informaciónconsultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse”*.

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que la demandante está válidamente afiliada al RAIS, esto, desde que tomo voluntaria, libre y consiente, la decisión de trasladarse a su gusto al fondo de pensiones, donde se sintiera segura y cómoda con lo ofrecido. Que esto no es causal de ineficacia de su traslado y por ende pretender, se declare que la demandante continúa afiliada al RPMPD.

Así mismo, manifiesta que para la fecha en que solicitó el traslado de fondo de pensión, la demandante tenía más de 47 años, por lo que superaba la edad límite para solicitarlo.

Añade que, no está obligada a recibir los aportes la demandante, toda vez que no es procedente realizar un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, debiendo atenerse la demandante a lo establecido en los artículos 2 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1 del Decreto 3800 de 2003.

Como petición especial, Colpensiones solicitó que en caso de llegarse a despachar a favor de la parte actora todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo demandatorio, tener presente las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes y se condene a **PORVENIR S.A.**, a devolver en lo que concierne a 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 de la 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, buena fe, prescripción y compensación.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, encontrándose válidamente afiliada al RAIS; más aún cuando se tiene en cuenta que NO existió omisión por parte de la entidad de entregar a la demandante la información que la misma requería para que tomara una decisión referente al traslado del RPM al RAIS de manera informada.

Por otro lado, indica que no es procedente la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la ley 100 de 1993, puesto que esta ópera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir contra conductas dolosas, que para el caso en concreto ni se alegan ni se acreditan por parte de la demandante.

Formuló las excepciones que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigio en sentencia No. 38 del 16 de febrero de 2023, mediante la cual declaró no probadas las excepciones planteadas por las demandadas. Así mismo, declaró la nulidad o ineficacia de la afiliación de la señora **ARMIDA MOSQUERA ARBOLEDA** al régimen de ahorro individual administrado por la **AFP PORVENIR S.A.** en el mes de **noviembre de 2008**, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De igual forma, ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de **ARMIDA MOSQUERA ARBOLEDA** al régimen de prima media con prestación definida administrado por dicha entidad. Finalmente condenó en costas a las demandadas **COLPENSIONES y PORVENIR.**

Para arribar a la decisión básicamente expone el a quo que no obra dentro del plenario prueba de la doble asesoría, para haber demostrado así un actuar diligente por parte de la AFP y en consecuencia esta deberá trasladar a Colpensiones todo el capital que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, así como los rendimientos y bono pensional si los hubiere.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación señalando que en dicha providencia no se contempla los gastos de administración y pagos generados

a la aseguradora. Dineros que deben reintegrarse al RPMPD, administrada por Colpensiones, sumas importantes al reconocer alguna prestación económica. Solicita revisar la decisión del juez de primera instancia y absolver de la condena en costas a Colpensiones.

El asunto se estudia igualmente en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, en favor de **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, frente a lo cual COLPENSIONES, PORVENIR y la DEMANDANTE, presentaron los alegatos correspondientes. 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. 232

PROBLEMA JURÍDICO

En atención al recurso de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de Consulta en 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 La señora **ARMIDA MOSQUERA ARBOLEDA**.

Así se establecerá si hay lugar a ordenar el traslado de todo el dinero aportado por la demandante en el RAIS con dirección a **COLPENSIONES**.

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

- 1) Si la 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 de ahorro individual de la 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 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.

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 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.

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

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) La falta de información de las entidades de seguridad social, que deben explicar de manera completa y comprensible las particularidades del régimen, así 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.

En el caso de la señora **ARMIDA MOSQUERA ARBOLEDA** se tiene que estuvo afiliada al ISS (INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES) hoy Colpensiones, luego suscribió formulario de afiliación PORVENIR S.A. el 26 de septiembre de 2008.

La accionante sostiene que, cuando se trasladó el régimen, la AFP no le explicó eficientemente las condiciones del traslado, incumpliendo así su deber legal de dar una información veraz y completa sobre 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 realizar³. No se acreditó que para el momento del traslado se efectuó una completa asesoría a la demandante, pues de la prueba allegada no se desprende que la demandada se haya comportado con la pericia, profesionalismo y pulcritud a ellas 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 a la afiliada, previo a su traslado, toda la información, esto es, que antes del traslado efectivo se le hubiese indicado la 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 de la demandante 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.

La ineficacia provocada en el acto inicial del contrato de traslado no la superó la estadía de la demandante en el RAIS por varios años, pues tal situación no se valida con el acto mencionado y según las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL 4360-2019, entre otras, la declaración de ineficacia del cambio de régimen pensional no puede afectarse por la prescripción.

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

En consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, **PORVENIR S.A.** deberá reintegrar, como lo adujo la parte recurrente, 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. Aspecto este último en que se adiciona la sentencia de primer grado.

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:

"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.

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

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

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 que pertenece a la prescripción de la acción de ineficacia del traslado de régimen, esta Sala encuentra 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, asunto que fue objeto de apelación por la parte demandada, es preciso señalar que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1°, 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.

⁵ T420-2009

En el caso sub examine, **COLPENSIONES**, funge en el proceso como demandado, recibe una condena materializada en una obligación de hacer, dar o recibir y resultó vencido en juicio, ya que mostró oposición a las pretensiones, sin que las avalara el juez de primera instancia. Por tanto, se confirma 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 PORVENIR 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 a la demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Finalmente, debe recalcar que el grado jurisdiccional de consulta quedó surtido al estudiar el problema jurídico principal, 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, a cargo de 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,

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia No. 38 del 16 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

ORDENAR a PORVENIR S.A. 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 de la demandante, las sumas adicionales de las aseguradoras. Discriminar 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.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia No. 38 del 16 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Catorce 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.

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, a su cargo.

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)

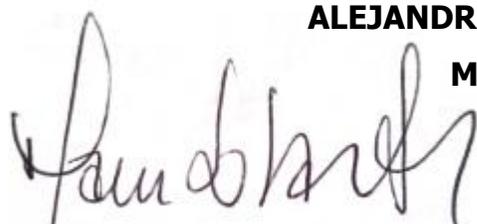
En constancia se firma.

Los Magistrados,

Se suscribe con firma electrónica

ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA

Magistrada Ponente



MARY ELENA SOLARTE MELO



GERMAN VARELA COLLAZOS