



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA LYDA SERNA FAJARDO
DEMANDANDO	COLPENSIONES PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001 31 05 010 2018 00575 01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN Y CONSULTA
PROVIDENCIA	Sentencia No. 284 del 30 de septiembre de 2022
TEMAS Y SUBTEMAS	NULIDAD DE TRASLADO: PORVENIR S.A. omitió deber de información.
DECISIÓN	CONFIRMAR

Conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, 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. 041 del 27 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora **MARÍA LYDA SERNA FAJARDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTRO**, bajo la radicación **76001 31 05 010 2018 00575 01**.

ANTECEDENTES PROCESALES

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: MARÍA LYDA SERNA FAJARDO
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA: JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 010 2018 00575 01



La señora **María Lyda Serna Fajardo**, convocó a la **Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A.**, pretendiendo que se declare nulo su traslado del RPM al RAIS, 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 Porvenir S.A., quien la convenció del traslado pues le manifestó que en el fondo privado tendría la posibilidad de pensionarse con una mesada mayor que en el RPM y de manera anticipada, además, le señaló que el ISS se encontraba en riesgo de extinguirse por lo que perdería sus cotizaciones, omitiendo el deber de brindarle una debida asesoría respecto a las ventajas, desventajas y características de cada uno de los regímenes pensionales, lo que impidió analizar comparativamente cual era el régimen que más le convenía según sus intereses.

La **Administradora Colombiana De Pensiones– Colpensiones** dio contestación a la demanda manifestando que se atiene a las results del proceso, como quiera que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, por lo que su vinculación tiene plena validez y deberá acreditar que la AFP demandada incurrió en un vicio en el consentimiento al momento de su afiliación. Igualmente, señaló que la señora María Lyda Serna se encuentra a menos de 10 años de pensionarse y la entidad no puede por vía de jurisprudencia otorgar prestaciones económicas.

Como excepciones propuso la de inexistencia del derecho para reclamar la prestación económica, la innominada, prescripción, buena fe, inexistencia de la



obligación y cobro de lo no debido y cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación.

Porvenir S.A. dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones, por cuanto la actora desconoce la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, también indicó que los vicios del consentimiento que alude la demandante deben ser demostrados por ella en virtud de la carga de la prueba. Igualmente, manifestó que la única obligación de la AFP en caso de que se declare la nulidad será retornar lo que efectivamente cotizó la señora Serna Fajardo y no sumas adicionales.

Como excepciones formuló la de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la innominada o genérica.

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali mediante **Auto de Sustanciación No. 091 del 26 de marzo de 2021** remitió el proceso de la referencia al Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali conforme lo establecido en el Acuerdo No. CSJVAA21-20 del 10 de marzo de 2021 y dicho juzgado a través de **Auto de Sustanciación No. 522 del 23 de septiembre de 2021** avocó el conocimiento del proceso.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Veinte Laboral Del Circuito De Cali** decidió el litigio mediante la Sentencia No. 041 del 27 de abril de 2022 en la que:

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, declaró la ineficacia del traslado de la señora María Lyda Serna Fajardo al RAIS administrado



por Porvenir S.A., ordenando a Colpensiones a admitir el retorno de la demandante al RPM y de todos los valores que la AFP traslade.

Asimismo, condenó a Porvenir S.A. transferir todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones tales como rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, valores correspondientes al 0.5% del IBC destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales, de los cuales los tres últimos deberán ser entregados debidamente indexados.

Finalmente, condenó en costas a Colpensiones y Porvenir S.A. en cuantía de \$1.000.000 a cargo de cada una.

APELACIÓN:

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

- Porvenir S.A.

"Me permito formular recurso de apelación contra la providencia que acaba de proferir el despacho, teniendo en cuenta que mi representada si dio cumplimiento a deber de información como estaba previsto al momento que se efectuó la vinculación de la demandante con Porvenir, esto es en el año 1999.

Tiene que tenerse en cuenta, igualmente, que nos apartamos de lo dispuesto por el despacho en la parte considerativa de la providencia en relación a no tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, exigiéndole a mi representada el dejar constancias diferentes al formulario de afiliación, que como se insistió en los alegatos de conclusión, para la época que se surtió la afiliación o traslado inicial de la demandante con el RAIS no estaba en vigencia la obligación de dejar dichos soportes documentales diferentes al formulario de afiliación, quedando dicho documento visible en el expediente y resultaba ser entonces prueba suficiente para acreditar que la vinculación que efectuó la demandante la realizó de manera



libre y voluntaria y lo hizo tras haber sido informada suficientemente acerca de las condiciones, características y limitaciones de ambos regímenes pensionales.

Téngase en cuenta entonces que mi representada siempre actuó amparada en el principio de confianza legítima y seguridad jurídica, sin que pudiera imponérsele el cumplimiento de un deber de información que solamente surgió de manera muy posterior a través de los desarrollos normativos y jurisprudenciales del deber de información, que no se está sosteniendo que para la época que se dio la creación de las AFP no haya existido una carga informativa, lo que se sostiene es que esa carga es completamente diferente a la que hoy se les exige a las AFP, en virtud de la cual deben dejar constancia diferentes al formulario de afiliación, tienen que entregar proyecciones pensionales, asimismo, cumplir con el deber del buen consejo, incluso llegar a desincentivar al posible afiliado si su decisión de trasladarse resultare inconveniente.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que toda la información entregada era de consagración legal, por lo que la demandante siempre tuvo a su disposición diferentes, no solamente la posibilidad de acceder a la normatividad para contrastar la información recibida, sino además contó con diferentes canales de comunicación puestos a su disposición por parte de la AFP que represento, sin que durante todo el tiempo de su vinculación, esto es aproximadamente los 22 años que han pasado desde que ella se vinculó con Porvenir, haya hecho uso de cualquiera de ellos para efectos de solicitar le aclaran sus dudas o inquietudes frente al traslado de régimen efectuado, ni mucho menos para elevar quejas o reportar algún tipo de inconformidad respecto a la gestión de mi representada o a la afiliación que ella suscribió con Porvenir.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que una de las características que le indicaron fue que podía pensionarse a la edad que eligiera, situación que es completamente verdadera, toda vez que en el RAIS como es bien sabido, las personas pueden acceder a su derecho prestacional una vez reúnan el capital suficiente para lograr una mesada pensional superior a 110% de un salario mínimo mensual vigente.

Tiene que tenerse en cuenta, igualmente la demandante en su interrogatorio de parte indicó que ella que era de profesión abogada y lo era desde el año 2007, lo cual obviamente la pone en una situación diferente a la que estarían otros afiliados legos, que la jurisprudencia igualmente de la Corte Suprema de Justicia catalogada como afiliados legos y que este elemento resultaba ser un elemento de juicio necesario y suficiente para acreditar que la demandante si contaba con una calidad diferente que la ponía en una situación diferenciada a los demás afiliados, que



contaba con las características y condiciones necesarias para contar con el conocimiento relacionado con el funcionamiento de ambos regímenes pensionales.

Que, por tanto, nos apartamos igualmente de lo dispuesto por el despacho en relación a que dicha calidad de abogada representa una presunción respecto al conocimiento que pudiera tener la afiliada sobre estos temas pensionales, toda vez que teniendo en cuenta la calidad de abogada de la demandante ese resultado va ser un elemento de juicio que era necesario valorar y, por tanto, no estamos ante un caso tipo de declaratoria de nulidad o la ineficacia de la afiliación, sino estamos ante un caso de diferencial en que la demandante si contada con las características y conocimientos necesarios para tomar la determinación de manera libre y voluntaria de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, nos apartamos de la tesis dispuesta por el despacho en relación a que es una presunción el hecho que ella tenga estos conocimientos, que como es bien conocido según el Decreto 1221 del año 1991 la actora de forma obligatoria debió de asistir a las clases de derecho laboral, de derecho individual y colectivo, así como de derecho de la seguridad social, por lo tanto, contaba con plenos conocimientos relacionados a temas pensionales.

Téngase en cuenta, igualmente que el deber de información resultaba ser de doble vía, por lo que la demandante no solamente podía eximirse del deber que le asistía de concurrir suficientemente informada al acto de afiliación o adelantar cualquier gestión teniendo a hacer las averiguaciones respecto a su situación pensional o realizarle preguntas al asesor o si quiera haber leído el formulario de afiliación, simplemente con la manifestación de que en cabeza de la AFP que represento existe una carga informativa, que la demandante en su interrogatorio de parte manifestó no haber hecho uso de ninguno de los canales de comunicación previstos por Porvenir, así como manifestó ni siquiera haber leído el formulario de afiliación o haberle efectuado algún tipo de preguntas a los asesores e incluso manifestó haber hecho un traslado con Colpensiones, esto es en el año de 2003, lo que obviamente pone de presente que la demandante si fue informada sobre la existencia de ambos regímenes pensionales, sobre las características y condiciones de ambos regímenes pensionales y es ella quien decide retornar al régimen de prima media, pero no solo eso, sino en el año 2008 decide retornar de manera libre y voluntaria y ya contando con el título de abogada a la AFP Horizonte que es la AFP que actualmente administra sus recursos, en virtud de la cesión que se efectuó con Porvenir, pues ahora lo es Porvenir.

Por todo lo anterior, si mi representada siempre obró de buena fe, acatando la normatividad vigente, no habría lugar a ordenar una declaratoria de ineficacia de la afiliación suscrita por la demandante, ni mucho menos atribuirle a dicha declaratoria los efectos que el despacho manifestó en la parte resolutive y

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: MARÍA LYDA SERNA FAJARDO

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO

PROCEDENCIA: JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 010 2018 00575 01



considerativa de la providencia en relación, en primer lugar, a ordenar devolver los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, como quiera que si se entiende que producto de la ineficacia, la demandante nunca estuvo vinculada en el régimen de ahorro individual debe entenderse igualmente que ella nunca efectuó unos aportes, estos aportes nunca fueron a su cuenta de ahorro individual y, por tanto, no fueron administradas por parte de mi representada, sin que entonces se habría generado los llamados rendimientos, por lo que para ser jurídicamente técnicos no habría lugar a retornar conceptos que resultarían a todas luces inexistentes.

De igual forma, debo hacer oposición a la condena impuesta a mi representada en relación a la devolución de los gastos de administración, toda vez que, en primer lugar, el acto de afiliación fue completamente válido; en segundo lugar, no es acorde esta condena con los artículos 1746 y 1747 del código civil, en tanto que no se corresponde con lo allí dispuesto en relación a la restitución mutuas.

No puede entonces obligársele a Porvenir a devolver un bien, sus aportes y rendimientos de la cuenta de la demandante y al mismo tiempo obligársele a devolver las sumas que invirtió para mantenerlos y para incrementarlos o lo que es lo mismo los gastos de administración.

De igual forma, debe tenerse que estos gastos nunca tuvieron la finalidad de financiar prestación económica alguna en favor de la actora, ni mucho menos hicieron parte de su patrimonio propio, incluso en el evento de considerarse que la demandante siempre estuvo vinculada en el régimen de prima media, pues debe entenderse igualmente que en ese régimen se efectúan descuentos por concepto de gastos de administración, por lo que debe tenerse en cuenta que una condena en este sentido solamente significaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandante y a cargo o en detrimento del patrimonio económico de mi representada.

De igual forma, debo hacer oposición en la devolución de bonos pensionales que fue declarado u ordenado por el despacho en el numeral tercero de la providencia, teniendo en cuenta que la AFP que represento no es la entidad encargada de hacer la redención, expedición de bonos pensionales como si lo es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por tanto, al no evidenciarse ningún rubro en la cuenta de ahorro individual de la demandante respecto a dineros que hayan sido girados por parte de esta entidad, no procede entonces la orden de devolver bonos pensionales, ni las sumas que se hayan originado a raíz de la redención de los mismos, como quiera que estas no reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante.



Asimismo, debo oponerme a la devolución de las primas de seguros previsionales, como quiera que durante el tiempo de la vinculación de la demandante ella siempre estuvo amparada en sus riesgos de invalidez y muerte gracias a los descuentos efectuados por Porvenir que permitían acceder a las pólizas de seguros previsionales y, por tanto, estos rubros fueron descontados y destinados para el fin para el que se encontraba previstos y no se encuentran en poder actual de mi representada.

Finalmente, debo hacer oposición a la devolución de estos rubros ya mencionados de manera indexada, toda vez que esta indexación es completamente disconforme con el funcionamiento mismo de régimen de ahorro individual con solidaridad en el que la pérdida del poder adquisitivo en el tiempo se compensa es con los rendimientos que ya se habían ordenado a devolver unas palabras atrás en ese numeral tercero, téngase en cuenta entonces que no podría ordenarse devolver ambos rubros cuando la finalidad que tienen es la misma y esto es compensar la pérdida del poder adquisitivo en el tiempo, por lo que estos conceptos no se debieron haber ordenado a devolver de manera indexada.

Finalmente, teniendo en cuenta que mi representada Porvenir siempre actuó de buena fe, acatando estrictamente la normatividad vigente en el momento que se efectuó la afiliación de la demandante y de conformidad con los argumentos anteriormente expuestos no habría lugar a retornar aportes, rendimientos, gastos de administración, bonos pensionales, aportes destinados al fondo de garantías de pensión mínima, gastos de administración, ni mucho menos las sumas destinadas a pagar las primas de los seguros previsionales, pues Porvenir siempre se ciñó al marco legal vigente al momento en que se efectuó la afiliación.

Por lo tanto, le solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se sirvan a absolver a mi representada de las pretensiones de la demanda, declarando fundamentada las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda y revocando la presente providencia."

-Colpensiones

"Interpongo recurso de apelación contra la Sentencia proferida en la siguiente diligencia, el cual sustento de la siguiente manera:

Debe tenerse en cuenta que en el artículo 2 numeral E de la Ley 797 del 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece que los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran una vez efectuada la selección inicial estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada vez 5 años contados a partir de la selección inicial, después de un



año de la vigencia de la presente Ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

De lo anterior se podría concluir que el afiliado se puede pasar de un régimen pensional a otro, siempre y cuando haya permanecido como mínimo 5 años en el régimen del cual quiere salir y que el afiliado no podrá cambiar de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a una pensión de vejez.

De acuerdo con lo anterior, el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual de la demandante, el traslado de régimen pensional se realizó de una manera libre y voluntaria cumpliendo con los requisitos legales de capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita, además que la carga de la prueba está en cabeza de la parte demandante.

Colpensiones no es la autoridad competente para declarar una nulidad de traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por cuanto es ajena a los hechos que llevaron a la demandante a cambiarse de régimen pensional afiliándose a Porvenir y a permanecer régimen de ahorro individual desde el año 1999, toda vez que Colpensiones no lo puede hacer por cuanto en el momento que ella solicitó nuevamente el retorno al régimen de prima media con prestación definida, ya había sobre pasado la edad, le faltaban menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez, por lo cual Colpensiones no podía realizar ese traslado de régimen pensional y tampoco se demostró que hubiera un vicio del consentimiento, toda vez que Colpensiones es incompetente para declarar este tipo de situaciones, ya que es un tercero y los actos jurídicos en principio tienen en efectos inter partes, Colpensiones no debería verse perjudicado con esa decisión adoptada, toda vez que no tiene ninguna responsabilidad.

Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia a través de la Sentencia de fecha 6 de diciembre del 2012 con radicación 31314 consideró lo siguiente: las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidas a terceros, en este caso la administradora de régimen de prima media en la que se encontrare el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir el sistema de pensiones acciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones que solo deberán responder a partir de cuándo le sean trasladadas en su totalidad los recursos para financiar una deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada, por lo cual es improcedente en este caso la condena en costas procesales realizadas por el despacho.



Igualmente, debe terse en cuenta que Colpensiones solo podría realizar una nulidad de traslado cuando se cometa falsedad en el formulario de afiliación, cuando se afilió al trabajador sin su consentimiento o cuando el formulario de afiliación no fuere firmado por el afiliado o se haya suplantado la respectiva firma, situación que no ocurrió en el presente proceso, toda vez que la demandante nunca demostró ningún vicio del consentimiento, ni falsedad en el documento de afiliación, ni la falta de consentimiento o suplantación en la firma del formulario de afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de régimen de ahorro individual en las cuales ha estado afiliada, por el contrario permaneció en ellas por más de 15 años.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que no hubo una carga de la prueba dinámica, ya que la demandante no demostró en el escrito de la demanda, ni cuando solicitó por vía administrativa a Colpensiones cuáles fueron realmente los beneficios que dice que perdió al trasladarse al régimen de ahorro individual o si realmente le conviene el retorno al régimen de prima media con prestación definida, teniendo en cuenta que en este régimen se necesita como mínimo 1300 semanas cotizadas y que no a todo el mundo le conviene el régimen de prima media con prestación definida, toda vez que en este régimen no se tiene en cuenta la cantidad o el monto que ha ahorrado en la cuenta de ahorro individual.

En materia probatoria, por regla general, corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exige y atendiendo a las situaciones particulares del caso, el Juez podría invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias, lo anterior, por cuanto la demandante pues en este caso no debe sustraerse de la aplicación de la Ley para darle un tratamiento desigual como se le dio como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera limitada frente a la definición de un acto de tal importancia como es su futuro pensional, en la medida de que de su elección dependerán las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas en el sistema de seguridad social en particular la de vejez, sobre todo que no se trata en este caso de una demandante lego, toda vez que en el año 2008 manifiesta que retornó al régimen de prima media con prestación definida que administra Colpensiones y aun así estando en Colpensiones decidió de manera libre y voluntaria regresar nuevamente al régimen de ahorro individual.

En este momento no es lógico determinar o no es lógico creer que estando ya en el régimen de prima media prestación definida no se haya informado o no se haya asesorado debidamente que le convenía a su situación pensional, sin embargo, decidió volver nuevamente al régimen de ahorro individual, lo anterior, también teniendo en cuenta que en este momento no existía un deber de asesoría, sino un deber de información, también es responsabilidad de la demandante y del afiliado

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: MARÍA LYDA SERNA FAJARDO

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO

PROCEDENCIA: JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 010 2018 00575 01



como tal informarse respecto de su futuro pensional y analizar además la información que recibía la sociedad administradora de pensiones como también lo manifestó la demandante que recibía cierta información de la administradora de régimen de ahorro individual en las que estaba afilada.

Sin embargo, nunca tuvo la responsabilidad de asesorarse o analizar esa información que le llegaba a su correo electrónico o que le llegaba de cualquier medio, la Corte Suprema al respecto ha establecido que en materia de procedimiento laboral la parte demandante también tiene la carga de probar la culpa o negligencia, en este caso determinó que en efecto en primer lugar la Sala ha dicho insistentemente que la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleado puede desligarse de ella, demostrando diligencia y cuidado en la realización del trabajo.

Al respecto, cabe aclarar que siendo profesional del derecho como lo es la parte demandante, esta calidad si da conocimientos propios para determinar cuál régimen pensional conviene más y en cuál régimen pensional se puede obtener una mejor mesada pensional, teniendo en cuenta que manifestó que la única razón para interponer la demanda era básicamente una mejor mesada pensional, esa información si se puede obtener siendo una profesional del derecho como abogada y también teniendo en cuenta que la información que debió obtener en el año 2018 cuando se encontraba en el régimen de prima media con prestación definida, pues aun así ella decidió no permanecer en Colpensiones, sino que por el contrario decidió trasladarse nuevamente al régimen de ahorro individual y permanecer en este régimen por más de 10 años, teniendo en cuenta que en este momento era la oportunidad adecuada para permanecer, toda vez que en este legalmente si podía permanecer o si podía trasladarse, sin embargo, su decisión fue regresar al régimen de ahorro individual y permanecer en este régimen.

Por lo anterior, le solicito que en segunda instancia se pueda revocar en su totalidad la sentencia proferida en esta diligencia y se pueda absolver a Colpensiones de todos los cargos impuestos y de las costas procesales que fueron fijadas por el juez de primera instancia.”

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**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: MARÍA LYDA SERNA FAJARDO
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA: JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 010 2018 00575 01



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. 284

En el presente proceso no se encuentra en discusión: i) que la señora **María Lyda Serna Fajardo**, el 20 de septiembre de 1999 se trasladó del ISS hoy Colpensiones a Porvenir S.A. (fl.19 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **ii)** que el 13 de enero de 2008 retornó a Colpensiones (fl.32 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **iii)** que el 01 de julio de 2008 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 68 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **iv)** que el 11 de septiembre de 2018 radicó formulario de afiliación ante Colpensiones, negado por encontrarse a menos de 10 años de causar su derecho pensional de vejez (fls.22-24 PDF 01ExpedienteDigitalizado).

PROBLEMAS JURÍDICOS

En atención a los recursos de apelación presentados por las entidades 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 **María Lyda Serna Fajardo**, habida cuenta que en los recursos de apelación, se plantean

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: MARÍA LYDA SERNA FAJARDO

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO

PROCEDENCIA: JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 010 2018 00575 01



que dicho traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, toda vez que la demandante fue debidamente informada y no existieron vicios en el consentimiento.

De ser procedente la nulidad de traslado, se determinará:

- 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 la demandante tenía el deber de ejercer su propia información como consumidora al momento de tal acto jurídico.
- 3.** Si la nulidad en el traslado de régimen de la demandante resultó saneada por permanecer en el RAIS.
- 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. debe devolver a Colpensiones los gastos de administración, sumas adicionales, prima de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales y rendimientos financieros causados en los períodos en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente indexados, además, dado el argumento expuesto por Porvenir S.A. deberá estudiarse si tal retorno implica un enriquecimiento sin causa para la demandante.
- 6.** 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 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 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.

En el caso, la señora **María Lyda Serna Fajardo**, sostiene que, al momento del traslado de régimen, no le explicaron las condiciones del traslado ni las consecuencias de tal acto, incumpliendo así su deber legal de proporcionar una información veraz y completa.

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.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: MARÍA LYDA SERNA FAJARDO

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO

PROCEDENCIA: JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 010 2018 00575 01



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 realizar³, 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 María Lyda Serna, como de manera errónea lo sostuvieron las entidades demandadas, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto 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.

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

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: MARÍA LYDA SERNA FAJARDO

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO

PROCEDENCIA: JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 010 2018 00575 01



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 señalaron los apoderados judiciales de las demandadas 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, como de forma incorrecta lo afirmaron Colpensiones y 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 al punto 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, encuentra la Sala que este argumento no puede salir adelante, 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 frutos e intereses, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas adicionales y 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 de la demandante.

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

Asimismo, dicha condena por indexación corresponde a la imposición de una obligación en contra de la administradora de fondos de pensiones privada por incurrir en un negocio jurídico que nació viciado como fue la afiliación realizada con la demandante, en consecuencia, corresponde a Porvenir S.A. devolver todas las sumas de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos sus rendimientos, lo que no compensa la pérdida adquisitiva de la moneda, razón por la que procede la indexación.

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

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

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: MARÍA LYDA SERNA FAJARDO

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO

PROCEDENCIA: JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 010 2018 00575 01



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

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

Y, es que debe precisarse en este punto, que tal como lo ha señalado la jurisprudencia⁵, la condena en costas no es una decisión facultativa del Juez de conocimiento respecto de la parte vencida en un proceso sino una obligación que por mandato del legislador no puede eludir tomando como fundamento criterios no establecidos.

En el caso sub examine, Colpensiones, funge en el proceso como demandada, es destinataria de una condena que se materializa en una obligación de hacer, dar o recibir y resultó vencida en juicio, toda vez que mostró oposición a las pretensiones, sin que las mismas fueran avaladas por el juez de primera instancia. Por tanto, deberá confirmarse la decisión de primera instancia respecto a la imposición de costas.

⁵ T420-2009
PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: MARÍA LYDA SERNA FAJARDO
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA: JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 010 2018 00575 01



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.

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

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. CONFIRMAR 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 **MARÍA LYDA SERNA FAJARDO**, tales como cotizaciones, bonos pensiones, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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, debidamente indexados.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** Liquidense 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:

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: **1917c5c3786ce5219557fd47de878a79de20d9eff8218e9e28d68bfeecf89265**

Documento generado en 30/09/2022 09:03:05 AM

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: MARÍA LYDA SERNA FAJARDO
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA: JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 010 2018 00575 01

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