

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: *INGRID MATILDE PINO GARANTIVA*
DEMANDADOS: *COLPENSIONES Y OTROS*
RADICACIÓN: *76001-31-05-010-2021-00459-01*
ASUNTO: *Apelación y Consulta sentencia de octubre 31 de 2022*
ORIGEN: *Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Ineficacia de traslado de régimen pensional*
DECISIÓN: *Adiciona*

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia No. 209 del 31 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **INGRID MATILDE PINO GARANTIVA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-010-2021-00459-01**.

SENTENCIA No. 221

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de la afiliación que efectuó del RPMPD al RAIS, concretamente a PORVENIR S.A., sin solución de continuidad y sin ningún tipo de restricción; se ordene su retorno al RPMPD administrado por COLPENSIONES; a PORVENIR S.A. la devolución de los aportes efectuados junto con sus respectivos rendimientos y demás acreencias a COLPENSIONES y, se condene en costas

¹ Fs. 3-21 Archivo 01 Expediente Digital

procesales a las demandadas. Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 28 de enero de 1970; iniciando su vinculación laboral en septiembre de 1998, cotizando para al PORVENIR S.A., ya que fue abordada por un promotor de esa AFP, quien la convenció de realizar el traslado, aduciendo que tendría una pensión de valor superior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES, pero no le explicó las condiciones del traslado, ni mucho menos se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, tampoco le proporcionaron información veraz y completa respecto a las consecuencias negativas o positivas que tendría con el traslado al RAIS, especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión, nunca le informó de manera clara y por escrito el derecho a retractarse de su afiliación, ni que podía retornar al RPMPD antes de que le faltare menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; que solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPMPD, pero fue rechazada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES.² La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que con la expedición de la Ley 797 de 2.003, se estableció que las personas a las que les faltara menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse, independientemente de tener los requisitos del régimen de transición, no podrían cambiarse del RAIS al RPMPD. Además, que no es procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado fue realizado por la demandante ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, artículo 13 literal B. Propuso las excepciones de fondo que denominó: el traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto está revestido de legalidad y eficacia, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, validez de la afiliación al RAIS, compensación, imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad y ponderación, violación al principio constitucional de "sostenibilidad del sistema", no declaratoria de nulidad, prescripción, buena fe, innominada.

² Fs. 24-38 Archivo 03 Expediente Digital

PORVENIR S.A.³ La AFP presentó oposición a todas las pretensiones del libelo y, como argumentos de defensa, sostuvo que se atiene al formulario de afiliación suscrito por la parte demandante en el año 1998, en el cual se evidencia su libre escogencia al RAIS, después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 en los artículos 60 y siguientes, por lo cual la decisión de suscribir el formulario de afiliación fue libre y voluntaria. Propone como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 209 del 31 de octubre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora **INGRID MATILDE PINO GARANTIVA**, de condiciones civiles conocidas en el proceso suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la señora **INGRID MATILDE PINO GARANTIVA**, esto es cotizaciones obligatorias, con los rendimientos que se hubieren causado; los bonos pensionales si los hubiere recibido, al igual que los gastos de administración, comisiones, saldos de cuentas no vinculadas, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** acepte el traslado de la afiliación de la señora **INGRID MATILDE PINO GARANTIVA**, sin solución de continuidad ni cargas adicionales.

QUINTO: CONDENAR en costas a **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, como partes vencidas en juicio y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán en los términos del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a **\$1.000.000** a cargo de **PORVENIR**, por su parte se condena a **COLPENSIONES** a pagar por este concepto la suma de **\$500.000**.

SEXTO: Si no fuera apelada la presente providencia por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, se remitirá en Grado Jurisdiccional de Consulta para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Por secretaría dese cumplimiento a los demás ítems establecidos en el inciso final del art. 69 del CPT y S.S.”

³ Fs. 2-27 Archivo 07 Expediente Digital

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que la jurisprudencia laboral ha sido reiterada en cuanto el deber de información que tienen las AFP previo a que se realice un traslado de régimen pensional, obligación que existe desde el momento en que se creó el SGSSP y; además, que es carga probatoria de las administradoras demostrar que cumplieron con dicha obligación, lo cual no hicieron las AFP del RAIS en este asunto, ya que del material probatorio obrante en el proceso no se pudo verificar que hubiesen cumplido con el deber de información en relación con las circunstancias particulares de la actora, razón por la que era procedente la declaratoria de la ineficacia de ese acto, lo que conllevaba a que la actora, quien antes del traslado se encontraba vinculada a CAJANAL, que era una administradora del RPMPD, retornara a dicho régimen, pero a través de COLPENSIONES, por ser la única administradora actual de ese régimen pensional, junto con las demás consecuencias propias que ello acarrea para la AFP privada de trasladar al RPMPD todos los valores recibidos como consecuencia de la afiliación de la demandante en el RAIS.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que se debe tener en cuenta que el régimen de protección al consumidor financiero establece en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones unos deberes mínimos, destacando que el silencio por el paso del tiempo se entiende como una decisión consiente de permanecer en determinado régimen y la única manera de desvirtuarla es demostrado uno de los vicios del consentimiento. Agregó, que, conforme el Código Civil, el desconocimiento de la ley no es excusa y el error de derecho no da lugar a la nulidad judicial. Además, que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de régimen pensional afecta la estabilidad financiera del sistema y el derecho a la pensión de los afiliados al RPMPD. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas teniendo en cuenta que la entidad no tiene la potestad para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante hizo énfasis en el planteamiento de la demanda. PORVENIR S.A. reiteró los argumentos expuestos al contestar la demanda. Los demás sujetos procesales guardaron

silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora INGRID MATILDE PINO GARANTIVA al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y, de ser así, si es procedente ordenar su traslado a COLPENSIONES a pesar de nunca haber estado afiliada a la actual AFP del RPMPD; **(ii)** sí, en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a la AFP del RAIS demandada, la devolución de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia de la promotora de la acción en el régimen privado y; **(iii)** si la condena en costas impuesta a COLPENSIONES por el juez de primera instancia resulta viable o no.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente, la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto, a saber: **i)** Que la señora INGRID MATILDE PINO GARANTIVA se afilió a CAJANAL a través del Hospital Santo Tomás de Villanueva E. S. E, el 2 de junio de 1992, y realizó cotizaciones en dicha caja de previsión hasta el 2 de junio de 1993 (fs. 4-7 Archivo 18 ED); **ii)** Que el 15 de septiembre de 1998 suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A. (f. 78 Archivo 07ED) y; **iii)** Que su vinculación al RAIS se hizo efectiva, el 16 de septiembre de 1998 (f. 74 Archivo 07 ED).

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en una más reciente SL 1055 de 2 de marzo de 2022, esta última con ponencia del Honorable Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las AFP el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, *“... el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo*

al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”. Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no”*.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información al afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ *“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es*

imposible acreditar (...)” (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

En este caso, si bien el demandante suscribió el formulario de afiliación con la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A., no por ello puede deducirse que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que ésta conocía sobre las consecuencias que ese acto acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente a la potencial afiliada todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante al RAIS, no existía la obligación para las AFP de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregonaba la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL1055-2022, desde el orden jurídico sí se contemplaba un deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema, el legislador previó en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a la AFP privada convocada al proceso, acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía, y no lo hizo, pues no aportó elementos de prueba, más allá de formulario de afiliación, para demostrar tal aspecto, razón por la cual se configuran todos los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A.

Ahora, ante dicha ineficacia, lo que sigue es analizar si es procedente el regreso al RPMPD administrado actualmente por COLPENSIONES, como quiera que, como se dejó sentado al inicio de estas consideraciones, antes de la afiliación al RAIS, los aportes de la actora fueron realizados a CAJANAL, entidad que antes de su liquidación también fungía como administradora del régimen de prima media. Para resolver este escollo, basta con remitirnos al inciso tercero del artículo 4° del decreto 692 de 1994, el cual estableció en relación con la elección del régimen de prima media con prestación definida por parte de los servidores públicos que:

“Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.”

En ese sentido, se tiene que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes eligieran el RPMPD, bien fuera por liquidación o por la cesación de la obligación previsional de la caja o entidad pública que la tuviese a cargo, o porque se ingresara a laborar al servicio del Estado, quedarían «vinculados al Instituto de Seguros Sociales», como administradora principal de dicho régimen, criterio reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL4334-2021, en los siguientes términos:

“La Ley 100 de 1993 pretendió unificar la administración del sistema y por ello dispuso que la cobertura progresiva de las contingencias de la seguridad social se administraría, por regla general, a través de dos regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad.

Ahora, si bien el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 consagró que la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida recaía en el ISS, lo cierto es que con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a las múltiples cajas, fondos o entidades de previsión, se les autorizó para continuar con la administración de dicho régimen «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley».

Nótese entonces que la ley reconoce expresamente que la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE administraba el régimen de prima media y por ello debe entenderse como una entidad administradora del sistema de pensiones, tal y como lo ha precisado la Sala en jurisprudencia que tiene el carácter de reiterada (CSJ SL11746-2014, CSJ SL11438-2016, CSJ SL4041-2017 y CSJ SL3191-2021). En la segunda decisión la Sala indicó:

(...) cabe aclarar que los trabajadores que continuaron inscritos en los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para el sub lite en el régimen de prima media de la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, por ser un hecho indiscutido que el actor se mantuvo durante la vigencia del vínculo laboral afiliado a dicha entidad, se tiene que Cajanal para efectos de

la pensión sanción, debe considerarse una entidad administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En dicha perspectiva, es evidente que el Tribunal se equivocó al considerar que la accionante se había afiliado por primera vez al sistema de pensiones, pese a que de tiempo atrás estaba afiliada al régimen de prima media a través de Cajanal EICE.”

Por lo anterior, si bien la promotora de la acción no estuvo afiliada a COLPENSIONES antes de su traslado al RAIS, por ser esa entidad la única que ahora administra el RPMPD, es perfectamente viable ese proceder.

De este modo, como se dijo anteriormente, siendo la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del traslado que implica suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido; en casos como el de marras, al no poder la actora regresar a CAJANAL, hoy extinta, tal como lo ha referido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, será COLPENSIONES como administradora del régimen de prima media con prestación definida, la llamada a recibir a la demandante como afiliada a su entidad en este sentido la sentencia CSJ SL 4175-2021 que reiteró la CSJ SL2808-2021.

Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de CAJANAL EICE, es a COLPENSIONES a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a PORVENIR S.A., junto con los rendimientos financieros y demás acreencias, puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta CAJANAL, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de la señora INGRID MATILDE PINO GARANTIVA; no obstante, se adicionará el numeral segundo de la misma en el sentido de agregar que, para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Por ello, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden a PORVENIR S.A. de remitir a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

En ese sentido, como quiera que en el proceso no hay medio probatorio alguno para demostrar el cumplimiento de la obligación de información que le correspondía frente a la demandante, ilustrándola acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado; ergo la afiliación al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, las cosas vuelven al *statu quo* (CSJ SC3201-2018, SL1688-2019, y SL373-2021).

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de PORVENIR S.A., no existen razones jurídicas para que la AFP del RAIS no traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la accionante, incluidos los gastos de administración y demás emolumentos cobrados, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad privada, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir a la demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones.

Sin embargo, habrá de adicionarse la sentencia en el entendido que el a quo omitió señalar que, al momento de cumplirse esa orden por la AFP del RAIS, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen., como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde las sentencias CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022.

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término

trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico. Amén de lo expuesto, el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES en los argumentos relativos a que, por faltarle a la demandante menos de 10 años para pensionarse, conforme la prohibición en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

Asimismo, se tiene que, que como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinara Laboral, la orden de recibir nuevamente al promotor de la acción no afecta patrimonialmente, ni le causa desequilibrio financiero al RPMPD ni a la AFP de dicho régimen, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones

generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467, señaló:

“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Ergo, en aplicación de la línea jurisprudencial pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora, por lo cual se confirmará la decisión en ese sentido.

En lo que respecta a la condena en costas que también es objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, encuentra esta Sala Mayoritaria correcta la decisión del *a quo*, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 365 del C.G.P. que señala en su numeral uno *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*, debiéndose aquí recordar, que las costas son todas las erogaciones económicas en que incurre las partes en un juicio, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, estas últimas no son más que el valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha salido vencedor en el trámite de la controversia jurídica y que deben ser

asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, en este caso fueron las AFP demandadas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES porque el análisis del asunto se surte en virtud del grado jurisdiccional de consulta, el cual subsume el recurso de apelación interpuesto.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 209 del 31 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, agregando que: En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

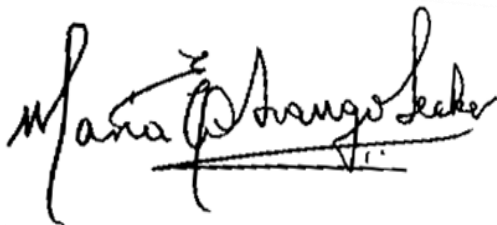
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia ya identificada, en el sentido de **DECLARAR** que al momento de cumplirse la orden impartida a **PORVENIR S.A.**, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Sin **costas** en esta instancia.

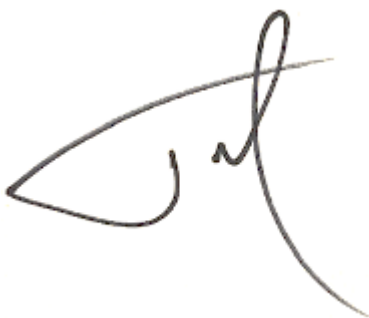
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

**Salvamento parcial de voto en cuanto a las costas a cargo de
COLPENSIONES de la primera instancia.**



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el debido respeto que siempre profeso hacia las decisiones de la Sala, me permito salvar parcialmente el voto, exclusivamente en lo tocante a la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

Si bien es cierto que, el numeral 1° del artículo 365 del CGP, consagra la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión propuestos; no lo es menos que, es por circunstancias todas ajenas a su actuación que COLPENSIONES resulta “condenada a”, o mejor se le da la orden judicial de recibir al demandante para ser pensionado en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, así como gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que estuvo afiliado al fondo privado.

No se debe perder de vista que, COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, no era la obligada a dar la información veraz, clara y concreta acerca del traslado de régimen al hoy demandante, no podía retenerlo en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS-; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición en costas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Ergo, trasladar a COLPENSIONES, vía condena en costas las consecuencias del incumplimiento al deber de información que incumbía a las Administradoras de Fondos Privados, es malinterpretar la teleología del artículo 365 numeral primero del CGP.

Se lee en un magistral aparte de una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. de agosto 5 de 1.980:

*"Para entender la ley no basta repasar su tenor literal. Han de conocerse también la realidad social concreta donde impere y la idiosincrasia y condiciones de los seres humanos cuya conducta rige. **La ley no es un acopio de textos rígidos, fríos e inertes que aplica un juez hierático sumido en la abstracción. Es, al contrario, una fuente dinámica, siempre antigua y siempre nueva, de progreso social y de cultura, de equidad y armonía que, a través de su recto y equilibrado entendimiento, promueve la solidaridad entre los hombres, mediante el recíproco respeto de su dignidad y de sus derechos**".*
(Resaltado ex texto original).

Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar los derechos pensionales de toda una generación, que a ciegas y engañada, confió su futuro pensional a la "creación" legislativa de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

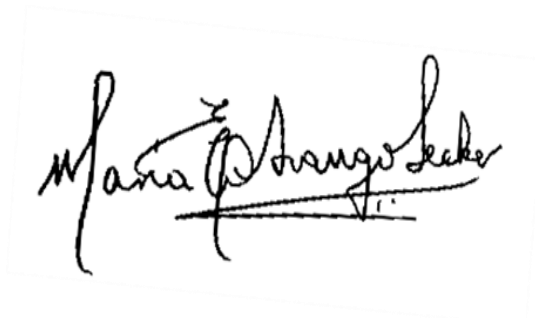
Es decir, aunque la ley procesal ordena al juez condenar al pago de las costas a la parte vencida, siendo la sentencia del juez, respecto de las costas, constitutiva, esta regla procesal no ha de entenderse como absoluta. De manera excepcional y cuando, del examen de las circunstancias del caso, el juez advierta que la condena en costas se torna manifiestamente injusta,

podrá apartarse, fundamentando su decisión. En otras palabras, es posible eximir de esa condena en costas, cuando exista mérito para ello, por mediar razón fundada para litigar, pero ello no implica la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión, sino la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la concurrencia de un justificativo para eximirlo, lo que sobradamente sucede en los casos como el que concita la atención de esta Sala, como se ha explicado en procedencia.

Por otra parte, las injustas y múltiples condenas en costas, impuestas a COLPENSIONES en los casos de ineficacia del traslado de régimen, atentan a no dudarlo contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker', with a horizontal line drawn underneath the name.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Magistrada