



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	760013105010 20210048501
DEMANDANTE	ESTELA MARILENIS ORTÍZ CORTÉS
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
ASUNTO	Apelación Sentencia
TEMA	Ineficacia del traslado
DECISIÓN	Confirma

En Cali, a los catorce (14) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 resuelve los recursos de apelación que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - y PORVENIR S.A.**, instauraron contra el fallo que el Juez Décimo Laboral del Circuito de Cali profirió el 17 de abril de 2023, en el trámite del proceso ordinario laboral que **ESTELA MARILENIS ORTIZ CORTES** promovió contra las recurrentes y asimismo, el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en los puntos no apelados.

I. ANTECEDENTES

Estela Marilenis Ortiz Cortes solicitó que se declare la «ineficacia» de su traslado del régimen de prima media con prestación definida –RPM – al de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Porvenir S.A.; en consecuencia, solicitó se condene a Porvenir S.A a devolver los aportes pensionales con sus rendimientos financieros y demás acreencias a Colpensiones y, a este última, aceptar el traslado y recibir los aportes. Finalmente, requirió se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 30 de enero de 1961, que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el 1.º de septiembre de 1983 hasta **septiembre de 1996**, última fecha en que suscribió formulario de afiliación ante Porvenir S.A.

Señaló que, al momento del traslado, Porvenir S.A. no le brindó información sobre las condiciones de la misma y las consecuencias negativas, tampoco realizó una proyección pensional y nunca informó sobre el derecho de retracto.

Refirió que, Porvenir S.A le informó que su mesada pensional sería inferior a la que podría recibir en Colpensiones y que solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado, no obstante, fue negada, por encontrarse dentro de la prohibición legal (expediente digital, archivo 03, pdf. 1 a 19).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Respecto a los hechos, admitió como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, su traslado

al RAIS, la petición incoada a la entidad y la respuesta negativa suministrada. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó *«la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación; indebida aplicación de las normas en materia de asesoría de traslado pensional; la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso; errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil; el retorno en cualquier tiempo al rpm, faltando menos de 10 años para la edad de pensión debe realizarse atendiendo: (i) las expectativas pensionales del afiliado y (ii) la sostenibilidad financiera; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - art. 48 de la constitución política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005; procedencia de la figura de prescripción extintiva de la acción laboral y no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada o adquirió el estatus en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades»* (expediente digital, archivo 10, pdf. 2 a 15).

Porvenir S.A., se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aclaró que el traslado de régimen fue producto de una decisión libre e informada, pues le brindó información sobre el funcionamiento del régimen pensional, las ventajas y desventajas del mismo y el derecho de retracto.

No obstante, adujo que a la fecha del traslado no tenía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca del futuro pensional y que todas las características y condiciones de afiliación está establecidas en la ley. Frente a los demás hechos, manifestó que no eran cierto o no le constaban.

Formuló como excepciones de mérito las de *«prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica»* (expediente digital, archivo 11, pdf. 1 a 22).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido dicho trámite, el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia de primer grado el 8 de marzo de 2023, en la que decidió (expediente digital, archivo):

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

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia y, por lo tanto, sin validez alguna, el traslado de la demandante ESTELA MARILENIS ORTÍZ CORTÉS al RAIS hoy administrado por PORVENIR S.A.

TERCERO: DECLARAR como única afiliación válida de la parte demandante con el RPMD hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR SA a trasladar a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo del tiempo que estuvo aportando la demandante, como cotizaciones a la cuenta individual, bonos pensionales en caso de haberlos recibido, sumas adicionales de la aseguradora para pensión de invalidez y sobrevivencia, los valores destinados al fondo de pensión mínima, igualmente todos los valores destinados a gastos de administración junto con todos sus beneficios, rendimientos y frutos que hubiere recibido, en los términos que dispone el artículo 1746 del C.C.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas las que deberán liquidarse por Secretaría, debiéndose incluir por concepto de agencias en derecho en favor de la parte demandante y a cargo de PORVENIR SA la suma de \$1'500.000 y a cargo de COLPENSIONES la suma de \$500.000, en razón a su posición expresa a las pretensiones de la demanda.

Para respaldar tal decisión, comenzó por señalar que el problema jurídico consistía en determinar el tipo información brindada a la demandante al momento del traslado y los términos en que fue suministrada.

Para tal efecto, indicó que, conforme a las disposiciones del sistema de seguridad social e incluso del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los fondos de pensiones desde su creación, tienen la obligación de suministrar información completa, amplia, suficiente, oportuna, cierta, objetiva, transparente y sobre todo imparcial a los afiliados del sistema, sobre los regímenes pensionales, a fin de que la decisión de traslado sea consciente e informada y la omisión de tal obligación genera que el acto jurídico carezca de validez.

Igualmente indicó que la carga de la prueba se invierte a favor del afiliado, debido a que es el fondo privado el llamado a demostrar que suministró la información en los términos previstos por la jurisprudencia y reiteró que, la simple firma expuesta en el formulario de afiliación con textos preimpresos y preelaborados no es suficiente para dar por demostrado el deber de información antedicho.

En el caso concreto, sostuvo que la demandante estaba inicialmente afiliada a CAJANAL y suscribió formulario de afiliación con Horizonte S.A, hoy Porvenir S.A.; sin embargo, la AFP no aportó prueba de haber cumplido con el deber de información en los términos dispuestos por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, atendiendo que los sistemas pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993, son administrados hoy por el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con la Corte Suprema de Justicia la consecuencia del traslado desinformado es la declaratoria de ineficacia, que implica que las cosas vuelvan a su estado inicial y, por lo tanto, la AFP debe devolver los recursos recibidos con motivo de la afiliación del trabajador tales como, cotizaciones, recursos destinados al fondo de garantía de pensión mínima, los destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

Sostuvo que, debido a la oposición expresa de las demandadas a las pretensiones de la demanda, se condenara en costas a las mismas y en relación con la estabilidad financiera del sistema pensional, recordó que, no se ve afectada debido a que se ordenó la devolución de todos los valores que la AFP recibió con motivo de la afiliación de la trabajadora.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que conforme a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la afiliación es un estado jurídico y en estos casos no opera el fenómeno de prescripción, aunado a que asociado al derecho pensional este se torna imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones**, solicita la revocatoria parcial de la sentencia. Para sustentar su reparo, manifestó que la demandante tomó la elección de vincularse al RAIS de forma libre y voluntaria y sostuvo que no se probó vicio en el consentimiento en el acto de traslado.

A su vez, hizo alusión a que la demandante durante su vinculación no manifestó ninguna inconformidad y, por el contrario, realizó actos que denotaron ánimo de permanencia.

Finalmente señaló que, la declaración de la ineficacia genera como consecuencia la descapitalización del sistema y que la condena en costas en su contra no procede porque obró de buena fe conforme a las disposiciones legales.

La AFP **Porvenir S.A.** también impugnó parcialmente la determinación de primer grado en contra del numeral cuarto de la sentencia de instancia en el sentido de revocar la condena respecto de trasladar los gastos de administración, los recursos

destinados al pago de seguros previsionales y al fondo de garantía de pensión mínima, por cuanto estas deducciones fueron autorizadas por la ley y además estos recursos fueron enviados a terceros y no están en poder de la AFP.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto de 11 de julio de 2023, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión. Dentro del término de traslado Porvenir S.A. presentó alegatos de conclusión.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala de decisión procede a resolver los recursos de apelación presentados por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en los aspectos no apelados.

Para tal efecto, sea lo primero señalar que en este asunto no fue objeto de reparo las conclusiones del *a quo* respecto a que: (i) la demandante nació el 30 de enero de 1961, que estuvo inicialmente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y que (ii) suscribió formulario de afiliación ante la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. el 25 de septiembre de 1996, el cual se hizo efectivo el 1.º de noviembre de 1996 (expediente digital, archivo 08, pdf. 63).

En ese contexto, corresponde a esta Sala de decisión determinar: (i) si el *a quo* acertó al considerar que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de la actora debe declararse

ineficaz por faltar al deber de información y, (ii) en caso afirmativo, cuáles son los efectos de dicha declaratoria.

Para el efecto, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, (ii) la obligación de dichas administradoras de probar en el proceso el cumplimiento de tal deber, (iii) la insuficiencia del formulario para acreditar el cumplimiento de dicha obligación, (iv) afiliación a la caja de previsión social CAJANAL y, finalmente, (v) el caso concreto.

i. Deber de información

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia, ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

De este modo, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la

incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Ahora, es oportuno precisar que dicho deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y, con ello, las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones; de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se hizo tránsito al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

ii. Carga de la prueba

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en providencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, toda vez que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que son tales entidades las que están obligadas a observar la obligación de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

iii. Consentimiento informado e insuficiencia del formulario para acreditarlo

Conforme al reiterado criterio de la Corte Suprema de Justicia, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*en forma libre espontánea y sin presiones*», u otro tipo de leyendas similares, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, SL1421-2019, 2877-2020).

Así, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario, como mínimo, 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, circunstancias que no pueden ser verificables únicamente del formulario de afiliación.

Por tanto, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado entendido como aquel procedimiento que, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, garantiza la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. (CSJ SL19447-2017).

iv. Afiliación a la Caja de Previsión Social

Ahora bien, con respecto a los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social –CAJANAL, hoy extinta, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que a partir de la Ley 100 de 1993 dicha entidad no estaba autorizada para recibir nuevos afiliados y, en ese orden, en virtud de la misma ley, es el ISS, hoy Colpensiones la única entidad habilitada para administrar el RPM y admitir nuevos afiliados. En la

sentencia CSJ SL 2369-2022 que reiteró la SL4175-2021, dijo la Corporación:

Al respecto, es oportuno aclarar que, si bien con la expedición de la Ley 100 de 1993 quedaron algunas entidades autorizadas para administrar el régimen de prima media con prestación definida como CAJANAL, una vez liquidadas, no es pertinente que la entidad que la sustituyó en el pago de las pensiones (UGPP) quede obligada a recibir afiliados cuando su objeto está más orientado al pago de las obligaciones pensionales de las entidades liquidadas, contrario a Colpensiones quien funge como la entidad principal del sistema que tiene a su cargo la administración del régimen de prima media.

v. Efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado

La Corte Suprema de Justicia ha indicado que en los casos en que la administradora de fondos de pensiones incumple la obligación de información antedicha, ello acarrea necesariamente la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual supone que dicho acto jurídico nunca ocurrió. Al respecto, en sentencia CSJ SL5292-2021 se indicó:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones -- debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Lo anterior implica que los efectos prácticos del traslado abarcan la devolución del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, así como los rendimientos, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, rubros destinados al fondo de garantía de pensión mínima, cuentas de rezago si las hubiere, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ser indexados con cargo al patrimonio de la AFP (CSJ SL1467-2021). Del mismo modo, la conservación de todos los

derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen.

Lo anterior, implica la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas.

Si esto es claro, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento - error, fuerza o dolo-, pues, el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019).

vi. Caso Concreto

Sea lo primero precisar que, tal como se desprende de los medios de convicción aportados al proceso, la actora suscribió formulario de afiliación para trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. el **25 de septiembre del 1996**, esto es, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa y la administradora debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

En ese contexto, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales; no obstante, no acreditó tal obligación, dado que se limitó a aportar el formulario de afiliación de la actora, el cual,

como se señaló en anteriores apartes, acredita a lo sumo un consentimiento, pero no necesariamente informado.

De este modo, como se dijo anteriormente, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de información es la ineficacia del traslado que implica suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido.

No obstante, ello implicaría que el actor regrese a la Caja de Previsión Social – CAJANAL, hoy extinta, sobre lo cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que Colpensiones como administradora del régimen de prima media con prestación definida, es la llamada a recibir al demandante como afiliado a su entidad en este sentido la sentencia CSJ SL 4175-2021 que reiteró la CSJ SL2808-2021 manifestó lo siguiente:

Finalmente, y a modo de ilustración, a fin de darle respuesta a la opositora Colpensiones frente al reparo relativo a que la eventual llamada a responder por la aceptación o no de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional es la UGPP, se advierte que uno de los objetivos de la Ley 100 de 1993 fue unificar los regímenes pensionales existentes en el sector privado y en el público.

Como se sabe, el manejo de este último estaba a cargo del sistema de previsión social en el que existía una caja básica que financiaba las pensiones por medio del reparto simple, es decir, que las pensiones se reconocían con el cumplimiento la edad y el tiempo de servicio, y con conocimiento anticipado acerca del monto de la prestación, que era pagada por el fondo común denominado caja de previsión social, tal como ahora lo ejerce el RPMPD a través de Colpensiones.

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida.

Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin

perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones.

Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 -artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de CAJANAL el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP.

Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente -Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011).

A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2196 de 2009, dicho fondo fue relevado por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en CAJANAL -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se

enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia.

Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de CAJANAL EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta CAJANAL, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Se precisa que, si bien la postura de la Sala en decisiones precedentes ha sido contraria, la presente constituye una variación del criterio de la Sala mayoritaria, con fundamento en la postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia CSJ SL 2369-2022 que reiteró la SL4175-2021), la cual, en casos homólogos, ha indicado que Colpensiones es la entidad llamada a recibir nuevamente al demandante, bajo la ficción de que siempre ha estado afiliado a dicha entidad, pues es la única entidad habilitada para administrar el régimen de prima media con prestación definida (Art 52 Ley 100/93).

Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Porvenir S.A., junto con los rendimientos financieros y demás acreencias, puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

En ese contexto, la consecuencia económica de lo anterior es que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual, que

incluye los rendimientos económicos de tal capital, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, cuentas de rezago si las hubiere, primas de seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración, conceptos que deben ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL1467-2021.

Se sigue de lo anterior, que el juez de primera instancia acertó al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional debatido, así como al considerar que la consecuencia de ello es tener por no efectuado el traslado y retornar las cosas al estado anterior al mismo. En consecuencia, se confirmará la decisión del *a quo* en este aspecto.

Por lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, la devolución de manera íntegra a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

Ahora bien, respecto a la condena en costas de la primera instancia, es oportuno recordar que el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por analogía, establece que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio. Asimismo, es conveniente memorar que dicho precepto es de orden público y obligatorio acatamiento.

Claro lo anterior, la Sala constata que Colpensiones se opuso en la contestación de la demanda a la prosperidad de las pretensiones y presentó excepciones de mérito que no

prosperaron en instancia, de modo que, sin duda, el hecho de haberse desestimado su oposición implica que fue vencida en juicio.

En consecuencia, es innegable que acertó el *a quo* al condenarla en costas, pues no le es dable «acudir a criterios subjetivos para ser exonerada del pago de las mismas» (CSJ AL608-2020 y CSJ SL2085-2022).

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VIII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia en su integridad.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) a favor del demandante.

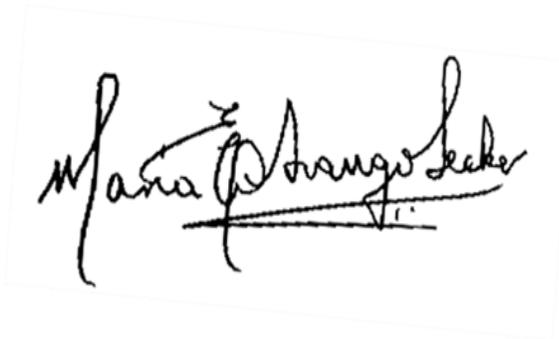
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

Salvo el voto en cuanto a costas a cargo de COLPENSIONES

En uso de permiso

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL
RAD. 76001-31-05-010202100485 -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 1º 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).

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*.



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada