

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: JUDITH STELLA MARTÍNEZ CABANZO
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 76001-31-05-010-2020-00213-01
ASUNTO: Apelación y Consulta sentencia de mayo 10 de 2023
ORIGEN: Juzgado Décimo 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, treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), 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 lo que no fue objeto de apelación frente a la Sentencia No. 075 del 10 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **JUDITH STELLA MARTÍNEZ CABANZO** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-010-2020-00213-01**.

SENTENCIA No. 006

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende que se declare que PROTECCIÓN S.A. la asesoró errada y equivocadamente, sin un análisis juicioso, con condiciones que no fueron precisas, poniendo en riesgo la probabilidad de obtener una pensión justa al trasladarla del RPMPD al RAIS; como consecuencia de ello, se declare la nulidad del traslado y afiliación a dicha AFP y se le ordene trasladarla a COLPENSIONES junto con sus aportes,

¹ Fs. 3-15 Archivo 01 Expediente Digital

rendimientos y semanas cotizadas; se ordene a COLPENSIONES aceptar su traslado al RPMPD, y se condene en costas procesales a las demandadas.

En respaldo de sus pedimentos, narró que, nació el 17 de octubre de 1963; estuvo afiliada al ISS hasta el año 2000; el 14 de febrero de 2000 se trasladó al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., pero sin que se le hubiese proporcionado una información certera, oportuna y veraz, no se le dieron a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes de cada uno de los regímenes pensionales; que en julio de 2020 presentó solicitud para trasladarse nuevamente al RPMPD, pero recibió respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES.² La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que no logra si quiera inferir la nulidad de la afiliación, ni el error o vicio alguno del consentimiento, precisando que no es procedente realizar un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo, debiendo atenerse la demandante a lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y en el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003. Además, que la demandante eligió trasladarse al RAIS de forma libre, espontánea y sin presiones, por lo que no es viable legalmente, ni procedente que retorne con sus aportes a al RPMPD, debido a que su afiliación al RAIS está debidamente fundamentada. Propuso las excepciones de fondo que denominó: El traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto está revestido de legalidad y eficacia, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, compensación, imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad y ponderación, violación al principio constitucional de "sostenibilidad del sistema", validez de la afiliación al R.A.I.S., no declaratoria de nulidad.

PROTECCIÓN S.A.³ La AFP presentó oposición a todas las pretensiones del libelo y, como argumentos de defensa, sostuvo que la demandante

² Fs. 3-14 Archivo 09 Expediente Digital

³ Fs. 2-25 Archivo 10 Expediente Digital

suscribió solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PROTECCION S.A. como traslado de régimen, y lo hizo mediante decisión que adoptó voluntariamente, en forma libre, espontánea y sin presiones. Además, que la administradora, previo a realizar cualquier tipo de afiliación a los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría acompañada de profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben sus ejecutivos comerciales, las cuales están orientadas a un estudio profundo del Sistema General de Pensiones y al marco legal que regula el mismo, buscando siempre la satisfacción de sus afiliados, generando tranquilidad y confianza en su afiliación. Adicionalmente, la demandante no hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación al Fondo de Pensiones administrado inicialmente por ING, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, como tampoco manifestó su deseo de regresar al ISS, con fundamento en el artículo 1 del decreto 3800 de 2003. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción de la acción de nulidad; prescripción; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; validez del traslado de la actora al RAIS; compensación y pago; buena fe de la entidad demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.; innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 075 del 10 de mayo de 2023, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probados los exceptivos invocados por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia y por lo tanto sin validez alguna la afiliación y/o traslado de la demandante JUDITH STELLA MARTINEZ CABANZO al RAIS administrado por PROTECCIÓN S. A.

TERCERO: DECLARAR como única afiliación válida la que traía la demandante con el RPMD hoy administrado por la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones.

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S. A. a trasladar a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones destinadas en la cuenta individual, bonos pensionales en caso de haberlos recibido, sumas adicionales destinadas a la aseguradora para pensión de invalidez y sobrevivencia, valores por concepto o destinados al fondo de garantía de pensión mínima, así mismo, los gastos de administración recibidos o descontados de los aportes de la trabajadora y sus empleadores,

junto con todos sus rendimientos, frutos e intereses y beneficios como lo dispone el artículo 1746 del C.C., trasladarlos a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los recursos que se ha ordena trasladar por parte del fondo privado PROTECCIÓN S. A., imputarlos en las cuentas del fondo común de Prima Media con Prestación Definida y ACTIVAR sin solución de continuidad alguna ni trabas administrativas, la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas, las que deberán liquidarse por Secretaría, debiéndose incluir por concepto de agencias en derecho la suma de \$2'500.000 a cargo de PROTECCIÓN S. A. y la suma de \$500.000 a cargo de COLPENSIONES en razón a su oposición expresa a las pretensiones de la demanda.”

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que la jurisprudencia laboral ha sido reiterada en cuanto el deber de información que tienen las AFP previo a que se realice un traslado de régimen pensional, obligación que existe desde el momento en que se creó el SGSSP y; además, que es carga probatoria de las administradoras demostrar que cumplieron con dicha obligación, lo cual no hizo la AFP del RAIS en este asunto, ya que del material probatorio obrante en el proceso no se pudo verificar que hubiese cumplido con el deber de información en relación con las circunstancias particulares de la actora, razón por la que era procedente la declaratoria de la ineficacia de ese acto, junto con las consecuencias propias que ello acarrea para la AFP privada de trasladar al RPMPD todos los valores recibidos como consecuencia de la afiliación de la demandante en el RAIS.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la selección del régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado, lo cual implica la aceptación de las condiciones de cada uno para acceder a las prestaciones, por lo que la voluntad expresada en el formulario de afiliación y la permanencia de la actora por más de veintitrés años en el RAIS confirma que su traslado cumplió con los requisitos legales conforme los postulados de la sana crítica, pues no se configuran ninguno de los vicios del consentimiento del Código Civil y existen actos de relacionamiento que denotan el compromiso serio de permanecer en el régimen, ya que hay correspondencia entre la voluntad y la acción. Agregó, que declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y que la demandante regrese al RPMPD, es permitir que este obtenga beneficios que no le corresponden y en los cuales no ha participado, pues no contribuyó a la rentabilidad de la administradora. Por último, solicita que la condena en costas sea revocada,

ya que la entidad ha obrado de manera diligente con la actora y la única entidad que suministrar la información clara sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen es la AFP codemandada.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Los sujetos procesales guardaron silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

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

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora JUDITH STELLA MARTÍNEZ CABANZO al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., con las consecuencias económicas que de dicha declaratoria se derivan y; **(ii)** 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 JUDITH STELLA MARTÍNEZ CABANZO se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 5 de septiembre de 1983, y realizó cotizaciones en dicho régimen hasta el 31 de marzo de 2000 (fs. 369-372 Archivo 09 ED); **ii)** Que el 14 de febrero de 2000 suscribió formulario de afiliación con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. (f. 67 Archivo 10 ED) y; **iii)** Que el trasladó al RAIS se hizo efectivo, el 1° de abril de 2000 (f. 33 Archivo 10 ED).

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en una más reciente SL 1055 de 2 de marzo de 2022, esta última con ponencia del Honorable Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las AFP el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, *“.. el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha*

denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.” Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no”*.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PROTECCIÓN S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS, ante la existencia de *“afirmaciones o negaciones indefinidas”*, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información al afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ *“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS,*

en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

En este caso, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., no por ello puede deducirse 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 a la potencial afiliada 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 la demandante al RAIS, no existía la obligación para las AFP 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 podían 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 hicieron, pues no aportaron elementos de prueba, más allá de formulario de afiliación, para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de la señora JUDITH STELLA MARTÍNEZ CABANZO, 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 del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden a PROTECCIÓN S.A. de remitir a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, incluyendo los rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

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

Sin embargo, habrá de adicionarse la sentencia en el entendido que el a quo omitió señalar que, al momento de cumplirse esa orden por las AFP del RAIS, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencias CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022.

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

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS,

pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES en lo expuesto en la contestación de la demanda relativo a que por faltarle a la demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

Asimismo, se tiene que, que como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinara Laboral, la orden de recibir nuevamente a la promotora de la acción no afecta patrimonialmente, ni le causa desequilibrio financiero al RPMPD ni a la AFP de dicho régimen, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la afiliada 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 la 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 COLPENSIONES por no haber prosperado el recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$100.000.

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 **CUARTO** de la Sentencia No. 075 del 10 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **DECLARAR** que al momento de cumplirse la orden impartida a **PROTECCIÓN S.A.**, 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.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$100.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma electrónica

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Ponente

Salvamento de voto parcial frente a las costas a cargo de COLPENSIONES.



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL FRENTE A LA IMPOSICIÓN DE COSTAS A CARGO DE COLPENSIONES EN LOS CASOS DE INEFICACIA DE TRASLADO.

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.)

Siguiendo este hilo conductor, 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 de 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 precedencia.

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: **470eee0ea2f87ca4d84456c5a8474efba8aca824a3d560795912e0ab8fb2de8a**

Documento generado en 25/01/2024 10:55:25 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>