

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: LUZ AMPARO NOVOA RAMOS
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTRO
RADICACIÓN: 76001-31-05-016-2022-00226-01
ASUNTO: Apelación y Consulta sentencia de marzo 29 de 2023
ORIGEN: Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Ineficacia de traslado de régimen pensional
DECISIÓN: Adiciona y confirma.

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, quince (15) de diciembre 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 COLPENSIONES frente a la Sentencia No. 029 del 29 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **LUZ AMPARO NOVOA RAMOS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-016-2022-00226-01**.

SENTENCIA No. 301

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende se declare la nulidad del traslado o de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, con los efectos legales correspondientes, entre ellos el traslado de los aportes, rendimientos y todos los soportes financieros a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, que igualmente se declare que tiene derecho a estar

¹ Fs. 1-11 Archivo 01 Expediente Digital

válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES; consecuentemente se ordene a COLPENSIONES, que debe recibir nuevamente su traslado con todos los aportes y rendimientos financieros efectuados por la Administradora de Fondos de Pensiones, que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas o agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el día 02 de mayo de 1966; que empezó a cotizar al Sistema de Pensiones, desde el 02 de febrero de 1990; que el 09 de abril de 1994 suscribió solicitud de vinculación al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., debido a una indebida asesoría por parte del asesor comercial de la AFP, alcanzó a cotizar un aproximado de 164,8 semanas de cotización al RPMPD, que es consciente de que firmó los formularios de afiliación al RAIS, pero que esto lo hizo porque los asesores comerciales de la AFP no le explicaron de manera clara y detallada las ventajas y desventajas de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues se dedicaron solamente a venderle sueños de un mejor futuro para su vejez, con lo cual le indujeron al error, pues no le mostraron cálculos o simulaciones de las pensiones que podía alcanzar en los diferentes regímenes pensionales, y así poder comparar y decidir sin lugar a equívocos en cuál de ellos le resultaba más favorable y conveniente estar afiliada; que no es beneficiaria del régimen de transición pensional previsto en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, para así cumplir con los requisitos que le permitan solicitar su traslado en cualquier tiempo al RPMPD administrado por COLPENSIONES; que por su actual edad sólo podrá cumplir los presupuestos pensionales del actual régimen general de pensiones previsto en la Ley 797 de 2003; que las mencionadas afiliaciones se hicieron con letra menuda; que el 14 de marzo de 2022 a través de correo electrónico dirigido a PORVENIR S.A solicitó información sobre la cuantía de pensión que podría recibir teniendo en cuenta su capital ahorrado, el bono pensional y las edades en que se ofrecían dichos montos pensionales, obteniendo como respuesta que el valor que recibiría sería equivalente a \$1.019.700 a la edad de 57 años si siguiera cotizando, indicándole además que no podía regresarse al RPMPD, por encontrarse válidamente afiliada a PORVENIR S.A. y por faltarle menos de 10 años para adquirir los requisitos pensionales; que solicitó a COLPENSIONES, declarara la nulidad de la afiliación o traslado al RAIS, contestando dicha entidad que no es posible aceptar dicho traslado por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES.² La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el traslado de la demandante a la fecha goza de plena validez y además de ello, éste es una potestad única y exclusiva de la afiliada, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, razón por la cual la administradora no está en la obligación de realizar el traslado del RAIS al RPM. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, innominada, buena fe y prescripción,

PORVENIR S.A.³ La administradora se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que se atiene al formulario de afiliación N° 007469 suscrito por la parte demandante con dicha AFP el 09 de abril de 1994, en el cual se evidencia su libre escogencia al Régimen de ahorro individual, después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo de conformidad con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993 en los artículos 60 y siguientes, por lo cual la decisión de suscribir el formulario de afiliación, fue libre, voluntaria e informada tal como se observa en la declaración escrita a que se refiere el literal e) del artículo 114 de la ley 100 de 1993, documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 029 del 29 de marzo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por los fondos COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del demandante, LUZ AMPARO NOVOA RAMOS con PORVENIR S.A.

² Fs. 2-15 Archivo 02 (Archivo 11) Expediente Digital

³ Fs. 2-9 Archivo 10 Expediente Digital

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES aceptar el regreso de LUZ AMPARO NOVOA RAMOS al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A una vez ejecutoriada esta providencia realizar el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de LUZ AMPARO NOVOA RAMOS a COLPENSIONES.

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Tásese en agencias en derecho, un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada una de estas entidades.”

La a quo, luego de delimitar como problema jurídico si era procedente declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS y citar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que existe alrededor de este tema desde el año 2008, esto es, el deber de las Administradoras de los Fondos de Pensiones en entregar información necesaria desde el proceso de afiliación hasta la obtención de la pensión veraz para que el afiliado pueda establecer con certeza la conveniencia o no del cambio de régimen pensional, concluyó que en el caso concreto se pone de presente que la AFP demandada no cumplió la carga dinámica de la prueba de acreditar la forma en que fue ilustrada la demandante sobre la conveniencia o no de dicho traslado, pues la prueba de formulario de afiliación no demuestra que se hubiese informado en forma detallada los beneficios y limitaciones que ofrecía el Régimen de Ahorro Individual Solidario frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, considerando así procedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, fundamentando su inconformidad en que la a quo, al momento de declarar la ineficacia de traslado omitió condenar a la demandada a reintegrar a Colpensiones, además de los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro, la devolución total de la cotización discriminado cada uno de los emolumentos, lo concerniente a todas las cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, los rendimientos financieros, bonos pensionales, porcentajes destinados a seguros provisionales y los gastos de administración, tal como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. PORVENIR S.A., COLPENSIONES y la demandante reiteraron sus anteriores argumentos.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora LUZ AMPARO NOVOA al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; **(ii)** sí en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a la AFP del RAIS demandada, además de los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro, la devolución total de la cotización discriminando cada uno de los emolumentos, lo concerniente a todas las cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, los rendimientos financieros, bonos pensionales, porcentajes destinados a seguros provisionales y los gastos de administración.

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 que: **i)** La señora LUZ AMPARO NOVOA RAMOS se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 02 de febrero de 1990 (Archivo 10 Historia laboral ED); **ii)** Que suscribió formulario de vinculación con PORVENIR S.A., el 9 de abril de 1994 (f. 71 Archivo 11 ED); **iii)** Su afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1 de mayo de 1994 (f. 73-73 Archivo 11 ED).

Previo a resolver el primer 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 PORVENIR 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 adocinado 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 demandante suscribió el formulario de vinculación con PORVENIR S.A., no por ello ha de deducirse 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 al potencial afiliado todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que éste último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a PORVENIR S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregona la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL1055-2022, desde el orden jurídico sí se contemplaba un deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema, el legislador previó en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a 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.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de la señora LUZ AMPARO NOVOA RAMOS, pues 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 de dicho acto, sin embargo, se ADICIONARÁ el numeral segundo de la misma en el sentido de agregar 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.

Tal como lo hace saber COLPENSIONES en su recurso de apelación, la juez de primera instancia omitió referirse a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos financieros, bonos pensionales, porcentajes destinados de seguros provisionales de invalidez y sobrevivientes, y los gastos de administración, conceptos que también han de ser devueltos por PORVENIR S.A, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, cuando dijo:

“(...) 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 del 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.

Criterio jurisprudencial, ya pacífico y reiterado, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022, en esta última providencia la Corte itera que en casos en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, trayendo como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones.

Conforme lo expuesto en precedencia, se concluye que la orden establecida en el numeral CUARTO de la sentencia de 29 de marzo de 2023 se debe ADICIONAR, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor

de COLPENSIONES y los reparos de esa misma entidad en su recurso de apelación, el cual quedará así: “CONDENAR a PORVENIR S.A, a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual de LUZ AMPARO NOVOA RAMOS, incluidos los rendimientos financieros; así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el tiempo en que la demandante, estuvo afiliada al RAIS a través de esa AFP (SL3871-2021) ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022. En los anteriores aspectos, se modificará la decisión de primera instancia.

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 ante*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES al exponer en la contestación de la demanda que, por faltarle a la 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.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que,

«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] *más que un principio, es una regla*

constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Ergo, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta 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. Sin costas en esta instancia al prosperar el recurso.

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia No. 029 del 29 de marzo 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 **CUARTO**, en el sentido de **CONDENAR a PORVENIR S.A**, a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual de **LUZ AMPARO NOVOA RAMOS**, incluidos los rendimientos financieros; así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el tiempo en que la demandante, estuvo afiliada a esa AFP. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia dada la prosperidad de la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma electrónica

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Ponente

Salvo voto frente a las costas a COLPENSIONES en primera instancia.



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
RAD. 76001-31-05-016-2022-00226-01 -01

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).

Es menester recordar que, conforme a la pacífica jurisprudencia sobre los efectos prácticos que siguen a la declaración de ineficacia del traslado, es la vuelta al *status quo ante* de la migración de régimen pensional, con efectos *ex tunc*, esto es, desde siempre, como si el acto jamás hubiese existido (CSJ SL SL5292-2021, SL2693-2022.)

En este orden de ideas, 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.**

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*.

Firma electrónica
MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Ponente

Firmado Por:
Maria Isabel Arango Secker
Magistrada
Sala 013 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **12fc2432a01650732bd86ea41a69f3000fb422d43ac5a9838fbb18abf3ed2441**

Documento generado en 12/12/2023 09:04:12 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>