

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: RUTH AIDÉ DURÁN PARDO
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTROS.
LLAM. GARANT. MAPFRE S.A.
RADICACIÓN: 76001-31-05-004-2022-00025-01
ASUNTO: Apelación y Consulta sentencia de mayo 5 de 2023
ORIGEN: Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Ineficacia de traslado de régimen pensional.
Multiafiliación.
DECISIÓN: Modifica y Adiciona

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintinueve (29) 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 los recursos de apelación presentados por PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y 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. 085 del 5 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **RUTH AIDÉ DURÁN PARDO** contra la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-004-2022-00025-01**, dentro del cual se llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

SENTENCIA No. 283

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende que se declare que PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA nunca le entregaron una simulación pensional o proyecto de pensión, ni la asesoraron como manda la ley; como consecuencia de ello, declare la ineficacia y/o nulidad de su traslado de régimen pensional y demás afiliaciones del RAIS; se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar todos el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, sin deducción alguna y se ordene a ésta activa su afiliación en el RPMPD y; se condene en costas procesales a las demandadas.

Para respaldar sus pedimentos, refirió que, nació el 9 de mayo de 1969; se afilió al otrora ISS el 1° de marzo de 1995; el 27 de agosto de 1996, ante una mala asesoría, se trasladó a PORVENIR S.A.; el 7 de enero de 1997 se trasladó a COLMENA; el 31 de mayo de 2001 se trasladó a HORIZONTE S.A.; el 17 de marzo de 2011 se trasladó a SKANDIA S.A. y el 25 de abril de 2019 se trasladó a COLFONDOS, pero todos esas afiliaciones se dieron sin la debida información y correcta asesoría por parte de los asesores de las AFP; que al percatarse que su situación pensional se vio afectada, solicitó la reactivación de su afiliación en el RPMPD, pero le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLFONDOS S.A.². La administradora no presentó oposición a las pretensiones de la demanda, pero argumentó que la actora suscribió el formulario de vinculación de manera libre voluntaria e informada, con el consentimiento informado, por lo que ese traslado se realizó bajo los lineamientos normativos vigentes para la fecha, señalando que la asesoría se realizaba de manera presencial y verbal, por lo cual el traslado se encuentra exento de vicios del consentimiento y la demandante ejerció su derecho a la libre escogencia de régimen. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con

¹ Fs. 2-25 Archivo 02 Expediente Digital

² Fs. 2-24 Archivo 09 Expediente Digital

Solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento.

SKANDIA S.A.³. La entidad se opuso a la prosperidad de la acción argumentando que la demandante no allega prueba alguna que soporte la nulidad o ineficacia alegada y, en consecuencia, es claro que la afiliación es completamente válida y no resulta posible que se entienda que su afiliación a COLPENSIONES continúe vigente. Además, que la AFP ha actuado de acuerdo con los lineamientos legales y no existe sustento jurídico ni fáctico para proceder con las pretensiones de la demanda. 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.

En escrito separado presentó llamamiento en garantía contra MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.⁴

COLPENSIONES.⁵ La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el traslado al RAIS la demandante lo efectuó ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, además no obra prueba de que exista falsedad en el formulario de afiliación o que el empleador la haya afiliado sin su consentimiento, de conformidad con el literal “B”, del art. 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que dicho traslado lo realizó bajo su consentimiento libre y voluntario, sin mostrar inconformidad por más de 24 años de la administración de sus bienes en el fondo privado. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, buena fe de la entidad demandada, prescripción trienal, prescripción de la acción.

PORVENIR S.A.⁶. La entidad se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que, a la demandante, al momento de la afiliación, se le proporcionó información relacionada con las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes (R.A.I.S. y RPM), permitiéndole de esta forma que tomara una decisión libre, informada y sin presiones. Propuso

³ Fs. 2-11 Archivo 12 Expediente Digital

⁴ Fs. 71-79 Archivo 12 Expediente Digital

⁵ Fs. 24-46 Archivo 06 Expediente Digital

⁶ Fs. 2-25 Archivo 10 Expediente Digital

como excepciones de fondo las 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.

PROTECCIÓN S.A.⁷. La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando en su defensa que el traslado cumplió con todos los requisitos legales y por ende la selección del régimen la realizó la demandante de forma libre, espontánea y sin presiones y, porque la asesoría prestada por los asesores de la administradora se realiza con total profesionalismo y ética, ya que todos 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. Es decir que los asesores o ejecutivos de cuenta sí contaban con una capacitación e instructivo sobre qué tener en cuenta para cada cliente al momento de hablar con ellos, conocer su estado actual laboral, familiar y de ingresos, haciéndole conocer sus riesgos en el evento que existieran, y así poderlo orientar con el fin de que cada uno tomara su propia decisión de afiliarse o no. Este instructivo o guía era y sigue siendo de obligatorio cumplimiento. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: validez de la afiliación de la actora al RAIS; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; ratificación de la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; prescripción; 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; compensación; buena fe de la entidad demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía PROTECCIÓN S.A. e innominada.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.⁸. La aseguradora se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía, bajo el argumento que la supuesta falta de asesoría al momento del traslado de régimen no está sustentada en el escrito de la demanda, como tampoco en las pruebas aportadas. Agregó, que el seguro previsional ampara exclusivamente los riesgos de muerte e invalidez, los cuales no son materia de pretensión dentro del proceso. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Plena validez de los contratos de afiliaciones suscritos por la demandante; el traslado en forma voluntaria de regímenes está revestido de

⁷ Fs. 2-19 Archivo 11 Expediente Digital

⁸ Fs. 55-80 Archivo 15 Expediente Digital

legalidad y eficacia; cumplimiento del deber de información al demandante; carencia de acción y de derecho sustancial de la llamante en garantía; imposibilidad de afectar la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes, limitaciones del contrato de seguro y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 085 del 5 de mayo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES y la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S. A., Sociedad PORVENIR S. A., PROTECCIÓN S. A., SKANDIA S. A., por los argumentos expuestos en esta sentencia

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de las afiliaciones realizadas por la señora RUTH AIDÉ DURAN PARDO en los FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S. A., SKANDIA S. A. y PORVENIR S. A. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada señora RUTH AIDÉ DURAN PARDO nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la administradora FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora RUTH AIDÉ DURAN PARDO en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima todo ello debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio.

CUARTO: ORDENAR a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S. A., PROTECCION S. A., y a la sociedad SKANDIA S. A., que trasladen a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales las comisiones y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima esto a cargo de su propio patrimonio de los periodos en los cuales estuvo afiliada la señora RUTH AIDÉ DURAN PARDO en dichas administradoras.

QUINTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que reciba de la sociedad administradora COLFONDOS S. A. la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora RUTH AIDÉ DURAN PARDO en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y bonos pensionales si los hay. Así como gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima todo ello debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio. Ordenando también a COLPENSIONES que afilie a la demandante sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.

SEXTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que reciba de la sociedad administradora fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S. A., PROTECCION S. A. Y SKANDIA S. A. los gastos de administración las comisiones las primas de seguros

previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima todo ello debidamente indexado y a cargo de su propio patrimonio del periodo en el cual estuvo afiliada la señora RUTH AIDÉ DURAN PARDO en dichas administradoras.

SÉPTIMO: NEGAR las peticiones de llamamiento en garantía formulada por la sociedad SKANDIA S. A. en contra de MAPFRE SEGUROS DE VIDA S. A.

OCTAVO: ORDENAR a COLFONDOS S. A. pensiones y cesantías que dé cumplimiento a lo ordenado en los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de esta sentencia dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria d esta providencia.

NOVENO: ORDENAR a la sociedad administradora fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S. A., PROTECCIÓN S. A., Y SKANDIA S. A. que den cumplimiento a lo ordenado en el numeral 4 de la parte resolutive de esta sentencia dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

DÉCIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal Laboral y de la seguridad social modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2.007.

DÉCIMO PRIMERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a la suma de \$800.000 por concepto de costas procesales a la SOCIEDAD DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A. a la suma de \$800.00 mil pesos por concepto de costas procesales a la SOCIEDAD SKANDIA S. A. a la suma de \$800.00 mil pesos por concepto de costas procesales a la sociedad COLFONDOS S. A. a la suma de \$800.000 mil pesos por concepto de costas procesales y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la suma de \$200.000 por concepto de costas procesales.”

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que de acuerdo con el artículo 48 de la C.P., el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 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 la 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 las circunstancias particulares, por ejemplo, qué consecuencias tendría el traslado de régimen pensional, que beneficios obtendría y cuáles perdería, y qué 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 las AFP del RAIS de trasladar al RPMPD todos los valores recibidos durante el tiempo de permanencia de la demandante en el RAIS.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que siempre actuó de buena fe en el traslado de régimen efectuado de forma libre y voluntaria por la demandante como quedó expresado en el formulario de afiliación cuya forma preimpresa se encuentra acorde con la ley, por lo que la entidad cumplió con las obligaciones a su cargo. Además, que para la fecha del traslado no se exigía el deber de información, ya que este nació en el año 2015. Que la condena del numeral cuarto no se ajusta a las restituciones mutuas, pues todo lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual fue trasladado a SKANDIA y tampoco es viable retornar los gastos de administración y las primas de los seguros previsionales, pues las AFP están facultadas por la Ley 100 de 1993 para cobrar estos rubros, siendo dineros causados que ya cumplieron su objetivo y por ello no pueden ser trasladados al RPMPD y mucho menos indexados, ya que con el traslado de los rendimientos se compensa la pérdida del poder adquisitivo.

SKANDIA S.A. también apeló el fallo argumentando que no fue la AFP por medio de la cual la actora se trasladó de régimen y por el contrario atendió la solicitud de vinculación de buena fe atendiendo los parámetros legales vigentes para el año 2011. Agregó, que el deber de información no debe entenderse de manera unilateral, sino en doble vía, pues la demandante también estaba en la obligación de informarse sobre sus condiciones pensionales por ser una persona con plena capacidad, ya que la elección del régimen es libre del afiliado. Que la orden de retornar gastos de administración y demás rubros de forma indexada y con cargo a los propios recursos viola el principio de confianza legítima y buena fe que debe primar en las relaciones jurídicas debido que todas esas comisiones fueron autorizadas por la ley y no se descontaron de forma caprichosa, razón por la que su traslado a COLPENSIONES corresponde a un enriquecimiento sin causa en favor de ésta, teniendo en cuenta que la AFP administró en debida forma los aportes de la actora. Además, que las primas de seguro previsional ya fenecieron y su objetivo ya se cumplió, sin que se puedan retrotraer esas coberturas.

COLPENSIONES recurrió la sentencia indicando que se debe tener en cuenta que, conforme el artículo 83 de la C.P., la buena fe se presume y la mala fe se demuestra. Asimismo, que existe una prohibición legal en cuanto a la edad para el traslado de régimen que es cuando le faltaren diez años o

menos para adquirir el estatus pensional y por ello no se le podía exigir a la entidad que no se opusiera a la reclamación administrativa y a las pretensiones de la demanda, toda vez que existen unos parámetros constitucionales y legales que debía aplicar y tanto ella como todos los juzgados tienen el deber de velar por el interés común y los recursos de un ente pública, por lo cual se debe revocar la condena en costas.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Presentándolos COLPENSIONES, COLFONDOS, MAPFRE, SKANDIA y PORVENIR, reiterando los argumentos de su defensa expresados en la contestación de la demanda. Mientras que la parte demandante reiteró los hechos y pretensiones de su demanda. 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 de alzada y lo decidido en primera instancia, se centra a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora RUTH AIDÉ DURÁN PARDO al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; **(ii)** si en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a las AFP del RAIS demandadas, la devolución de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia de la promotora de la acción en el régimen privado y; **(iii)** si la condena en costas impuesta a COLPENSIONES por el juez de primera instancia resulta viable o no.

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

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto: **i)** Que la señora RUTH AIDÉ DURÁN PARDO se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 1 de marzo de 1995, y realizó cotizaciones válidas en dicho régimen hasta el 31 de agosto de 1996 (f. 2 Archivo 07 ED); **ii)** Que presentó solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., el 27 de agosto de 1996 (f. 39 Archivo 10 ED); **iii)** Que suscribió formulario de vinculación con COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 7 de enero de 1997 (f. 20 Archivo 11 ED); **iv)** Que suscribió formulario de vinculación con la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., el 25 de noviembre de 2008 (f. 14 Archivo 29 ED); **v)** Que suscribió formulario de vinculación con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 31 de mayo de 2001 (f. 40 Archivo 10 ED); **vi)** Que suscribió formulario de vinculación con SKANDIA S.A., el 17 de marzo de 2011 (f. 55 Archivo 12 ED) y; **vii)** Que se trasladó a COLFONDOS S.A., el 28 de noviembre de 2014, siendo esa la AFP a la cual está actualmente vinculada.

De acuerdo con la situación fáctica anteriormente descrita, se tiene que la señora RUTH AIDÉ DURÁN PARDO se afilió al RPMPD, el 1 de marzo de 1995 y poco más de un año después se hizo efectiva su afiliación al RAIS.

Al tenor de lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.”*.

Por su parte, el artículo 16 del mismo compendio normativo dispone que, *“Ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones.”*. En tal sentido, habiéndose afiliado la actora al RPMPD en marzo de 1995, no podía afiliarse al RAIS en el mes de agosto de 1996, pues ya había realizado cotizaciones válidas al primer régimen que había seleccionado.

El artículo 17 del 692 de 1994, vigente para la época en que la demandante incurrió en multivinculación, señala que: *“Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que*

trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.”.

En ese sentido, la afiliación al RAIS que hizo la señora RUTH AIDÉ DURÁN PARDO no resulta válida, como quiera que no había transcurrido el término mínimo de tres años de afiliación al RPMPD, que fuera su selección inicial, para poder realizar traslados entre los regímenes pensionales, situación que pasó inadvertida el juez de instancia, a pesar de que en sus consideraciones manifestó que, en efecto, estaba probado que el actor se había afiliado al RPMPD en marzo de 1995 y que en agosto de 1996 se había trasladado al RAIS.

Así las cosas, se modificará el numeral segundo de la parte resolutive del fallo para en su lugar declarar que la afiliación válida de la demandante es la realizada al RPMPD actualmente administrado por COLPENSIONES, por haberse realizado el traslado de al RAIS antes del término previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

Ahora, no se desconoce que, de acuerdo con la norma transcrita en líneas que anteceden, en estos casos de multivinculación corresponde a la AFP cuya afiliación no resulta válida por no haberse realizado dentro de los términos de ley, trasladar la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación es válida, sin que se haga mención de conceptos adicionales como gastos de administración, prima de seguro previsional y aportes del fondo de garantía de pensión mínima. Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto que este asunto también se estudia en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, a quien no se le puede hacer más gravosa su situación.

Téngase en cuenta, que más allá de lo explicado en párrafos anteriores, lo cierto es que en el plenario no existe un solo elemento de juicio que acredite que PORVENIR S.A. cumplió con su deber de información frente a la demandante, razón por la que, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del

traslado, también resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y la orden a la AFP de RAIS de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

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, acarreado 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).

Ante el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las AFP del RAIS, no existen razones jurídicas para que no trasladen a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la accionante, incluidos los gastos de administración, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa

por parte de las entidades privadas, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir a la demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones, 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. Sin embargo, se adicionará el fallo, pues el a quo omitió señalar que, 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*.

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

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

En lo que respecta a la condena en costas que también es objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, encuentra esta Sala Mayoritaria

correcta la decisión de la *a quo*, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 365 del CGP 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 todas las demandadas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA y COLPENSIONES por no haber prosperado sus recursos 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: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 085 del 5 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **DECLARAR** que la afiliación válida al SGSSP de la señora **RUTH AIDÉ DURÁN PARDO** es la realizada al RPMPD actualmente administrado por **COLPENSIONES**, por haberse realizado el traslado al RAIS antes del término previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

SEGUNDO: ADICIONAR los numerales **TERCERO** y **CUARTO** de la Sentencia agregando que: 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.

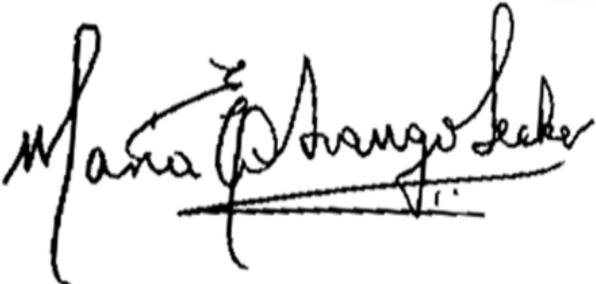
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A., SKANDIA** y **COLPENSIONES**. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV a cargo de cada una de las dos primeras y

\$200.000 a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
(Salvamento de voto parcial en cuanto a las costas a cargo de
COLPENSIONES de primera y segunda 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 a COLPENSIONES, que en mi criterio no debe hacerse en ninguna de las instancias, por las razones que a continuación expondré.

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 a el (la) demandante para ser pensionado(a) en ese régimen con el traslado de todo lo que se encuentre en el fondo privado, saldos obrantes en su cuenta individual 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 (a) a el (los) fondo (s) privado (s). 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 que una condena.

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 a la parte hoy demandante, no podía retenerlo (a) en su fondo, ni tuvo injerencia para lograr su permanencia 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

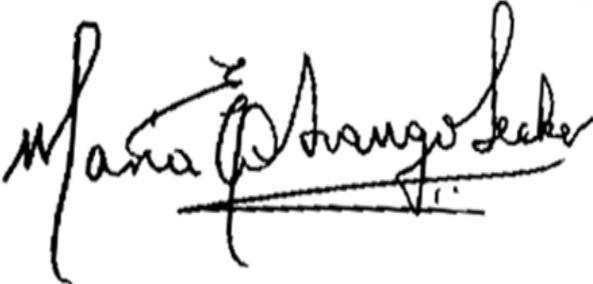
de los fondos privados, que como muchas otras, nacieron, sin un estudio económico y financiero sólido ni responsable.

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