

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: BENJAMÍN HERRERA RAMOS
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 76001-3105-002-2020-00238-01
ASUNTO: *Apelación y Consulta sentencia 195 del 23 de septiembre de 2022*
ORIGEN: *Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali*
TEMA: *Ineficacia de traslado de régimen pensional.*
DECISIÓN: *ADICIONA y REVOCA costas a cargo de COLPENSIONES*

MAGISTRADA PONENTE: MARIA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA 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 la apelación interpuesta por COLPENSIONES así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia 195 de septiembre 23 de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **BENJAMÍN HERRERA RAMOS** contra **la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-3105-002-2020-00238-01**.

SENTENCIA No. 010

DEMANDA¹. Depreca el accionante se declare la nulidad de su afiliación a PORVENIR S.A y posteriormente a COLFONDOS S.A., por lo que sus afiliaciones son inválidas y él continúa afiliado al régimen de prima media con prestación definida (RPMPD), ordenándose por tanto, a través de sentencia, el retorno del demandante a COLPENSIONES entidad que

¹ Fls. 1 - 22 Archivo 03 Expediente Digital

administra el régimen de prima media con prestación definida, y que PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A., una vez ejecutoriada la sentencia, se sirvan trasladar los aportes efectuados junto con sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES; más el pago de lo que resulte extra y ultra petita a favor del demandante, y las costas y agencias en derecho; y subsidiariamente solicita la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS con todas sus consecuencias jurídicas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 17 de agosto de 1961, e inició sus cotizaciones al RPPD desde el 2 de febrero de 1983 al ISS, hoy COLPENSIONES y hasta el 31 de mayo de 2004, es decir 514 semanas; en abril de 2004 suscribió formulario de afiliación a PORVENIR al cual cotizó desde junio de 2004 trasladándose al RAIS persuadido por dicho fondo porque *“con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, era obligatorio la afiliación a dichos fondos, que los fondos del Estado iban a desaparecer”*; en mayo de 2011 se trasladó a COLFONDOS S.A., sin información de parte de este fondo, no tuvo por los fondos privados información clara, completa ni profesional, ni asesoría veraz, tampoco le advirtieron que podía ejercer el derecho de retracto hasta antes de los 52 años; en la actualidad sigue en el RAIS; en junio de 2020 solicitó una asesoría particular y en febrero solicitó a PORVENIR la nulidad de su afiliación al RAIS y a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPMPD; lo que le fue negado; agotando así su reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES². Se opuso a todas las pretensiones, arguyendo la improcedencia de declarar las nulidades solicitadas, pues se violaría el principio de legalidad de la administración pública, y desconocería el ordenamiento jurídico y jurisprudencial previsto; así como la posibilidad de libre elección que en su momento ejerciere la parte demandante, su traslado de régimen fue libre y voluntario, él no ha probado ningún vicio del consentimiento, teniendo también el deber de informarse. Por lo anterior, al ser el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP privada legalmente válido, por haberse conocido debidamente la información

² Fs. 1-49 Archivo 13 Expediente Digital

concerniente a la afiliación al régimen en que se encuentra el actor, no habría lugar a declararse la existencia de vicios del consentimiento, no hubo error, ni violación del artículo 1502 del código civil colombiano. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia del derecho y la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

COLFONDOS S.A.³. Se opuso a las pretensiones de la demanda, y alegó que no puede declararse la nulidad de traslado porque se cumplió por esa AFP con las formalidades para la afiliación del señor HERRERA RAMOS, al haber sido dicho acto, resultado de su voluntad libre y espontánea y acompañada del deber de informar por esa AFP, con debida asesoría, y considerando que el demandante es una persona mentalmente estructurada, con la capacidad de sopesar los argumentos manifestados por los asesores, a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, él también tenía deber de informarse, no hubo consentimiento viciado. propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, compensación y pago, ausencia de vicios del consentimiento, innominada o genérica.

PORVENIR S.A.⁴. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado desde el RPMPD al RAIS se efectuó, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación -documento público- que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; el cual se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo

³ Fls. 1-101 Archivo 16 Expediente Digital

⁴ Fs. 1-135 Archivo 21 Expediente Digital

54 A del CPT. Que se le garantizó por esa AFP el derecho de retracto, tal como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 3800 del mismo año, ya que las administradoras de fondos pensionales el 14 de enero de 2004, publicaron en el diario El Tiempo en un comunicado de prensa, la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003; que el demandante también tenía el deber de informarse, se cumplió con la finalidad del SGSS en pensiones, que no ejerció su facultad de regresar al RPM, refiere que no es procedente el traslado de los gastos de administración ni de las primas de seguros previsionales. Propone como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia # 195 de septiembre 23 de 2022, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS y en consecuencia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado por el señor BENJAMÍN HERRERA RAMOS a PORVENIR y COLFONDOS, ordenando a COLPENSIONES, aceptar el regreso del demandante al régimen de prima media con prestación definida; y a COLFONDOS. SA., una vez ejecutoriada esta providencia, proceda realizar el traslado de todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de BENJAMIN HERRERA RAMOS a COLPENSIONES, dineros que esta AFP, hubiere recibido con motivo del traslado, tales como cotizaciones, gastos de administración, rendimientos, valores que deberán entregarse a COLPENSIONES, siempre y cuando hubieren ingresado en a cuenta de ahorro individual del afiliado. Condenó en costas a las partes vencidas en juicio. Se tasan en la suma de \$2.000.000, para cada una de las entidades demandadas.

Fundamentó su decisión, luego de acopiar y explicar la jurisprudencia que tiene decantado el tema, en el hecho que la única prueba aportada por

⁵ Archivo 23 Expediente Digital, min. 30:47 a 49:42.

PORVENIR y COLFONDOS fue el formulario de afiliación preimpreso, lo que en modo alguno demuestra que por los fondos privados se hubiere dado al demandante la información veraz, coherente, indicada y suficiente, de modo que no cumplieron con la carga de la prueba, tampoco le informaron de su derecho al retracto, ni se puede decir que el traslado horizontal convalide la falta al deber de información, concluyendo que están fundadas las pretensiones del actor, por lo cual el traslado inicial y el subsiguiente son ineficaces, lo que opera de pleno derecho, es insaneable e imprescriptible.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia, arguyendo que el traslado del accionante a PORVENIR y COLFONDOS fue libre, voluntario y sin presiones; que la ignorancia de la ley no es excusa y no se dan los requisitos para la nulidad ni para la ineficacia; se trató de traslados válidos y conforme a las leyes y al ordenamiento jurídico, no hay vicios del consentimiento. Alega que la obligación de recibir al actor puede afectar directa o indirectamente a COLPENSIONES, que tendrá a su cargo el reconocimiento de la pensión, posibles intereses moratorios sin haber recibido los aportes del demandante durante su vida laboral, lo que atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Pide se revoque la condena en costas a COLPENSIONES, cuyo actuar estuvo siempre ajustado y ateniéndose a la ley.

Las administradoras privadas de fondos de pensiones no interpusieron recurso alguno.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos y en la audiencia oral, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, todos alegaron reiterando lo expresado en su demanda y contestaciones. 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 que corresponde a esta instancia 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 COPLPENSIONES.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centra a resolver: (i) si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el accionante al régimen de ahorro individual administrado por las AFP PORVENIR y COLFONDOS; (ii) si la imposición de pensionar a quien efectuó sus cotizaciones a otros fondos atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y afecta a COLPENSIONES; (iii) si deben revocarse las costas a cargo de COLPENSIONES acorde a la argumentación presentada por su apoderada; y (iv) sería del caso desatar la CONSULTA en favor de COLPENSIONES, lo cual implicaría revisar que las condenas que se le han imputado estén ajustadas a derecho, lo que realmente queda prácticamente agotado con la apelación formulada en tanto pide la revocatoria total de la sentencia de instancia.

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

CONSIDERACIONES

Sea lo primero recordar que, la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); pasando este último a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), que quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y a prestar asesoría pre pensional para modificar expectativas pensionales.

Por su parte el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estatuye que los trabajadores tienen la opción de elegir aquel de los regímenes que mejor les convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto

de sanciones; es así como el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora, 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 las sentencias SL 5144 de noviembre 20 de 2019 y SL 1055 de 2 de marzo de 2022.

Ergo, 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.

Para la jurisprudencia del órgano de cierre de nuestra jurisdicción, la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo que solo puede alcanzarse cuando se expresan plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. Así, ha discernido la Corte que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de*

*que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito».*⁶

Siguiendo este hilo conductor, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación de las entidades de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*». Información que hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para éstos.

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación libre y voluntaria, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer a su futuro pensional. La explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

De ahí que, entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, cobre especial relevancia 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; es su deber proporcionar a los 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

⁶ SL 12136-2014

sí 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.*” (Subraya la Sala). Ver, entre otras, las sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 de septiembre 9 de 2008, 33.083 de noviembre 22 de 2011, SL12136 rad. # 46.292 de septiembre 3 de 2014, SL2611-2020 de julio 1 de 2020.

Ahora, si los primeros precedentes correspondían en su mayoría a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición, 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 la SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, así se lee en un aparte de esta última: ... “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”. (Subrayado es nuestro).

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

Al respecto, 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 tal 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.

Descendiendo al caso de marras, considera la Sala que a pesar que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante PORVENIR (fl. 39 Archivo 04 ED) y posteriormente ante COLFONDOS (fl. 40 Archivo 04 ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen las consecuencias frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que él pudiera desarrollar su proyecto y expectativa pensional, informándole 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. De lo anterior se desprende también, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearán al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradoras del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a las AFP privadas demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía, y no lo hicieron, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer.

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, porque es precisamente cuando ya se encuentra *ad portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que lo llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independientemente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

De la revisión realizada a la excepción de prescripción, la misma está llamada a no prosperar por el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional, concepción extendida a los derechos económicos que de esta acción emanen, como la posibilidad de que el capital cotizado sea devuelto en su totalidad al régimen de prima media, en la medida en que el traslado de estos valores no atienden a ser un resarcimiento patrimonial, sino que responden al derecho irrenunciable a la seguridad social. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, y recientemente en sentencia SL1214-2022.

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales tanto por PORVENIR S.A. como por COLFONDOS S.A., esas AFP deberán trasladar a COLPENSIONES, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del accionante, no sólo los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, sino también y con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados: los gastos de administración y comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que han de ser devueltos por PORVENIR y COLFONDOS, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de dichas AFP, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, reiterada, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL3871-2021, SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022. Ello, pues de no retornarlos, se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de las entidades privadas, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir al demandante nuevamente en el RPM, 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.

Al momento de cumplirse esta orden, 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 (CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022). En los anteriores aspectos, se modificará, adicionándola, la decisión de primera instancia.

Ahora, frente al recurso de apelación de COLPENSIONES, y acorde lo definido por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero al fondo de pensiones público, 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 promotor de la acción 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 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que “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, para 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.

Finalmente, frente al motivo de alzada, en el que COLPENSIONES solicita la revocatoria de costas a su cargo, la Sala accederá a revocar las de primera instancia a su cargo, comoquiera que el fondo pensional público no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el RAIS; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición de las mismas; 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. Por lo anterior, REVOCARÁ parcialmente el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de REVOCAR las condenas impuestas a COLPENSIONES por la a quo.

Se lee en 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".
(Resalta esta Sala).

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, cuyo derecho pensional se vio lesionado por el incumplimiento al deber de información por parte de los fondos privados.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA en los numerales segundo y cuarto, revocada parcialmente en el quinto y CONFIRMADA en todo lo demás.

Sin costas en esta instancia al prosperar parcialmente el recurso de apelación.

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 195 de septiembre 23 de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, agregando que: En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado 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: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia 195 de septiembre 23 de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así: **CONDENAR a PORVENIR S.A y COLFONDOS S. A.**, a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del accionante, no sólo los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus

rendimientos financieros, sino también y con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados: los gastos de administración y comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que han de ser devueltos por PORVENIR y COLFONDOS, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de dichas AFP, todo lo cual deberá recibir COLPENSIONES. Al momento de cumplirse esta orden, 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

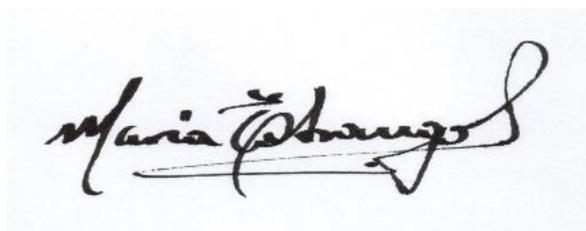
TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral QUINTO de la sentencia de instancia, en el sentido de **ABSOLVER A COLPENSIONES** de las costas a que fue inicialmente condenada por el a quo.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

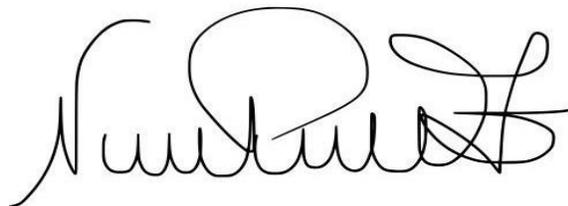
Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA