

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: ANA CECILIA DUQUE GARCÉS
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTRO
RADICACIÓN: 76001-31-05-016-2022-00309-01
ASUNTO: Apelación y consulta sentencia # 068 de agosto 16 de 2023
ORIGEN: Juzgado Veintiuno 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, 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 favor de dicha administradora de pensiones en lo que no fue objeto de apelación frente a la Sentencia # 068 del 16 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **ANA CECILIA DUQUE GARCÉS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y la con radicado No. **76001-31-05-016-2022-00309-01**.

SENTENCIA No. 015

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende se declare la nulidad de la afiliación, efectuada el 05 de diciembre de 1995 del Régimen de Prima Media Con Prestación Definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., consecuentemente se entienda sin solución de continuidad su afiliación al Sistema General de

¹ Archivo 03 Expediente Digital

Pensiones realizado a COLPENSIONES para el cubrimiento de los riesgos de I.V.M, por todo el tiempo de su permanencia a éste; se condene a Protección S.A. al traslado inmediato a COLPENSIONES del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros durante todo el tiempo que ha estado cotizando a Protección S.A; se condene a COLPENSIONES a que de manera inmediata acepte el reingreso y/o traslado al RPMPD sin solución de continuidad, recibiendo los aportes que deberá trasladarle Protección S.A, lo extra y ultra petita, las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 01 de mayo de 1964, contando para la fecha con 58 años de edad, inició sus cotizaciones al ISS para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte a partir de 19 de febrero de 1986, que el 05 de diciembre de 1995 suscribió el formulario de traslado y/o afiliación a Protección S.A, proveniente del I.S.S., en atención a la oferta presentada por dicho fondo y la asesoría brindada se limitó a ofrecer las bondades del Régimen de Ahorro Individual, sin que se le realizara un estudio previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le traería trasladarse de régimen para ella y su núcleo familiar, como tampoco se le informó sobre las características de los regímenes pensionales, ni la forma como se accede a las prestaciones económicas de cada uno de ellos y sus principales diferencias; que con el ánimo de pensionarse, solicitó a una firma especializada en cálculos actuariales un estudio pensional, para determinar cuál sería la mesada pensional que obtendría en uno u otro régimen, llevándose la sorpresa que en el RPMPD, su mesada pensional ascendería a la suma \$1.936.088, aplicando descuento en salud sería un valor neto de \$1.742.479, teniendo como base un IBL de \$2.761.129 y 1526.32 semanas de cotización, mientras que en el Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A., accedería a una mesada pensional equivalente a \$1.588.424, que elevó ante el ISS ahora COLPENSIONES, solicitud de traslado de régimen, recibiendo como respuesta que no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo 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

² Fs. 2-10 Archivo 11 Expediente Digital

goza de plena validez y, 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,

PROTECCIÓN S.A.³. La administradora se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante suscribió solicitud de vinculación a ese fondo, decisión que adoptó voluntariamente, en forma libre, espontánea y sin presiones, cumpliéndose todos los requisitos señalados en las premisas legales respecto de la selección de los regímenes que integran el Sistema General de Pensiones. Agrega que, la demandante no hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación de conformidad con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 y, por lo tanto, está válidamente afiliada al RAIS. Resalta que, Protección S.A. previo a realizar cualquier tipo de afiliación a los fondos que administra, ofrece siempre una asesoría con profesionalismo y transparencia, dadas las constantes capacitaciones que reciben sus ejecutivos comerciales, 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. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, validez del traslado de la actora al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración, compensación y pago, buena e innominada.

Mediante auto interlocutorio No. 123 de 16 de febrero de 2023, el proceso fue remitido al Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Cali de conformidad con lo señalado en el Acuerdo PCSJA22-12028 del 19 de diciembre del año 2022 y en el Acuerdo N° CSJVAA23-7 del 26 de enero del año.⁴

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

³ Fs. 1-21 Archivo 10 Expediente Digital

⁴ Archivo 12 Expediente Digital

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 068 del 16 de agosto de 2023, resolvió:

“1. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

2. DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de la señora ANA CECILIA DUQUE GARCÉS, el cual se hizo efectivo a partir del 01 de enero de 1996, retornando en consecuencia al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

3. CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora ANA CECILIA DUQUE GARCÉS, identificada con C.C. No. 31.471.616, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales -si los hubiere constituidos-, el porcentaje de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., este último rubro correspondiente a todo el tiempo que permaneció afiliada la actora al RAIS.

4. ORDENAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la señora ANA CECILIA DUQUE GARCÉS, identificada con C.C. No. 31.471.616, debiendo recibir la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, el porcentaje de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración.

5. CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por haber sido vencidas en juicio, fijando la suma de un (01) S.M.L.M.V., como agencias en derecho a cargo de cada una de las entidades.

6. REMÍTASE en consulta al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala Laboral, de acuerdo a lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”

La a quo, luego de citar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el deber de las Administradoras de los Fondos de Pensiones de entregar la 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 no cumplió la carga 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 que la solicitud de nulidad no es procedente, teniendo en cuenta que con las documentales aportadas en la demanda, la demandante no logra acreditar la nulidad de la afiliación por error y vicio del consentimiento, siendo improcedente realizar un traslado de régimen en cualquier tiempo. Luego de hacer referencia al Decreto 2241 de 2010, sustenta que la selección en el tiempo se traduce como una decisión de permanencia en el régimen seleccionado y que la única forma de desvirtuar esta presunción es que se demuestre que hubiere existido una fuerza que vicio el consentimiento, la que no se acredita en el presente proceso.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La demandante y COLPENSIONES reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y contestación de la misma.

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 ANA CECILIA DUQUE GARCÉS al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. y las consecuencias que de ello se deriven.

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

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto que: **i)** La señora ANA CECILIA DUQUE GARCÉS se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 19 de febrero de 1986 (f 67 Archivo 4 ED); **ii)** Que suscribió formulario de vinculación con PROTECCIÓN S.A, el 05 de diciembre de 1995 (f. 66 Archivo 4 ED); **iii)** Su afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1 de enero de 1996 (f. 55-64 archivo 02 del 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, por lo que desde ya se despacha desfavorablemente los argumentos de la alzada en este sentido.

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación

hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, *“... el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”* Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

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

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

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha 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 PROTECCIÓN 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 a la potencial afiliada todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que ésta última pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a PROTECCIÓN S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregonaba 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 ANA CECILIA DUQUE GARCÉS, 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.

De otro lado, se adicionará el numeral tercero de la sentencia en el entendido que PROTECCIÓN S.A. deberá transferir todos los conceptos debidamente indexados, por el tiempo que la demandante estuvo afiliada al RAIS (SL3871-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022).

Ahora, en relación con el fenómeno extintivo de la prescripción, huelga recordar que la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838 y SL4360-2019 de octubre 9/2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en

esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico. Amén de lo expuesto, el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, pues vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo 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 2° de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la 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 de la 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 y CONFIRMADA en todo lo demás. Costas en esta instancia a COLPENSIONES por no haber prosperado el recurso, para lo cual se tasa 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 **SEGUNDO** de la sentencia # 068 del 16 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Cali, agregando que: En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual

con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO**, en el sentido de **CONDENAR a PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** que todos los conceptos a devolver deberán aparecer indexados por el tiempo que la demandante estuvo afiliada al RAIS y discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a **COLPENSIONES**, en la suma de \$100.000

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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. 76001-31-05-016-2022-00309-01 -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 dudarle 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: 42c1962fd7b0b498121437be1f10a3aafd186fa62f610e8528c5daa58affa4e0

Documento generado en 29/01/2024 01:40:35 PM

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