TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA LABORAL

PROCESO	**ORDINARIO**
DEMANDANTE	**MARTA LUCERO CAICEDO HERRERA**
DEMANDANDO	**COLPENSIONES** **PORVENIR S.A.** **PROTECCIÓN S.A.**
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	**76001 31 05 017 2019 00685 01**
INSTANCIA	**SEGUNDA** – APELACIÓN Y CONSULTA
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 061 DEL 9 DE ABRIL DEL 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	**NULIDAD DE TRASLADO:** PROTECCIÓN S.A. omitió deber de información.
DECISIÓN	**MODIFICAR** costas de primera instancia y **CONFIRMAR** en todo lo demás.

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el Magistrado ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión, procede resolver en APELACIÓN Y CONSULTA la Sentencia No. 093 del 30 de julio 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora **MARTA LUCERO CAICEDO HERRERA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS,** bajo la radicación **76001 31 05 017 2019 00685 01.**

ANTECEDENTES PROCESALES

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: MARTA LUCERO CAICEDO HERRERA
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA: JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 017 2019 00685 01

La señora **Marta Lucero Caicedo Herrera,** convocó a la **Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.,** pretendiendo que se declare nulo su traslado del RPM al RAIS, y todos los efectuados con posterioridad, se ordene su retorno a Colpensiones, el traslado de todos los aportes de su cuenta de ahorro individual por parte de Porvenir S.A. a Colpensiones y se condene a las entidades demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones indicó que fue abordada por un asesor de Protección S.A., quien la convenció del traslado pues le manifestó que el ISS iba a desaparecer y que en el fondo privado tenía la posibilidad de pensionarse con una mesada mayor que en el RPM y de manera anticipada, omitiendo el deber de brindarle la debida asesoría respecto a las ventajas, desventajas y características de cada uno de los regímenes pensionales.

La **Administradora Colombiana De Pensiones– Colpensiones** dio contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones por considerar que, de los documentos aportados con la demanda, la señora Marta Lucero no logró demostrar que se originó un vicio del consentimiento al momento de la afiliación, además, señaló que la demandante no cumple con los requisitos establecidos por la ley para efectuar el traslado.

Como excepciones propuso la de falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y buena fe del demandado y la innominada o genérica.

El **Ministerio Público** indicó que les corresponde a las administradoras de fondos de pensiones privados, es decir, Porvenir S.A. y Protección S.A. en aplicación de la figura de la carga dinámica de la prueba, acreditar que en el proceso de traslado efectuado a la señora Marta Lucero Caicedo, esta recibió la información pertinente, completa y comprensible y que dicha afiliación gozó de transparencia, cumpliendo con los requisitos legales.

Protección S.A. dio contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de pretensiones, toda vez que cumplió con entregar a la señora Marta Lucero la información que requería para que tomara una decisión referente al traslado entre administradoras de manera libre y espontánea, además, aludió que la demandante no puede pretender que luego de transcurrido más de 25 años de su traslado, endilgarle la responsabilidad a la administradora, pues fue una decisión voluntaria.

Asimismo, formuló las excepciones denominadas validez de la afiliación a Protección S.A., validez del traslado del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFP realizado por la demandante, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legitima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, ratificación de la afiliación del actor al RAIS, compensación y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones, por cuanto la actora no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, además afirmó que cumplió con la obligación de informar a la señora Marta Lucero en los términos y condiciones en que estaba establecida para la fecha del traslado de régimen pensional.

Como excepciones formuló la de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Diecisiete Laboral Del Circuito De Cali** decidió el litigio mediante la Sentencia No. 093 del 30 de julio del 2020 en la que:

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante con Protección S.A y posteriormente con Porvenir S.A. y ordenó a Colpensiones aceptar el regreso de la señora Marta Lucero Caicedo al régimen de prima media con prestación definida.

Asimismo, condenó a Porvenir S.A. realizar el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas recibidas por concepto de gastos de administración y rendimientos financieros y, a su vez, condenó a Protección S.A. a trasladar la totalidad de los gastos de administración a Colpensiones.

Finalmente, condenó en costas a Protección S.A. y Porvenir S.A. en cuantía de 1 SMLMV y absolvió a Colpensiones de estas.

APELACIÓN:

Inconformes con la decisión, la demandante y las entidades demandadas presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

-**Demandante**

"Me permito interponer recurso de apelación en contra del numeral sexto de la sentencia de la señora Marta Lucero Caicedo, teniendo en cuenta que el juez de primera instancia absolvió a Colpensiones de las costas, solicito al Honorable Tribunal Superior de Cali que revoque dicho numeral y en su lugar condene en costas a Colpensiones teniendo en cuenta lo reglado en el artículo 365 del CGP y en la contestación de la demanda de Colpensiones en la cual hizo oposición y también propuso excepciones de fondo para que no prosperaran las pretensiones, por lo tanto y atendiendo a lo dispuesto en el CGP, dichas actuaciones dan lugar a la condena en costas.

- **Porvenir S.A.**

"Señores Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Cali Sala de Decisión Laboral, les solicito revocar las sentencias número 93 y 94 proferidas el día de hoy por el Juzgado 17 Laboral del Circuito y, en consecuencia, se declaren probadas las excepciones de mérito propuestas por Porvenir S.A. y la absuelvan de cualquier tipo de condena, sustento mi recurso de apelación en varios puntos:

Primero, consideramos que no existen razones para que se hubiese decretado la ineficacia de la afiliación de ninguna de las demandantes, esto es de la señora Julieth Espinal y Marta Lucero Caicedo, esto porque en el momento en el que se surtieron las afiliaciones de cada una de ellas, en el año 2006 para el radicado 2019-685 y en el año 2000 para el radicado 2019-731 se trató en primer lugar de un traslado horizontal.

Y como segundo punto, previa suscripción del formulario de afiliación en ambos casos mi representada proporcionó una asesoría verbal a las demandantes para que se informaran sobre las características del RAIS y del sistema pensional colombiano y con base en esta información y en la que ellas pudiesen haber obtenido con anterioridad, teniendo en cuenta que ya pertenecían al RAIS tomaran una decisión que al criterio de ellas fuese la más conveniente para su futuro pensional.

En este caso se suscribió el formulario de afiliación en donde se podía observar de acuerdo con las pruebas que forman parte del expediente que existe un acápite en el que se resaltan cuáles son los datos de la persona que brindó esa asesoría, entonces eso debe tomarse como una prueba de que, si existió esta información, cuál fue la información que le fue proporcionada, pues reitero que fueron las características generales del sistema pensional y particularmente las particularidades del RAIS.

Esta información además es de público conocimiento en la medida que está contenida tanto en la ley 100 de 1993, como en las normas que la han complementado, normas que pueden ser fácilmente consultadas por cualquier ciudadano colombiano, por lo que le solicito a la Sala tener también esto en consideración.

Por otro lado, el formulario de afiliación consideramos que no se le ha dado el valor probatorio que merece en la medida que no solo es un acto ad substantiam actus para que hubiese nacido a la vida jurídica de la afiliación a uno u otro régimen, sino que además en estos casos es la ratificación de la voluntad de las demandantes y en este caso la señora Julieth Espinal y la señora Marta Caicedo de pertenecer al RAIS, es un documento que además cumplía con todos los requisitos establecidos para aquella época, aprobado por la Superintendencia Bancaria en aquella época y al que no se le puede restar ningún valor probatorio porque se debe evaluar con todas las otras pruebas recaudadas en el proceso y las manifestaciones realizadas, para con ello llegar a formar un juicio en relación con si se proporcionó o no la información exigida en aquel momento a las AFP.

Quisiera reiterar a la Sala que mi representada, si bien tenía una obligación de carácter profesional en tanto es una entidad financiera, estas obligaciones no son las mismas que existen hoy en día para las AFP y no se le puede aplicar o exigir de forma retroactiva las mismas.

Cuando mi representada además recibió a ambas demandantes no tenía ningún tipo de indicio para considerar que la afiliación realizada inicialmente no gozaba de validez, en la medida que se trataba de un traslado horizontal y no un traslado primigenio.

Por otro lado, no se observó en el proceso que las demandantes hubiesen cumplido con la carga del deber de información que a ellas también les era exigible, en la medida en que el deber de información es de doble vía en virtud del principio de igualdad y también porque los consumidores financieros tienen obligaciones en relación con la información que ellos deben de obtener, deben actuar con debida diligencia a la hora de tomar una decisión.

No se puede desconocer que en estos casos las demandantes no suscribieron un formulario de afiliación sino que suscribieron dos porque en el RAIS y durante todo este tiempo realizaron aportes, dos actos que deben ser tenidos en cuenta como actos de relacionamiento que han ratificado la voluntad de estas demandantes de pertenecer al RAIS y el hecho de que la mesada pensional no cumpla con las expectativas que ellas pudieron llegar a haber tenido en el momento en el que realizaron la afiliación no significa un incumplimiento de los deberes por parte de las AFP, pues no deja de ser cierto que en el RPM si existe un límite en cuanto al valor de la mesada pensional máximo, mientras que en el RAIS no lo existe y todo dependerá de la cantidad de ahorros que logren acumular los demandantes durante su vida laboral, por lo que sí es posible en el RAIS llegar a adquirir una mesada pensional superior a la que se puede obtener en el RPM.

Hacer este tipo de manifestación no constituye faltar a la verdad en la medida que como ya lo expresé si es posible dependiendo de la cantidad de los aportes que se tengan en la cuenta de ahorro individual y también de las condiciones personales de cada uno de los afiliados; en este caso ellos también tienen ese deber de agencia, en la medida que son ellos quienes conocer sus situaciones particulares, quienes saben si al momento de solicitar la prestación de vejez por ejemplo tienen un cónyuge de una menor edad o si tienen algún hijo que dependa de ellos o algún familiar con una situación de incapacidad o dependiente, todos estos aspectos se tienen en cuenta a la hora de calcular la mesada pensional, son aspectos que no solamente están contemplados en la ley, sino que en el momento en que se realizó la afiliación con Porvenir S.A. les fue explicado a las demandantes.

Por lo que le solicito a la Sala evaluar esta información que estoy manifestando el día de hoy, también quisiera resaltar que tanto la señora Julieth Escobar como la señora Marta Lucero Caicedo tuvieron la oportunidad de trasladarse

al RPM, pero no lo hicieron en su momento, en el año 2003, 2004 fue publicado en un periódico de amplia circulación nacional esta posibilidad con la que contaban los afiliados al RAIS de trasladarse, pero vemos que las demandantes nunca ejercieron este derecho, dando entonces a entender a mi representada que su voluntad era permanecer en el RPM.

También quisiera decir que no es un incumplimiento por parte de Porvenir S.A. de sus obligaciones de carácter profesional el hecho de que en este proceso no hubiese podido aportar un documento en el que constara cual fue la información precisa que se le otorgó a la demandante, toda vez que esa exigencia no estaba vigente en el momento en el que se realizó la afiliación.

Ahora, en relación con el numeral tercero de la sentencia en el que se está condenando a mi representada a devolveré todos los gastos de administración, las primas, los seguros y todos los rendimientos de la demandante, debe tenerse en cuenta que si lo que se está decretando en estos casos es la ineficacia de la afiliación y se entiende que entonces nunca se surtió o nunca nació a la vida jurídica la afiliación de estas demandantes al RAIS, entonces esto significa que mi representada nunca administró esos recursos, nunca fueron a una cuenta de ahorro individual, nunca fueron invertidos en la banca para obtener algún tipo de rendimiento, entonces no se entiende porque deben devolverse estos valores al RPM, si las demandante siempre hubiesen permanecido en el RPM el único dinero que tendrían es el correspondiente a sus cotizaciones, pero nada más, nunca hubiesen generado estos rendimientos.

Ahora, en el supuesto de que la Sala considere que deben devolverse los rendimientos, entonces no se entiende porque mi representada debe devolver además los gastos de administración que fueron un dinero que descontó para precisamente generar estos rendimientos que ya se están pidiendo que sean devueltos y que además se descontó con fundamento legal, o sea que se tratan de descuentos 100% legales y que fueron utilizados para el propósito que tenían y que ya se causaron, se agotaron y por eso el día de hoy las demandantes tienen en su cuenta de ahorro no solo aportes sino también amplios rendimientos.

También de ese porcentaje que se les descuenta a las demandantes de forma mensual, cada que realizan sus cotizaciones, existe un porcentaje que va para

los seguros de invalidez y muerte, estas contingencias desde el año 2000 para el radicado 2019-731 y desde el año 2006 para el radicado 2019-685 han sido cubiertas por mi representada en la medida en que ha traslado los dineros a un tercero, a una administradora de seguros, para que ella ampare estas contingencias, son dineros que no se encuentran a cargo de mi representada, que no están en su poder y que no pueden ser devueltos en la medida que ya se causaron y se estaría viendo Colpensiones enriquecida de cierta forma, en la medida que durante todos estos años que ha sido la AFP Porvenir S.A. quien ha administrado los recursos de las demandante la ha tenido cubierta en estas contingencias y ahora ya va a recibir esos dineros sin nunca haber amparado o cubierto este tipo de contingencias.

Para terminar, quisiera decirle a la Sala que no existe una norma jurídica en nuestro ordenamiento jurídico que consagre la ineficacia de la afiliación por una supuesta ausencia de información, de la lectura del artículo 13 de la ley 100 de 1993 o del artículo 271 y 272 no se dice expresamente que se depreca una ineficacia en virtud de una supuesta afiliación desinformada, esos artículos el primero habla de que la afiliación debe ser libre y la selección debe ser por parte del trabajador y el segundo artículo el 271 habla de sancionar la conducta de la persona que impida la afiliación de un trabajador al Sistema de salud o al pensional, sin embargo, nada habla de una conducta omisiva ni tampoco habla de cuál es el deber de información a cargo de las AFP, por lo que se trata de una hermenéutica equivocada que no se corresponde con el tenor literal de dichos artículos y entonces en este caso nos encontraríamos que nuestro ordenamiento jurídico no tiene esa consecuencia frente a una supuesta afiliación desinformada sin que esto signifique una manifestación en contra de mi representada en la medida que sí se cumplió con la carga de información que se tenía para el momento en que se surtieron las dos afiliaciones."

-**Colpensiones**

"Me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia 93 dictada dentro del proceso 2019-685 demandante Marta Lucero Caicedo y la sentencia 94 proceso 2019-731 demandante Julieth Espinal, por las siguientes consideraciones:

Solicito al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que se sirva revocar las sentencias mencionadas proferidas en primera instancia en el trámite llevado a

cabo el día de hoy, por cuanto los demandantes no reúnen los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo entre los regímenes pensionales coexistentes, pues no son beneficiarios del régimen de transición, además, les falta menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez cumpliendo el requisito legal de la edad que exige tal prestación.

Así mismo, con las pruebas que obran en los expedientes y que fueron tramitadas en la presente diligencia no se logró demostrar que el contrato de afiliación firmados por ambos demandantes, el contrato inicial con el RAIS carezca de legalidad y validez jurídica, por lo que no puede declararse una ineficacia del traslado del RAIS.

Igualmente, no se puede predicar la ilegalidad y/o ineficacia de un contrato legal debido a las diferencias prestacionales de los regímenes pensionales coexistentes, pues estas fueron establecidas desde la entrada en vigor de la ley 100 de 1993 y no pueden los demandantes por expectar una pensión mayor en el RPM negar que expresaron su voluntad de manera libre y espontánea en el momento que suscribieron el contrato de afiliación con la administradora privada.

Además, aceptar a los demandantes ad-portas de recibir pensión de vejez significa tentar contra la sostenibilidad financiera del sistema, pues Colpensiones no ha administrado en los últimos años las cotizaciones que han realizado los demandantes para seguridad social y tiene que entrar a pagar las mesadas producto de la prestación vitalicia."

-Protección S.A.

" Me permito interponer recurso de apelación dentro de los procesos 2019-685 y 2019-731 en contra de las sentencias 93 y 94 respectivamente en lo que tiene que ver con la condena en gastos de administración, toda vez que la comisión de administración es aquella que cobran las administradoras para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de sus afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado la demandante al sistema de pensiones, la administradora ha descontado el 3% para cubrir los gastos de administración y para cubrir el seguro previsional a la compañía de seguros, descuentos que se encuentran debidamente autorizados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por la

ley 797 de 2003 que opera tanto para el RPM como para el RAIS, así no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de las demandantes, descuentos que se han realizado conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

El artículo 1746 del Código Civil habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y abono de mejoras, con base a esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga ficción de que nunca existió contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, siendo el fruto o mejora del afiliado los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la administradora y el fruto o mejora de la administradora será la comisión de administración, la cual debe conservarse si efectivamente hizo rentable el patrimonio del afiliado.

Así las cosas, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno u otro hubieren dado o recibido se llegaría a la conclusión de que las afiliadas deberían devolver los rendimientos de su cuenta a la administradora y esta última la comisión de administración a las afiliadas, toda vez que si la comisión nunca se debió haber descontado tampoco debieron haber existido dichos rendimientos.

Por todo lo expuesto, solicito al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala Laboral sea absuelta mi representada de la condena en gastos de administración."

Además, el proceso se conoce en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, toda vez que la sentencia resultó adversa a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DECRETO 806/2020

Dentro de los términos procesales previstos en el art. 15 del Decreto 806 de 2020 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión:

La **parte demandante** presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia y que se condene en costas a la parte apelante por carecer de fundamento factico y jurídico las alegaciones expuestas en el recurso de alzada. Manifestó que dentro del proceso quedo demostrado que las AFP´s demandadas incumplieron con el deber de información para que el traslado al régimen de ahorro individual.

PORVENIR S.A. pidió se revoque el fallo proferido por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar absolver a Porvenir S.A de las pretensiones incoadas y condenar en costas a la parte demandante, argumentando que al realizar la afiliación PORVENIR S.A. solo estaba obligada únicamente a proporcionar información relevante al demandante para que tomara una decisión sobre la AFP o régimen en la que quería estar afiliado, situación que se surtió en el año 2006 y que de acuerdo con la normatividad vigente para el momento del traslado, esto es, las establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, no se establecía el deber de información alegado en el escrito de demanda y sentencia, puesto que la obligación de explicar a los potenciales afiliados las consecuencias del traslado de régimen pensional surge a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó el Decreto 2555 de 2010. Así mismo, el deber del buen consejo, en su conceptualización actual, no estaba vigente en el año 2006. Por lo que la información que le fue dada era completa, suficiente y veraz.

PROTECCION S.A. solicitó se revoque la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la condena de gastos de administración, pues manifestó que es improcedente ordenar la devolución de lo descontado por comisión de administración pues las mismas ya se encuentran causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, y dichos descuentos que se encuentran conforme a la ley.

No encontrando vicios que puedan generar la nulidad de lo actuado en primera instancia, surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 y teniendo en cuenta los alegatos de conclusión presentados por las partes, se profiere la

SENTENCIA No. 061

En el presente proceso no se encuentra en discusión: **i)** que la señora **Marta Lucero Caicedo Herrera,** el 01 de enero de 1995 se trasladó del ISS hoy Colpensiones a Santander hoy Protección S.A. (fl.6) **ii)** que el 07 de abril de 2006 se trasladó de Protección S.A. a Porvenir S.A. (fl.7) **iii)** que el 30 de agosto de 2019 radicó formulario de afiliación ante Colpensiones, el cual fue negado en la misma fecha por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para acceder a la pensión de vejez (fls.11-12)

PROBLEMAS JURÍDICOS

En atención a los recursos de apelación presentados por la demandante, las demandadas y el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, el **PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL** que deberá dirimir esta Sala, gira en torno a establecer si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, efectuado por la señora **Marta**

Lucero Caicedo Herrera, habida cuenta que en el recurso de apelación de Porvenir S.A., se plantea que dicho traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, toda vez que la demandante fue debidamente informada.

De ser procedente la nulidad de traslado, se determinará:

1. Si la demandante tenía el deber de ejercer su propia información como consumidora al momento de tal acto jurídico.

2. Si la nulidad en el traslado de régimen de la demandante resultó saneada por permanecer en el RAIS y ejercer traslados horizontales.

3. Si es posible la declarativa de la nulidad aun cuando la demandante no era beneficiaria de régimen de transición al momento del traslado.
4. Si es posible la declarativa de la nulidad aun cuando la demandante se encuentra a menos de 10 años de causar su derecho pensional.
5. Si Porvenir S.A. y Protección S.A. deben devolver a Colpensiones los gastos de administración y rendimientos financieros causados en los períodos en que administraron la cuenta de ahorro individual de la demandante, además, dado el argumento expuesto por Porvenir S.A. deberá estudiarse si tal retorno implica un enriquecimiento sin causa para Colpensiones.

6. Si se afecta la sostenibilidad del sistema financiero de Colpensiones con el retorno al RPM de la demandante.
7. Si la demandante tiene el deber de restituir los rendimientos de su cuenta de ahorro individual.

8. Si debe revocarse la absolución de costas de primera instancia para en su lugar condenar a las mismas a 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.

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

En el caso, la señora **Marta Lucero Caicedo Herrera,** sostiene que, al momento del traslado de régimen, no le explicaron las condiciones del traslado ni

[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.

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 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], situación que no se logró acreditar en el plenario.

Y, es que pese a que se firmó por parte de la demandante un formulario de afiliación al momento del traslado, 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 de la demandante se dio en desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en tal sistema pensional alterno.

Por lo tanto, la carga de la prueba le correspondía a la AFP demandada y no a la señora Marta Lucero Caicedo, como de manera errada lo afirmó Porvenir S.A., porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto

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

negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

Es de recordar en este punto, que, de acuerdo a lo expresado en múltiples providencias emitidas por la CSJ y ya citadas en esta providencia, el deber de información recae sobre la AFP demandada y no sobre la afiliada, como lo señaló el apoderado judicial de Porvenir S.A. en su recurso de apelación, pues son las entidades de seguridad social quienes cuentan con la información suficiente sobre las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales y es sobre estas que recae el deber de información al momento del traslado de régimen, por lo que no es dable aseverar que la demandante como consumidora debió haber buscado información sobre las consecuencias de su traslado.

Es de mencionar que la nulidad ocasionada por la omisión del deber antes señalado no fue subsanada por la permanencia de la demandante en el RAIS y por ejercer actos de traslado horizontal que convaliden su vinculación en dichos fondos, como de forma incorrecta lo afirmó Porvenir S.A., pues ante el no suministro de la información, el acto jurídico inicial se dio en ausencia de una voluntad realmente libre.

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 la 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

traslado no se genera una nueva afiliación, sino que se dejan las cosas en el estado que se encontraban antes de realizarse el acto jurídico que se predica eficaz, así las cosas, es posible la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen en cualquier momento, ya que como se mencionó anteriormente, contrario a generar una nueva afiliación, sus consecuencias son dejar sin efectos el traslado realizado del RPM al RAIS.

En consecuencia, ante la declaratoria de nulidad del acto jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, **Porvenir S.A.,** deberá reintegrar los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la demandante, incluidos bonos pensionales si los hubiere, pues así lo dispone el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil, 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[4]., ocurriendo lo mismo con los rendimientos financieros causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

De igual manera, se ordena a **Protección S.A.** a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración indexados y comisiones con cargo a su propio patrimonio.

La devolución de los gastos de administración y rendimientos no implica un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, como lo afirmó Porvenir S.A. porque tal orden se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras.

Además, la orden que se dio a Colpensiones de recibir a la demandante no

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

afecta la sostenibilidad financiera del sistema como lo alega la 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 indexados.

Dicho lo anterior y en virtud del recurso de apelación presentado por la apoderada de Protección S.A. en cuanto a la restitución que debería hacer la afiliada de los rendimientos de su cuenta de ahorro individual, se debe precisar que dada la declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, esta no trae consigo la imposición de nuevas obligaciones a cargo de la misma como erradamente lo manifestó la recurrente, pues la señora Marta Lucero no está en el deber de restituir los rendimientos de su cuenta individual a la administradora, en razón de su buena fe y toda vez que es una carga que debe asumir la AFP como un deterioro de la cosa entregada en administración.

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

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

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

En el caso sub examine, Colpensiones, funge en el proceso como demandada, es destinataria de una condena que se materializa en una obligación de hacer y dar o recibir y resultó vencida en juicio, toda vez que mostró oposición a las pretensiones.

Por tanto, resulta correcto lo señalado por la parte demandante en su recurso de apelación respecto de Colpensiones, toda vez que, al resultar vencida en juicio, conforme al artículo 365 del Código General del Proceso, se debió condenar en primera instancia a tal extremo de la Litis en costas.

Conforme lo anterior, se modificará las costas de primera instancia, para en su lugar condenar a estas a Colpensiones y se confirmará la condena respecto de Porvenir S.A. y Protección S.A.

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

Se condenará en costas a **Protección, Porvenir S.A. y Colpensiones** por cuanto sus recursos de apelación no fueron resueltos de manera favorable.

---

[5] T420-2009

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. MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia apelada para en su lugar condenar en costas de primera instancia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** las cuales deberán ser liquidadas por el Juzgado de origen.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada, precisando que **PORVENIR S.A.**, debe trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió con motivo de la afiliación de la señora **MARTA LUCERO CAICEDO HERRERA,** tales como cotizaciones, bonos pensiones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado; también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante y **PROTECCIÓN S.A.** deberá devolver con cargo a su propio patrimonio el porcentaje de los gastos de administración por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante, debidamente indexados.

TERCERO. COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** Liquídense 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.

En constancia se firma.

Los Magistrados,

Se suscribe con firma electrónica
ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO
Magistrado Ponente

MARY ELENA SOLARTE MELO **GERMAN VARELA COLLAZOS**

Firmado Por:

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: MARTA LUCERO CAICEDO HERRERA
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA: JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 017 2019 00685 01

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 007 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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:
6d2f93f51b896f3ca4f7e7627e48fdd6a3be8b4232e339c4181ab8b7354d120f

Documento generado en 09/04/2021 09:29:05 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: MARTA LUCERO CAICEDO HERRERA
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA: JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 017 2019 00685 01