

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: *MARÍA ADELAIDA FORERO MEDINA*
DEMANDADOS: *COLPENSIONES Y OTRO*
RADICACIÓN: *76001-31-05-003-2023-00007-01*
ASUNTO: *Apelación y Consulta sentencia #041 de marzo 23 de 2023*
ORIGEN: *Juzgado Tercero 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, quince (15) de noviembre 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 favor de la entidad en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia # 041 del 23 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **MARÍA ADELAIDA FORERO MEDINA** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y** , con radicado No. **76001-31-05-003-2023-00007-01**.

SENTENCIA No. 263

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende que se declare que la AFP PROTECCIÓN S.A., al trasladarla del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el mes de noviembre de 1994, no cumplió con su deber de ofrecerle la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba dicho traslado, causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada

¹ Fs. 5-36 Archivo 01 Expediente Digital

pensional, consecuencialmente se decreta la ineficacia de su traslado al RAIS con LA AFP PROTECCIÓN S.A y se ordene a dicho fondo a trasladar al RPMPD los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, como si nunca se hubiese surtido el traslado al RAIS. Igualmente se ordene a COLPENSIONES a aceptar su traslado al RPMD, las costas procesales y agencias en derecho y las facultades extra y ultra petita.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 27 de enero de 1967; se afilió al otrora ISS el 01 de octubre de 1991, realizando cotizaciones por 165,29 semanas; que en el mes de noviembre de 1994 se trasladó del RPMPD del I.S.S. al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A.; que antes de cumplir los 47 años no recibió por parte de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., asesoría respecto de la posibilidad de decidir qué régimen pensional le era más favorable para su futuro pensional; que ha cotizado al Sistema General de Pensiones, un total de 1.248,43 semanas, de las cuales 1.083,14 fueron en el RAIS; que el 10 de noviembre de 2022, radicó formulario de afiliación ante COLPENSIONES, en el cual solicitó la afiliación al RPMPD, la que le fue negada por estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez; que el 10 de noviembre de 2022, presentó derecho de petición ante COLPENSIONES, solicitando la nulidad del traslado al RAIS, la que también le fue despachada desfavorablemente; que con fecha 10 de noviembre de 2022, solicitó a la AFP PROTECCIÓN S.A información acerca del soporte de la asesoría brindada al momento de la afiliación y la de la fecha límite para trasladarse, así como el valor de la mesada pensional a la que tendría derecho, obteniendo como respuesta el 17 de noviembre de 2022 que no se anexan soportes de la asesoría brindada al momento de la afiliación, porque fueron realizadas de manera verbal, anexando copia de las reasesorías de fecha 17 de enero de 2006, 01 de octubre de 2012 y 24 de enero de 2014, y que a la edad de 57 años la mesada pensional equivaldría a **\$3.767.201** en PROTECCIÓN S.A; que si se encontrara afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, podría acreditar el cumplimiento de requisitos mínimos para pensión a la edad de 57 años, se le aplicaría un ingreso base de liquidación equivalente a la suma de **\$7.514.206** y con ello una mesada de aproximadamente de **\$4.639.488**, aplicándose una tasa de reemplazo del **61,74%**, de acuerdo con el cálculo actuarial que adjunta en la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PROTECCIÓN S.A.². La administradora se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, sostuvo que la demandante suscribió el formulario de afiliación el 9 de noviembre de 1994, mediante el cual solicitó su vinculación inicial al sistema pensional con el RAIS, donde se corrobora en el campo de voluntad de afiliación que la misma tomó su decisión de vinculación de administradora de manera libre, voluntaria y sin presiones, siendo además informada, ya que PROTECCIÓN entregó información objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y su comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), con el fin de que la misma tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo esta solicitar, como se ha indicado, su vinculación inicial con el RAIS, siendo su voluntad permanecer en la misma hasta la fecha. Propuso las excepciones de fondo que denominó: validez de la afiliación a protección: cumplimiento del deber de asesoría con antelación al cumplimiento de los 47 años, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, innominada o genérica.

COLPENSIONES.³ La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que al ser el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP privada legalmente válido, por haberse conocido debidamente la información concerniente a la afiliación al régimen en que se encuentra la actora, no habría lugar a declararse que existiera vicios del consentimiento, en este caso, no hubo error, por lo cual estaría debidamente cumpliendo con lo preceptuado en el artículo 1502 del código civil de Colombia. Igualmente expone que se tiene que la demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir con el requisito de edad para acceder a la pensión, es por esto que resulta inviable acceder a lo por ella requerido conforme al artículo 2 de la ley 797 de 2003, que además no es procedente realizar el traslado en cualquier tiempo, puesto que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de seguridad Social en Pensiones la Ley 100 de 1993, tiempo requerido por la sentencia unificada 062 de 2010 y SU-130 de 2013. Propuso

² Fs. 2-8 Archivo 06 Expediente Digital

³ Fs. 2-8 Archivo 07 Expediente Digital

las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción y legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia # 041 del 23 de marzo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hizo la señora MARÍA ADELAIDA FORERO MEDINA al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENA a PROTECCIÓN S.A., trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, cuentas de rezago si las hay y bonos pensionales que se hubiesen emitido, pertenecientes a la cuenta de MARÍA ADELAIDA FORERO MEDINA al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que proceda aceptar el traslado de MARÍA ADELAIDA FORERO MEDINA del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con el dinero, rendimientos financieros, gastos de administración, cuentas de rezago si las hay y bonos pensionales que se hubiesen emitido que tenga en su cuenta individual.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Se fija la suma de 1 SMMLV como agencias en derecho, a favor de la parte actora y a cargo de PROTECCIÓN S.A. Se ABSUELVE de este rubro a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES por las razones señaladas en la parte motiva.

QUINTO: CONSULTAR el presente proceso por resultar adverso a los intereses de COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, señaló la a quo, en síntesis, que conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP tienen a cargo el deber de brindar información clara y suficiente a sus afiliados antes del traslado de régimen, carga de la prueba que no demostró PROTECCIÓN S.A, luego emerge que el traslado no fue libre y voluntario y por tanto se debe declarar la ineficacia del mismo.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que, la afiliación al fondo de pensiones Protección S.A por la demandante se realizó conforme el ejercicio de la libre escogencia de fondo de pensiones contemplada en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993,

razón por la cual no puede predicarse un error por vicio del consentimiento y en consecuencia Colpensiones no puede considerar afiliada a quien se encuentra válidamente afiliada a otro fondo de pensiones.

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 la demanda y solicita se confirme la sentencia. 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.

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 la señora MARÍA ADELAIDA FORERO MEDINA al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., y las consecuencias que de ello se deriven.

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 la señora MARÍA ADELAIDA FORERO MEDINA se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 01 de octubre de 1991, y realizó cotizaciones en dicho régimen hasta el 31 de diciembre de 1994 (fs. 397-399 Archivo 07 ED); **ii)** Que presentó solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A., el 09 de noviembre de 1994 (f. 9 Archivo 06 ED) y; **iii)** Que su afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1 de diciembre de 1994 (f. 30 Archivo 06ED).

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.

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 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 la actora suscribió el formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A. (fl. 09 archivo 06 ED), no por ello se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que la promotora 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 a la potencial afiliada todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que ésta última 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 a PROTECCIÓN 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 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 ningún elemento de prueba para demostrar tal aspecto.

En cuanto a los formularios de re asesorías aportados con la contestación de la demanda por PROTECCIÓN S.A de fechas 17 de enero de 2006 (fl. 98 Archivo 06 ED), 01 de octubre de 2012 (fl. 104 Archivo 06 ED) y 24 de enero de 2014 (fl. 105 Archivo 06 ED), todos firmados por la demandante y acompañados de pantallazos de la proyección de la mesada pensional, dichos elementos de juicio por sí solo no demuestran que efectivamente la demandante haya recibido con claridad la información clara y suficiente pues la misma no emerge de unos quantum que se relacionen si no se cuenta con la explicación de a que se refiere cada uno y la incidencia en la liquidación del derecho pensional. Adicionalmente, tales pruebas no pueden tenerse como sustitutivas de la información transparente y completa que debió recibir en el año 1994, fecha en que se efectuó el traslado de régimen.

Corolario de lo anterior, no le asiste razón a COLPENSIONES en su alzada que el traslado de la demandante fue libre y voluntario, por lo que habrá de confirmarse la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de la señora MARÍA ADELAIDA FORERO MEDINA; no obstante, se adicionará el numeral primero 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 PROTECCIÓN S.A. de remitir a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, cuentas de rezago si las hay y bonos pensionales que se hubiesen emitido, pertenecientes a la cuenta de la demandante.

Sin embargo, omitió la juzgadora ordenar que PROTECCIÓN S.A. devuelva a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y 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, se adicionará la sentencia en el sentido de disponer que PROTECCIÓN S.A. deberá transferir lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales y el 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 al 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, 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 sus argumentos expuestos en la contestación de la demanda relativos a que por faltarle al 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, como lo ha indicado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, la orden de recibir nuevamente a la promotora 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.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. 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 21 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis 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 **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que la señora **MARÍA ADELAIDA FORERO MEDINA** estuvo afiliada al RAIS. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la 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: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. 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).*

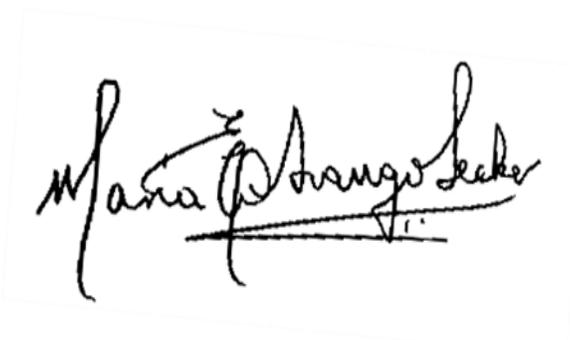
Parágrafo que hago propio para responder a quienes consideren que, merced al numeral primero del artículo 365 del CGP, debe condenarse en costas a COLPENSIONES, amén que lo que al fondo público se le da, por el devenir jurisprudencial, más que una condena es una orden que nace de la necesidad de salvaguardar 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*.

A handwritten signature in black ink, reading "María Isabel Arango Secker". The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath the name.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada