REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

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

DEMANDANTE:	***LUIS FERNANDO MONTOYA AYALA***
DEMANDADOS:	***COLPENSIONES Y OTROS***
RADICACIÓN:	***76001-31-05-003-2022-00220-01***
ASUNTO:	***Apelación y Consulta sentencia de marzo 23 de 2023***
ORIGEN:	***Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali***
TEMA:	***Ineficacia de traslado de régimen pensional y reconocimiento de pensión.***
DECISIÓN:	***MODIFICA y ADICIONA***

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, quince (15) de noviembre 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, 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 la parte DEMANDANTE y por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia No. 42 del 23 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **LUIS FERNANDO MONTOYA AYALA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.;** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-003-2022-00220-01.**

SENTENCIA No. 262

DEMANDA[1]. El promotor de la acción pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del afiliación realizada al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., por existir vicio en el consentimiento y afectar sus

[1] Fs. 2-18 Archivo 01 Expediente Digital

mínimos de derechos y garantías; declarar válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES; que tiene derecho a retornar al RPMPD, por el hecho de que las demandadas no le brindaron asesoría y buen consejo al momento de la afiliación al RAIS y; se declare que COLPENSIONES debe reconocerle la pensión de vejez cuando acredite los requisitos de Ley para acceder al reconocimiento y se efectúe a partir de la última cotización al sistema general de pensiones; como consecuencia de ello, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuota de administración, teniendo en cuenta el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados; se condene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación al RPMPD y recibir los aportes que sean trasladados por PORVENIR S.A.; se condene a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez si a la fecha de proferir la sentencia acredita los requisitos de ley para acceder a la prestación, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto la indexación de las mesadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 26 de octubre de 1960; que efectuó aportes en el RPMPD entre 24 de octubre de 1977 y 28 de febrero de 2003 para un total de 1218.4 semanas cotizadas; que se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el 23 de enero de 2003 a través de PROTECCIÓN S.A. y, posteriormente, el 24 de abril de 2006, se trasladó a la AFP Horizonte hoy PORVENIR S.A.; que ha cotizado un total de 947 semanas desde su afiliación al RAIS, por lo que tiene un total 2165 semanas aportadas en toda su vida laboral; que las AFP del RAIS no le brindaron asesoría, ni al momento de la afiliación, ni antes de cumplir 52 años de edad, tampoco suministraron información adicional consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, es decir, con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada o completar el capital para poder acceder a una pensión de vejez, tampoco le informaron a qué edad se le redimía el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPMPD; que el 4 de marzo de 2022, radicó ante COLPENSIONES reclamación administrativa solicitando tener como ineficaz y/o nula su afiliación al RAIS, y en consecuencia, le fuese aceptado el traslado al RPM y

posteriormente el reconocimiento de la pensión vejez, pero recibió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PORVENIR S.A.[2]. La administradora se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, sostuvo que el demandante al momento de realizar la afiliación al RAIS, lo realizó de forma libre y espontánea, completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal por parte de mi representada con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Agregó, que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe.

COLPENSIONES.[3]. La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que no es procedente declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, teniendo en cuenta que con los documentos aportados con la demanda, la parte activa no logra si quiera inferir la nulidad de la afiliación, ni el error o vicio alguno del consentimiento que medió, siendo preciso indicar que no es procedente realizar un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, debiendo atenerse el demandante a lo establecido en los artículos 2 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1 del Decreto 3800 de 2003. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, innominada, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad.

[2] Fs. 3-38 Archivo 10 Expediente Digital
[3] Fs. 2-10 Archivo 08 Expediente Digital

PROTECCIÓN S.A.[4]**.** La AFP del RAIS se opuso a todas las pretensiones del libelo, argumentando que el traslado de régimen cumplió con todos los requisitos legales y por ende la selección del régimen, la realizó el demandante de forma libre, espontánea y sin presiones, ya que la asesoría prestada por los asesores de la administradora se realiza con total profesionalismo y ética, pues todos los asesores sin excepción contaban con un instructivo o guía que debían seguir para asesorar de forma clara y entendible a futuros clientes o clientes ya afiliados, dependiendo de su variación del perfil en el tiempo. Los asesores o ejecutivos de cuenta entregaban explicaciones claras, comprensibles, tanto de la situación financiera actual como de la futura, teniendo siempre como horizonte la pensión de cada uno de los asesorados, pero decir ahora después de más de 20 años que no lo asesoraron debidamente, no es concebible, pues su objetivo en este proceso es culpar a la AFP a la que ha estado afiliado y de la cual recibió permanentemente asesoría integral y profesional, pues el demandante fue lo suficientemente ilustrado, para que tomara su decisión de afiliarse y de permanecer en el RAIS de manera consciente. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Prescripción; prescripción de la acción de nulidad; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; validez del traslado del actor al RAIS; compensación y pago; buena fe de la entidad demandada; innominada; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; prescripción de devolución de comisión o gastos de administración; compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 42 del 23 de marzo de 2023, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hizo el señor **LUIS FERNANDO MONTOYA AYALA** al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A y posterior traslado entre fondos a PORVENIR S.A ultimo al que se encuentra afiliado.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A**, trasladar todos los ahorros que posea el señor **LUIS FERNANDO MONTOYA AYALA** en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos financieros, bonos pensionales si los hay, cuentas de rezago si los hay, seguros previsionales si*

[4] Fs. 2-17 Archivo 11 Expediente Digital

los hay al fondo administrado por la ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES****.*

TERCERO: ORDENAR *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES*** *recibir de la demandada,* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A.****, los ahorros que posea la demandante en el fondo privado con sus respectivos rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales, gastos previsionales si los hay.*

CUARTO: ORDENAR *a* ***COLPENSIONES*** *proceda a realizar el estudio pensional del demandante y proceder a su reconocimiento si a ello hay lugar en los términos indicados en la Ley 797 de 2003, para el efecto se le otorga un plazo de cuatro (4) meses, vencidos estos se generarán a favor del demandante intereses de mora.*

QUINTO: ABSOLVER *de costas a COLPENSIONES por las razones expuestas en la providencia.*

SEXTO: CONDENAR *en costas a* ***PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A*** *en* ***UN MILLÓN DE PESOS ($1.000.000)*** *a cada una y en favor de la parte demandante.*

SEPTIMO: CONSULTAR *la presente providencia con el superior jerárquico, en el evento de que no sea apelada, por ser adversa a los intereses COLPENSIONES."*

Como fundamento de su decisión, señaló la a quo, en síntesis, que de acuerdo con la jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP debían cumplir con el deber de información que existía para el momento en que el demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, pero no cumplieron con la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, pues del elenco probatorio incorporado al informativo no se verificó que los fondos privados hayan cumplido con el deber de información en relación con los beneficios obtendría y cuales perdería, y que perjuicios se generarían, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de ese acto, junto con las consecuencias propias que ello acarrea para la AFP del RAIS a la que está vinculado el actor de trasladar al RPMPD todos los valores recibidos durante el tiempo de afiliación. Frente a la pensión de vejez, sostuvo que no era procedente ordenar a COLPENSIONES su reconocimiento, como quiera que ésta aún no contaba con los recursos para financiar la pensión, ya que apenas se estaba declarando la ineficacia del traslado de régimen pensional, pero, en todo caso, debía reconocer la prestación, si había lugar a ello, en un lapso de cuatro meses después de recibir el traslado de los fondos y una vez vencido ese periodo empezarían a correr los intereses moratorios.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que la afiliación del demandante al régimen privado se hizo en el ejercicio legítimo del derecho a escogencia que éste tenía, razón por la cual no puede predicarse la existencia de un error o vicio en el consentimiento y, por tanto, no existen razones fácticas, ni jurídicas para recibirlo como afiliado, ya que se encuentra válidamente vinculado al RAIS.

La parte **DEMANDANTE** también apeló el fallo argumentando que se debe ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez desde el momento en que el demandante acreditó el último de los requisitos, teniendo en cuenta que el derecho pensional es una consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen una vez los fondos trasladen los dineros, COLPENSIONES lo convierte en semanas efectivamente cotizadas, actualiza la historia laboral y ahí procede al reconocimiento de la prestación, pues la entidad tuvo conocimiento de la pretensión con la reclamación administrativa que se le presentó previo a instaurar la demanda.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación. PORVENIR S.A. insistió en la tesis planteada 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 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 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 el señor LUIS FERNANDO MONTOYA AYALA al RAIS administrado por PROTECCIÓN

S.A. y las consecuencias que de ello se deriven; **(ii)** si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez; y en tal caso si son procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

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: **i)** Que el señor LUIS FERNANDO MONTOYA AYALA se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 24 de octubre de 1977, y realizó cotizaciones válidas en dicho régimen hasta el 28 de febrero de 2003 (fs. 672-676 Archivo 08 ED); **ii)** Que presentó solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A., el 23 de enero de 2003 (fs. 26 Archivo 11 ED); **iii)** Que su afiliación al RAIS se hizo efectiva a partir del 1º de marzo de 2003 (f. 27 Archivo 11 ED); **iv)** Que el 24 de abril de 2006 suscribió formulario de vinculación con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., siendo esa la AFP a la cual está actualmente vinculado (f. 39 Archivo 10 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 al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PROTECCIÓN S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al 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 actor suscribió el formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A., no por ello se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que el promotor de la acción conocía sobre las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que éste último 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 el demandante a PROTECCIÓN S.A. y a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., no existía la obligación para estas entidades 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 pregona 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 las AFP privadas convocadas 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 ningún elemento de prueba para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado del señor LUIS FERNANDO MONTOYA AYALA; no obstante, se adicionará el numeral segundo de la misma en el sentido de agregar 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.

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 el actor y la orden a PORVENIR S.A. de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y los seguros previsionales de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

Frente a la devolución de los gastos de administración, se tiene que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante,

como ya se dijo, se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que ésta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos; lo anterior es ya un tema pacífico y reiterado en la jurisprudencia de la casación laboral de nuestra Corte Suprema, ver, entre otras, las sentencias SL373 de 2021, SL4989-2018, SL17595-2017, e incluso, desde la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, que indicó:

> *"(…) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…)"*

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 al demandante, ilustrándolo 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 PROTECCIÓN S.A., no existen razones jurídicas para que esa AFP, junto con PORVENIR S.A., no trasladen a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del accionante, incluidos los gastos de administración, 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 al 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.

En ese sentido, se adicionará la sentencia, pues la a quo omitió referirse a la obligación que también le asiste a PROTECCIÓN S.A. de retornar los

gastos de administración que cobró durante el tiempo en que el actor estuvo vinculado con dicha AFP y; además, también omitió pronunciarse frente a la obligación de las AFP del RAIS de retornar el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales también han de ser trasladados al RPMPD, 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 SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022.

De acuerdo con lo anterior, considera procedente adicionar la sentencia en el sentido de disponer que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán transferir lo correspondiente al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos los conceptos con cargo a sus propios recursos y además, en valores que deberán ser debidamente indexados, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a cada una de dichas AFP del RAIS (SL3871-2021). 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).

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, construidos 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 cuanto que por faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2º 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 Ordinaria 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 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, 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 del 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.

De la pensión de vejez. Verificada entonces por la Sala la procedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y demás consecuencias derivadas de dicha ineficacia, se procede analizar lo relativo a la pensión de vejez reclamada por la parte actora.

Para resolver esta cuestión, debemos señalar que la norma que rige el derecho pensional es el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el cual dispone, en lo que interesa al presente asunto, que tendrán derecho a la pensión de vejez, los hombres que cumplan 62 años y acrediten, a partir de 2015, un mínimo de 1300 semanas cotizadas.

En el caso de marras, el señor LUIS FERNANDO MONTOYA AYALA cumple con los dos requisitos dispuestos en la ley, pues, por un lado, nació el 26 de octubre de 1960 (fs. 21-22 archivo 01 ED), por lo que cumplió los 62 años el mismo día y mes de 2022 y, por otro lado, de conformidad con el reporte expedido por PORVENIR S.A. (fs. 40-50 y 51-64 Archivo 10 ED), el actor a octubre de 2022 había cotizado un total de 2221 semanas, de las cuales 1218 semanas fueron cotizadas al RPMPD.

Ahora, la a quo no ordenó el reconocimiento de la prestación bajo el argumento que COLPENSIONES no había recibido el traslado de los recursos por parte de PORVENIR S.A. y, por ello, ordenó el reconocimiento de la prestación después de cuatro meses; sin embargo, la Sala no comparte la decisión adoptada en primera instancia; pues, por un lado, si su argumento central era el traslado de los recursos, no existe certeza que, pasados los

cuatro meses dicho traslado se hubiese efectuado y; por otro lado, el derecho pensional del promotor de la acción, que es de raigambre constitucional y fundamental, no puede estar supeditado a un trámite meramente administrativo entre las AFP. Aunado a lo anterior, no se puede desconocer que, a partir de la ejecutoria de la sentencia, COLPENSIONES queda facultada para adelantar la vía compulsiva en procura de que se le trasladen por parte de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. los recursos que aquí se ordenan, a fin de que el retorno del actor al RPMPD afecte en lo más mínimo su estabilidad financiera.

A pesar de lo anterior, no se puede obviar que, conforme el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada una vez cumpla con los requisitos mínimos establecidos en la norma ibidem; sin embargo, será necesaria su desafiliación al sistema para que pueda disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo. Por su parte, el artículo 35 del mismo estatuto dispone que las pensiones se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión, lo cual se explica en el hecho de que para la correcta cuantificación de la prestación es necesaria tener en cuenta hasta la última semana cotizada.

En tal sentido, si bien no fue correcta la decisión de la a quo, lo que corresponde es ordenar a COLPENSIONES que reconozca y pague al demandante la pensión de vejez una vez demuestre la desafiliación del Sistema General de Pensiones, y que la AFP deberá liquidar la prestación en los términos de los artículos 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada, sin que en ningún caso la mesada pensional pueda ser inferior al SMMLV, por lo que se modificará la sentencia en ese sentido.

Si bien no se determina el monto de la prestación, no puede decirse que se está desatendiendo lo señalado el artículo 283 del C.G.P., aplicable por integración del artículo 145 del C.P.T. y S.S., pues se están dejando sentados los parámetros a seguir para la liquidación de la prestación, evento que ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al señalar que lo importante al momento de producir una condena concreta, lo es que aquella contenga todos los parámetros que permitan efectuar su liquidación.

De los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. En relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, su causación se decretará, en caso de mora una vez venza el término de gracia de cuatro meses con que cuenta la AFP para reconocer la pensión de vejez de conformidad con el artículo 33 del mismo compendio normativo, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Ahora, si bien en los casos como el que ahora nos ocupa no es posible endilgarle retraso a COLPENSIONES en el reconocimiento de la pensión de vejez, como quiera que, es a través de este juicio que se está dejando sin efectos el traslado de régimen pensional del promotor de la acción, por lo que, para el momento en que fue presentada la reclamación administrativa ante la AFP del RPMPD, el demandante se encontraba afiliado a otra entidad. Sin embargo, ello no es óbice para que, en caso de mora en el reconocimiento de la prestación, se causen intereses en favor de quien tiene derecho a la prestación económica, pero, como en todo caso existen trámites administrativos entre las AFP del RPMPD y del RAIS que deben ejecutarse al tenor de lo ordenado en primera instancia y confirmado por esta Sala, como por ejemplo, el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante y demás conceptos recibidos y cobrados por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., se considera que lo procedente es que tales intereses se ordenen a partir del vencimiento de los cuatro meses indicados en la norma antes referida, contabilizados desde la ejecutoria del fallo, como quiera que es mediante éste que se está declarando el derecho pensional en cabeza del demandante y, en consecuencia, es obligación de las administradoras, una vez cobre fuerza ejecutoria, adelantar los trámites tendientes a entregar y recibir lo que se ordena trasladar a la AFP del RAIS y que es necesario para financiar la prestación económica y proceder a su reconocimiento y pago desde el momento en que el actor acredite el retiro del sistema.

Siguiendo este hilo conductor, considera la Colegiatura que la sentencia de instancia debe ser modificada, para ordenar la indexación de las mesadas pensionales desde la fecha de su causación hasta cuatro meses después de la ejecutoria del fallo o hasta la fecha de su pago si esto ocurriere antes del vencimiento de dicho término y, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se empezarán a causar una vez venza el término de cuatro meses contabilizado desde la ejecutoria del fallo, sólo en caso de que

para ese momento no se haya realizado la inclusión en nómina y el pago de la prestación económica al demandante.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada y modificada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho, una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

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 **PRIMERO** de la Sentencia No. 42 del 23 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Tercero 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: **ADICIONAR** y **MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en proporción al tiempo en que el señor **LUIS FERNANDO MONTOYA AYALA** estuvo afiliado en cada de dichas AFP del RAIS. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. 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: **MODIFICAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** que reconozca y pague al señor

LUIS FERNANDO MONTOYA AYALA la pensión de vejez una vez demuestre la desafiliación del Sistema General de Pensiones, la cual se deberá liquidar en los términos de los artículos 34 y 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta hasta la última semana efectiva cotizada, sin que en ningún caso la mesada pensional pueda ser inferior al SMMLV y, además, deberá indexar las mesadas pensionales desde la fecha de su causación hasta cuatro meses después de la ejecutoria del fallo o hasta la fecha de su pago si esto ocurriere antes del vencimiento de dicho término. Los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se empezarán a causar una vez venza el término de cuatro meses contabilizado desde la ejecutoria del fallo, sólo en caso de que para ese momento no se haya realizado la inclusión en nómina y el pago de la prestación económica.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho, una suma equivalente a un SMMLV, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
(Salvamento de voto parcial en cuanto a las costas a cargo de COLPENSIONES)

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 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.*

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada