

**REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL**



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

**DEMANDANTE:** JOSÉ FERNANDO VALENCIA VANEGAS  
**DEMANDADOS:** COLPENSIONES Y OTRO  
**RADICACIÓN:** 76001-31-05-011-2022-00487-01  
**ASUNTO:** Consulta sentencia de julio 25 de 2023  
**ORIGEN:** Juzgado Once 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 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 grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES frente a la Sentencia No. 134 del 25 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **JOSÉ FERNANDO VALENCIA VANEGAS** contra **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-011-2022-00487-01**.

**SENTENCIA No. 267**

**DEMANDA**<sup>1</sup>. El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado por la AFP DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A, el 02 de diciembre de 1999; como consecuencia de ello, se ordene a la demandada PROTECCIÓN S.A que efectúe el traslado del RAIS al RPMD y a COLPENSIONES a aceptarlo, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual junto con los rendimientos, intereses, cuotas de

<sup>1</sup> Archivo 03 Expediente Digital

administración y demás emolumentos generados en su cuenta de ahorro individual, así como todos los rendimientos que se hubiesen generado por los bonos pensionales, cuotas partes y demás estipendios que hubiere recibido de las entidades públicas, de acuerdo al tiempo de servicios, a título de indemnización, el mayor valor del ahorro que en el RPMD se hubiere generado, en caso de su permanencia en dicho régimen y al pago de los respectivos intereses más altos establecidos por la ley, respecto de las sumas que deba trasladar a COLPENSIONES, se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 18 de mayo de 1961; que el 30 de diciembre de 1991, fue afiliado al RPMD a través del SEGURO SOCIAL; que se trasladó al RAIS, al afiliarse a la AFP DAVIVIR S.A., a partir del 02 de diciembre de 1999; que la información brindada por el asesor de la AFP DAVIVIR S.A. consistió en que al trasladarse al régimen privado se pensionaría con menos edad, la pensión sería mayor a la que le otorgaría el SEGURO SOCIAL por los rendimientos en la cuenta de ahorro, y que el ISS iba a desaparecer y solo quedarían los fondos privados, omitiendo así esa AFP brindarle una asesoría jurídica clara y completa, frente a las consecuencias del traslado y su permanencia en el régimen de ahorro individual; que la AFP DAVIVIR S.A., se fusionó con la AFP SANTANDER, que después asumió la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. como entidad absorbente; que el 05 de septiembre de 2022, radicó ante PROTECCIÓN S.A., solicitud de proyección pensional teniendo en cuenta todas las variables a la fecha incluyendo el bono pensional y solicitud de traslado de régimen pensional; que el 09 de septiembre de 2022, solicitó a COLPENSIONES traslado nuevamente a ese régimen pensional, la cual no fue contestada; que mediante correo electrónico enviado el 08 de septiembre de 2022, PROTECCIÓN S.A. negó la solicitud de traslado de régimen pensional por encontrarse dentro de la limitante de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que a través de oficio del 22 de septiembre de 2022, el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. realizó proyección de su pensión, indicándole que si efectúa solicitud a los 62 años de edad tendría una mesada pensional de \$ 1.000.000 (Garantía de pensión mínima); que se siente engañado y en un estado de desasosiego y preocupación debido a que según la proyección de pensión realizada arroja un monto inferior al esperado según las propuestas realizadas por el fondo privado al momento de su afiliación.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**COLPENSIONES.**<sup>2</sup> La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que conforme al documento de identidad del demandante cuenta con 61 años, vale decir próximo a cumplir con el requisito de edad establecido por la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, para tener derecho a la pensión de vejez en el RPM, encontrándose así inmerso en la prohibición legal prevista por el artículo 2 de la norma precitada para pretender realizar un traslado entre regímenes pensionales. De otro lado, señala que existen plenas manifestaciones en la demanda y soportes probatorios que acreditan que su traslado al RAIS así como su interés de permanencia en dicho régimen, tiene plena validez conforme lo instituye al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Agrega que el demandante debe demostrar la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de afiliarse al RAIS, toda vez que, se evidencia que en la entidad en la cual se encuentra vinculado, conserva su posibilidad pensional, pues podría acceder al reconocimiento y pago de una prestación económica por vejez. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

**PROTECCIÓN S.A**<sup>3</sup> La AFP presentó oposición a todas las pretensiones del libelo y, como argumentos de defensa, señaló que el señor JOSÉ FERNANDO VALENCIA VANEGAS, suscribió solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PROTECCIÓN como traslado de régimen, decisión que adoptó voluntariamente, en forma libre, espontánea y sin presiones. Afirma que asesoró de manera profesional, correcta y veraz al demandante informándole sobre las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, las cuales para la época de la afiliación eran realizadas de manera presencial al momento de la suscripción de la solicitud de vinculación, razón por la que las administradoras no cuentan con registro documental.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 134 del 25 de julio de 2023, resolvió:

---

<sup>2</sup> Fs. 3-19 Archivo 09 Expediente Digital

<sup>3</sup>

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, señor JOSÉ FERNANDO VALENCIA VANEGAS, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES.*

*SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los saldos, rendimientos, bonos pensionales depositados en la cuenta de ahorro individual, las comisiones y gastos de administración cobrados al demandante, así como los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos, los dineros que cobró por cuotas de administración, los valores utilizados para pago de primas de los seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados mientras el actor estuvo afiliado a esa administradora de pensiones. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, valores que debe cancelar debidamente indexados.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que reciba las sumas provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. para mantener su estabilidad financiera y para costear la prestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella.*

*CUARTO: CONDENAR en costas a cada una las demandadas, conforme el Art. 365 del C. General del Proceso en concordancia con el Acuerdo N° PSAA16-10554 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 S.M.L.M.V. a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la parte demandante.*

*QUINTO: Conforme el artículo 69 del C.P.T. y S.S., si no fuere apelada la presente providencia, se dispondrá el envío del expediente a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para surtir el grado jurisdiccional de CONSULTA, en favor de COLPENSIONES.”*

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que de acuerdo con la pacífica jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde que se implementó el sistema general de pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados de manera clara, precisa y oportuna, sin que dentro del proceso PROTECCIÓN S.A. haya cumplido con la carga de demostrar que informó al demandante respecto a las características de cada uno de los regímenes pensionales y de las circunstancias particulares de su decisión, pues la firma del formulario era insuficiente para tener por satisfecho el deber de información, situación que abría paso a dejar sin efecto la afiliación al RAIS, junto con las consecuencias propias que dicha ineficacia acarrea, como lo era trasladar al RPMPD todo los valores recibidos con motivo de la afiliación.

## **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el artículo 69 C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, por haber sido condenada dentro de la sentencia de primera instancia.

## **ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. COLPENSIONES reiteró la tesis expuesta en su contestación a la demanda y la parte demandante la de su demanda, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la consulta en favor de COLPENSIONES.

**PROBLEMAS JURÍDICOS.** En observancia del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor JOSÉ FERNANDO VALENCIA VANEGAS al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. con las consecuencias que de dicha ineficacia se derivan.

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 JOSÉ FERNANDO VALENCIA VANEGAS se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 30 de diciembre de 1991, (fs. 22 Archivo 06 ED); **ii)** Que el 02 de diciembre de 1999 suscribió formulario de vinculación con PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A (f. 4 Archivo 03 ED) y; **iii)** Que el traslado al RAIS se hizo efectivo el 1º de enero de 2000 (f. 5-7 Archivo 03 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.

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 demandante suscribió el formulario de vinculación con AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que ésta 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 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 AFP DAVIVIR hoy 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 elemento de prueba, más allá de formulario de afiliación, para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado del señor JOSÉ FERNANDO VALENCIA VANEGAS, no obstante, se adicionará el numeral primero 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 PROTECCIÓN S.A. de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los rendimientos financieros y, adicionalmente, que debía trasladar al RPMPD los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en el RAIS.

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 la AFP del RAIS no traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la accionante, incluidos los gastos de administración y demás emolumentos cobrados, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad privada, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir 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.

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

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

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES en los argumentos 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 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, como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinara Laboral, la orden de recibir nuevamente al promotor de la acción no afecta patrimonialmente, ni le causa desequilibrio financiero al RPMPD ni a la AFP de dicho régimen, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

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

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

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Sin costas en esta instancia por conocerse en consulta.

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. 134 del 25 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Once 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: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**  
(Salvamento de voto parcial en cuanto a las costas a cargo de  
COLPENSIONES de la primera instancia.)



**FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO**



**CAROLINA MONTOYA LONDOÑO**

## **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

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

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

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

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

Realmente, a COLPENSIONES se le impone recibir a esas personas de nuevo en el RPMD, por tanto, ni siquiera ha sido estrictamente vencida en juicio, al declararse la INEFICACIA de la afiliación al RAIS se retrotraen las cosas a su estado anterior, y ello tiene la consecuencia de devolver esos

afiliados al RPM, es más una imposición, resultado de retrotraer las cosas al estado original, que una condena.

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 dudarlos contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la

planeación de la reserva pensional, que por mandato constitucional es deber de los jueces y autoridades salvaguardar.

De esta forma expongo los argumentos que defienden mi posición.

Fecha *Ut supra*.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker', is enclosed in a thin black rectangular border. The signature is written in a cursive, somewhat stylized script.

**MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**  
**Magistrada**