



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A L A B O R A L

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	BEATRIZ ESTER LERMA SOLIS
DEMANDANDO	COLPENSIONES PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO TRECE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	760013105013202000361-01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN y CONSULTA
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 99 del 3 de mayo de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	INEFICACIA DE TRASLADO
DECISIÓN	MODIFICA

Conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022 el magistrado ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión, procede resolver en APELACIÓN la sentencia No. 135 del 07 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **BEATRIZ ESTER LERMA SOLIS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS**, bajo la radicación **760013105013202000361-01**.

ANTECEDENTES PROCESALES

La señora **BEATRIZ ESTER LERMA SOLIS** convocó a la **Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A.**, pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó al régimen de ahorro individual, se ordene su afiliación a Colpensiones, junto con el traslado de sus aportes y/o capital, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y los gastos de administración y se condene a las entidades demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones indicó que nació el 31 de julio de 1959.

Que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, donde había cotizado por varios años.



Que como consecuencia de una información errónea se afilia al fondo de pensiones PORVENIR S.A. en su sitio de trabajo MUNICIPIO DE BUENAVENTURA.

Que al momento de realizarse la afiliación no recibió una información necesaria, clara y por escrito, de la proyección pensional para identificar las ventajas y/o desventajas, incumpliendo así el fondo su deber legal que tenía de proporcionar la información veraz y completa respecto de 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, tampoco se le entregó el plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento del fondo, de lo cual debió quedar copia por escrito.

Que PORVENIR S.A. con posterioridad omitió informar de forma clara y por escrito el derecho a la retractación de su afiliación tal como lo establece el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994.

Que durante su vinculación a PORVENIR S.A., hasta la fecha, no ha recibido ningún tipo de información de parte del fondo en relación con su expectativa pensional, menos ha sido convocada a una cualquiera de las dependencias en la ciudad de Cali.

Que durante los últimos cinco (5) años en varias ocasiones y de manera verbal ha solicitado a PORVENIR S.A. autorice su traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-, donde igualmente las respuestas han sido verbales e ineficaces.

Que en marzo 19 de 2020 mi procurada solicitó a PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS mediante derecho de petición, se autorizara su traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Que PORVENIR S.A. dio respuesta a su petición de manera desfavorable por medio de comunicación del 23 de abril de 2020.



Que el 20 de marzo de 2020 solicitó ante COLPENSIONES la afiliación a la entidad, lo cual fue resuelto desfavorablemente por medio de comunicación del mismo día.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, dio contestación a la demanda señalando que se opone a que se declare la nulidad del traslado, por carecer de fundamentos de Hecho y de Derecho, por cuanto debe probarse la nulidad de la afiliación y los vicios del consentimiento que mediaron para ello, lo que no surge palmariamente de las pruebas allegadas al plenario, pues lo que se puede ver fue una afiliación libre y voluntaria. La obligación de dar la asesoría le corresponde al RAIS para aquella época Colpensiones no había entrado en operación, y en todo caso, de la documental que se adjunta se evidencia que el antiguo ISS nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que se brindó a la actora respecto del traslado de régimen al fondo privado.

Como excepciones formuló las denominadas inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional, la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, el retorno en cualquier tiempo al rpm, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera, desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - art. 48 de la constitución política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, procedencia de la figura de prescripción extintiva de la acción laboral, no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada o adquirió el estatus en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades.



Porvenir S.A., dio contestación a la demanda, señalado que algunos hechos no eran ciertos, otros sí y otros no le constan, se opuso a la totalidad de las pretensiones.

Indicó No existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o a la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional. La decisión tomada por la actora se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, pues: (i) antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; (ii) suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; (iii) en cumplimiento de las exigencias legales, al suscribir a solicitud de vinculación, con la cual se concretó su traslado de régimen, manifestó en forma expresa que lo hacía en forma voluntaria y libre.

A su vez sostuvo que al momento en que la demandante tomó la decisión voluntaria de trasladarse de régimen pensional, la sociedad administradora de pensiones que represento cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad, inicialmente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, más adelante, por varias normas legales y reglamentarias.

Como previa propuso la excepción de falta de competencia.

A su vez propuso las excepciones de fondo denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.



El juzgado inicial por medio de Auto Interlocutorio N° 1832 del 7 de junio de 2022 declaró no probada la excepción de falta de competencia propuesta por PORVENIR S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigio en sentencia No. 135 del 7 de junio de 2022, en la que resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR no probadas todas las excepciones propuestas por las razones manifestadas en precedencia.

SEGUNDO: SE DECLARA ineficacia de la afiliación de la señora BEATRIZ ESTER LERMA SOLIS al régimen de ahorro pensional con solidaridad hoy administrado por porvenir s.a quien se identificada la demandante con la cedula de ciudadanía número 31.386.341, conforme a las manifestaciones por las consideraciones de la presente sentencia.

TERCERO: SE CONDENAN a porvenir s.a, a transferir a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual con cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales si hubo lugar, suma de accionales de la aseguradora de rendimiento frutos intereses en con la información detallada de los ciclos de aportación e ingresos varios de cotización fondo común que lo recibirá y contabilizara sin solución de continuidad en favor de la actora como semanas cotizadas según las motivaciones de esta providencia.

CUARTO: SE CONSULTA la presente sentencia con el HTS de Cali Sala Laboral, por resultar adversa a una entidad de seguridad social de la cual el estado colombiano es garante.

QUINTO: SE CONDENAN en costas a quienes integran la pasiva, a favor de la demandante para lo cual desde ya se fija las agencias en derecho en la suma equivalente a 1 SMMLV, dividido entre las dos, es decir, 1/2 salario mínimo a cargo de COLPENSIONES, 1/2 salario mínimo a cargo de PORVENIR S.A. ".



APELACIÓN

Inconforme con la decisión **COLPENSIONES.**, interpuso el recurso de apelación en los siguientes términos literales:

" Solicito que se revoque la Sentencia proferida el día de hoy 7 de junio de 2022 por el juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, toda vez que no se configuran elementos facticos ni jurídicos para que se proceda el traslado por tanto no es procedente la nulidad o ineficacia de traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por cuanto no se cuenta acreditado que en dicho caso se haya dado por la AFP una indebida asesoría, como tampoco se configuran los elementos que permiten que la demandante pueda volver a ser parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por mi representada, ya que la ineficacia de traslado se basa en una indebida o insuficiente información por parte del fondo privado y a su vez, de un supuesto engaño, por ultimo debe tenerse en cuenta que a pesar de que los fondos privados trasladen a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de ahorro individual del actor debidamente indexados por el periodo en el que el actor permaneció afiliado al mismo se genera una afectación al sistema pensional por cuanto nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el periodo de permanencia obligatorio contribuye al logro de los principios de universalidad y eficiencia y asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema a terminar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de mesadas y el reajuste periódico a las mismas, según la Corte el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, por esto solicito al Honorable Tribunal revoque la sentencia dictada por este despacho, es todo muchas gracias".

Inconforme con la decisión **PORVENIR S.A.**, interpuso el recurso de apelación en los siguientes términos literales:

" de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación contra la providencia que acaba de proferir el despacho, atendiendo a que mi representada sí dio cumplimiento al deber de información que estaba previsto al



momento en que se efectuó la vinculación de la actora, debe tenerse en cuenta que para esa época y apartándonos de la parte considerativa puesta por el despacho que asó lo dispone, no se encontraba mi representada en la obligación de guardar soportes adicionales al formulario de afiliación, que la única obligación con la que contaba mi representada era brindar una información de calidad a la actora que estuviera compuesta por las características, condiciones y limitaciones de ambos regímenes pensionales, obligación con la que PORVENIR cumplió a cabalidad, que no podría atribuírsele entonces a PORVENIR el cumplimiento de un deber de información que solamente surgió de manera muy posterior al acto de afiliación y con base en el cual debiera mi representada entregar información en unos términos de manera muy diferentes a los que existía a mi representada desde el momento en que se dio la vinculación de la actora, esto es para el año 1994, en igual sentido debe tenerse en cuenta que la ley y la jurisprudencia no pueden aplicarse de manera retroactiva, por lo que siempre estuvo aparada en el principio de confianza legítima y seguridad jurídica reposa en el expediente el formulario de afiliación que resultaba ser la única prueba lo suficientemente idónea para acreditar que la vinculación que efectuó la demandante la realizó de manera libre y voluntaria, y el despacho igualmente haciendo una valoración conjunta del material probatorio allegado y recaudado en el presente proceso pudo haber colegido que debido a las diferentes actuaciones surtidas por la actora por el tiempo de vinculación, ella no tenía vinculación diferente a la de permanecer en el régimen y ello aceptando las condiciones y características del mismo, tales como la forma en que se liquidan las prestaciones económicas y en general todas las diferencias que les asisten y es ella quien tras conocer las consecuencias de dicha afiliación tomó la decisión de manera libre y voluntaria de vincularse, asimismo se debe establecer que la demandante siempre estuvo vinculada efectuando sus aportes obligatorios, se benefició de las ventajas del régimen como rendimientos en su cuenta de ahorro individual, la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, entre otras, y nunca manifestó algún tipo de reparo o inconformidad frente a su afiliación, que contó con diferentes canales de comunicación previstos por parte de mi representada, igualmente nunca efectuó a ella proporcionada desde el momento de su afiliación, lo cual debe poner en manifiesto, no solamente que existe una falta de diligencia y cuidado frente a los deberes que le asisten a la demandante como consumidora financiera que es y teniendo en cuenta que el deber de información es de doble vía, por lo que no puede eximírsele el deber que le asiste de concluir suficientemente informado el acto de



afiliación, de realizarle preguntas al asesor, de leer siquiera el formulario de afiliación para establecer las consecuencias que allí se establecen, simplemente con la manifestación de que en cabeza de la AFP que represento existía una carga informativa asimismo se debe colegir que su verdadera inconformidad nunca ha sido por supuesta ausencia del deber de información, como se indicó en el escrito de demanda y como se resaltó en la parte considerativa de la providencia como si lo es con las diferencias altimétricas existentes entre las mesadas pensionales que reconocería por uno u otro régimen, es decir que, su reproche siempre estuvo en una inconformidad frente a la pensión que le reconocería PORVENIR, que dicha situación no es suficiente para acreditar que se dieran los supuestos para declarar la nulidad unificada de la filiación, máxime, cuando atañía a la demandante, que se hubiesen dado cualquiera de las causales de nulidad,, de los artículos 1501 y 1502 del Código Civil y cuando la demandante, al momento de su afiliación o la coexistencia de ambos regímenes pensionales, sobre la forma en la que adquieren las prestaciones económicas en cada uno de ellos, es ella quien de manera libre y voluntaria sostuvo su solicitud de trasladarse con la correspondiente firma y suscripción de afiliación pero también lo hizo a través de los múltiples actos por ella efectuados durante el tiempo de su afiliación, por lo anterior, pues debe tenerse en cuenta entonces que no había lugar a declarar la ineficacia solicitada por la actora, ni mucho menos a las consecuencias irrogadas por el despacho, teniendo en cuenta esa declaratoria, en este caso en primer lugar, frente a la orden de devolver aportes y rendimientos, pues la misma no es procedente específicamente frente a los rendimientos, toda vez que de entenderse que el producto en ineficacia la demandante nunca estuvo afiliada en el régimen ahorro individual con solidaridad y siempre lo estuvo en el régimen de prima media con prestación definida, pues debe entenderse igualmente que ella efectuó unos aportes, que estos aportes nunca habían ido para su cuenta de ahorro individual y, por tanto, nunca había contado con la administración diligente de mi representada que hubiese permitido generar rendimientos, por lo que para ser jurídicamente técnicos no habría lugar a retornar conceptos que resultan a todas luces inexistentes en igual sentido, no resultaba procedente de la orden a devolver gastos de administración como quiera que durante el tiempo en que el actor ha estado vinculada a PORVENIR, efectuó la labor profesional de administrar sus recursos y conforme al artículo 20 de la ley 100 de 1993, efectuó los descuentos ya mencionados, con el fin de retribuir la administración de dichos recursos en la generación de rentabilidad y seguridad en



los mismos, por lo que fueron sumas, que si bien fueron descontadas conforme al mandato legal, fueron empleadas para el fin que se encuentran previstos y no se encuentra en el poder actual de mi representada en igual sentido, esa condena no es acorde con los artículos 1746 y 1747 del Código Civil, en tanto a que no se corresponde con lo dispuesto en relación a las restituciones mutuas, no puede entonces obligársele a mi representa a devolver un bien, este deporte si rendimientos de la cuenta de la demandante y al mismo tiempo obligársele devolver las sumas que invirtió para mantener y para implementar dicho bien o lo que es lo mismo en los gastos de administración. Además de estos casos, nunca tuvieron la finalidad de financiar prestación económica alguna en favor de la actora a cargo de mi representada ni mucho menos hicieron parte de su propio patrimonio, incluso en el evento de considerarse que la demandante siempre estuvo vinculada en el régimen de prima media con base en la declaratoria de ineficacia efectuada por el despacho, pues debe tenerse en cuenta que en ese régimen también se efectúan descuentos por concepto de gastos de administración por lo que una condena en ese sentido, únicamente supondría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la actora y a costas del patrimonio económico de mi representada, con base en los anteriores términos y también debiendo tener en cuenta el honor de Tribunal Sala Laboral que la acción incoada por la demandante si era susceptible del fenómeno prescriptivo, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y siguientes, pues debía declarar el despacho la prescripción de la acción incoada por parte de la demandante, también no resultaba procedente la orden a declarar la ineficacia por los argumentos de expuestos, así como tampoco la ordena devolver aportes, rendimientos, gastos de administración, pues mi representada siempre actuó de buena fe y conforme a derecho y por tanto, pues no habría lugar a las condenas ya mencionadas. Por todo lo anterior, les solicité entonces a los Magistrados del Tribunal Superior del distrito judicial de Cali se sirvan de absolver a mi representada PORVENIR de las condenas impuestas en la sentencia, declarando probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y revocando en su integridad la presente actuación judicial”.

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 nulidad 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. 99

En el presente proceso no se encuentra en discusión: i) que la señora BEATRIZ ESTHER LERMA SOLIS nació el 31 de julio de 1959 (fl. 11 archivo 03EscritoDemanda Cuaderno del juzgado) **(ii)** Que la demandante solicitó ante PORVENIR S.A. traslado de régimen pensional el 13 de diciembre de 1994. (fl. 18 archivo 03EscritoDemanda Cuaderno del juzgado) **(iii)** Que la demandante radicó ante PORVENIR S.A. el 19 de marzo de 2020 solicitud de traslado pensional, lo cual fue resuelto de manera desfavorable (fls. 12 a 17 archivo 03EscritoDemanda Cuaderno del juzgado) **(iv)** Que la demandante solicitó ante PORVENIR S.A. traslado de régimen pensional el 13 de diciembre de 1994 **(v)** Que la demandante radicó ante COLPENSIONES solicitud de vinculación, lo cual fue resuelto de manera desfavorable por medio de oficio 2020_3809210-22601602 del 20 de marzo de 2020 (fl. 20 archivo 03EscritoDemanda Cuaderno del juzgado)

PROBLEMAS JURÍDICOS

En este sendero, emergen como problema jurídico principal por parte de la Sala resolver si es procedente la nulidad de traslado que realizó la señora BEATRIZ ESTER LERMA SOLIS del Régimen de Prima Medica al Régimen de Ahorro Individual.

De ser procedente la nulidad de traslado, se determinará:

1. Si es posible la declarativa de la nulidad aun cuando la demandante se encuentra a menos de 10 años de causar su derecho pensional.



2. Si PORVENIR S.A. debe devolver a Colpensiones los gastos de administración, incluido el porcentaje de póliza de seguro previsional y rendimientos financieros causados en los períodos en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los aportes y rendimientos.
3. Si se afecta la sostenibilidad del sistema financiero de Colpensiones con la afiliación al RPM de la demandante.
4. Si es procedente la condena en costas en primera instancia a cargo de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico principal, la Sala empieza 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.

El **Decreto 692 de 1994**, reglamentario de la Ley 100 de 1993, dispuso que la "**selección**" de régimen pensional se realiza mediante la suscripción de un formulario con el que se aceptan las condiciones propias de éste, dicha selección debe ser **libre, voluntaria y sin presiones**.

A su vez, el **Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-** en su redacción original, estipulaba que es deber de las entidades ***suministrar a los usuarios la información, de suerte que les permita,***



escoger las mejores opciones del mercado, y con la modificación que introdujo la **Ley 795 de 2003** al estatuto financiero, las normas sobre el deber de información fueron más precisas, recalcando que las decisiones que el afiliado realice deben ser debidamente informadas.

En el mismo sentido insistió el Decreto **2241 de 2010**, reglamentario de la **Ley 1328 de 2009**, el **Decreto 2555 de 2010**, y la **Ley 1748 de 2014**, que establecieron el deber de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros, y señalando como obligatoria la asesoría en ambos regímenes.

A groso modo este ha sido el recuento normativo que se le ha dado al tema del deber de información por parte de las administradoras pensionales a los usuarios que deseen afiliarse al RAIS, precisando la Sala que para la época en que la actora se afilió por primera vez –año 2003–, normativamente no se contemplaba la posibilidad de la nulidad del traslado por vicio en el consentimiento, bien por información errada o por omisión en la misma, pues la única norma que orientaba la función de los fondos pensionales era el **Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-** cuya regla de conducta era la de ***"dar la información que, a juicio del Superintendente Bancario, deba obtener el público para conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos"***. Todo en el marco de un mercado financiero.

Fue entonces cuando la **Jurisprudencia** se encargó de orientar en un sentido distinto la función de las Administradoras pensionales, en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, lo que concierne a los intereses públicos, desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335 de la C.P., los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

En cuanto a la información al momento del traslado o afiliación, se ha indicado que esta corresponde a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo



tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, llegando si ese fuere el caso, a desanimar a la interesada de tomar una opción que claramente le perjudica **(CSJ SL 31989 de 2008, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019)**.

Así las cosas, para que la decisión sea autónoma y consciente, es necesario que la afiliada entienda a cabalidad tanto los beneficios como los perjuicios que conllevarían su determinación de transferir sus aportes de un régimen a otro. **(Ver CSJ SL 31989 y 31314, del 9 de septiembre de 2008, reiteradas en la del 22 de noviembre de 2011 radicado 33083, SL12136)**

Por consiguiente, 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 la afiliación a quien le corresponde la carga de la prueba².

En el caso, de la señora BEATRIZ ESTER LERMA SOLIS , sostiene que al momento de la afiliación al régimen administrado por PORVENIRS.A., no le explicaron las condiciones de la afiliación ni las consecuencias de tal acto, incumpliendo así su deber legal de proporcionar una información veraz y completa. En efecto, en el caso las pruebas documentales no dan cuenta que la AFP demandada hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente al momento de la afiliación 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, situación que no se logró acreditar en el plenario.

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.

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



Y, es que pese a que se firmó por parte del demandante un formulario de afiliación al momento de la vinculación inicial, este es un formato preimpreso para depositar información general de la afiliada, de su vinculación laboral y beneficiarios, en el que se le pregunta genéricamente si fue informada y asesorada por la AFP sin que contenga datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer a la afiliada las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones.

Por lo que en el caso se observa que la vinculación al RAIS del demandante se dio en desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en tal sistema pensional alterno.

Es de mencionar que la nulidad 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 vicio del consentimiento 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.

Ahora, de acuerdo a los puntos objeto del recurso de apelación de **Colpensiones** acerca de la imposibilidad de declarar la nulidad del traslado en razón a que el demandante se encuentra a menos de 10 años de causar la pensión y que además no era beneficiaria del régimen de transición, encuentra la Sala que este argumento no puede salir avante, toda vez que, con la declaratoria de nulidad de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., se entenderá que la primera afiliación fue al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al cual pretende ingresar, conservando todos los derechos que le asistían al momento en que se afilió.

En consecuencia, ante la declaratoria de nulidad 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, como también deberá retornar los gastos de administración,



debiendo asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C⁴., ocurriendo lo mismo con los rendimientos financieros causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual del demandante.

Además, la orden que se dio a Colpensiones de recibir al demandante no afecta la sostenibilidad financiera del sistema como lo alega el recurrente, pues como quedó dicho, recibirla se correlaciona con la devolución que debe hacer PORVENIR S.A., de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, las comisiones, los gastos de administración.

Ahora, en lo que concierne a las costas de primera instancia, 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 las mismas solo exige que se produzca el vencimiento de la parte a la que 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 jurisprudencia⁴, 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 S.A., funge en el proceso como demandada, es destinataria de una condena que se materializa en una obligación

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



de hacer y dar o recibir y resultó vencida en juicio, toda vez que mostró oposición a las pretensiones, razón por la que debe imponerse costas en su contra.

Finalmente, debe recalcar 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 modifica y adiciona la sentencia de primera instancia en los dineros que debe retornar las AFP demandadas a COLPENSIONES. COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho el equivalente a UN (01) SMLMV para cada una.

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. MODIFICAR el numeral TERCERO de la Sentencia No. 135 del 07 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. retornar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** 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, como también deberá retornar los gastos de administración, 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 causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

SEGUNDO. ADICIONAR Sentencia No. 135 del 07 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES los gastos de administración indexados y comisiones con cargo a su propio patrimonio.



TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** Líquidense como agencias en derecho la suma de 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

ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Magistrado Ponente

MARY ELENA SOLARTE MELO

GERMÁN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Antonio Jose Valencia Manzano

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 7 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5934b069efe26f3b9a398dcd3959200242da2e1b3033a8cfb76c8d0328d405e4**

Documento generado en 03/05/2023 09:45:16 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>