REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

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

DEMANDANTE:	***HERMINSON LERMA MOSQUERA***
DEMANDADOS:	***COLPENSIONES Y OTROS***
RADICACIÓN:	***76001-31-05-010-2018-00708-01***
ASUNTO:	***Apelación y Consulta sentencia de noviembre 4 de 2022***
ORIGEN:	***Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali***
TEMA:	***Ineficacia de traslado de régimen pensional.***
DECISIÓN:	***ADICIONA y REVOCA PARCIALMENTE.***

MAGISTRADA PONENTE: MARIA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintiocho de abril de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHÁVEZ NIÑO, NATALIA PINILLA ZULETA y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional en favor de ésta última en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia No. 214 del 4 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **HERMINSON LERMA MOSQUERA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-010-2018-00708-01.**

SENTENCIA No. 032

DEMANDA[1]. El promotor de la acción pretende se declare la nulidad y/o la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) efectuado a PORVENIR S.A., como consecuencia de ello, se ordene su retorno al RPMPD administrado por COLPENSIONES junto con el traslado

[1] Fs. 3-22 Archivo 03 Expediente Digital

de los aportes realizados al RAIS y sus rendimientos, y se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 16 de septiembre de 1956, se afilió al RPMPD el 14 de abril de 1978 y se trasladó al RAIS el 1º de octubre de 1998, pues fue abordado en su sitio de trabajo por un promotor de PORVENIR S.A., que le manifestó que en dicho régimen su pensión sería superior, pero no le explicó las condiciones del traslado, sus ventajas y desventajas, su posibilidad de retractarse de la afiliación y de retornar al RPMPD hasta antes que le faltaren diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, por lo cual fue inducido en error en su consentimiento. Finalmente, sostuvo que luego de una asesoría pensional en su AFP, le informaron que su mesada pensional sería equivalente al SMMLV, a pesar de tener un IBC de $3.259.000, razón por la que solicitó su retorno al RPMPD, pero no pudo realizarlo por estar dentro de los últimos diez años para pensionarse.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES[2]. La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el actor eligió de forma libre, espontánea y sin presiones trasladarse al RAIS, aunado a que no cumple con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3800 de 2003 para retornar al RPMPD. 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 simultanea de indexación e intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, validez de la afiliación al RAIS.

PORVENIR S.A.[3]**.** La AFP del RAIS presentó oposición a todas las pretensiones del libelo y, como argumentos de defensa, sostuvo que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños como se observa en la solicitud de vinculación que contiene la declaración escrita a la que se refiere el artículo114 de la Ley 100 de 1993.

[2] Fs. 63-69 Archivo 01 Expediente Digital
[3] Fs. 116-134 Archivo 01 Expediente Digital

Agregó, que siempre se le garantizó el derecho de retracto y que el demandante se afilió inicialmente a la AFP Colpatria y, en el año 2000, se trasladó a PORVENIR, acto con el cual ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 214 del 4 de noviembre de 2022, declaró no probados los medios exceptivos invocados por las demandadas; declaró la ineficacia y, por tanto, sin validez alguna, de la afiliación del demandante al RAIS; declaró como única afiliación válida la realizada por el demandante al RPMPD; condenó a Colpatria hoy PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales en caso de haberlos recibido, sumas adicionales de la aseguradora para pensión de invalidez y sobrevivencia, los valores por concepto del fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración y ordenó que todos estos recursos deberán ser trasladados con sus correspondientes frutos e intereses; ordenó a COLPENSIONES recibir los recursos que se han dispuesto trasladar por parte del fondo privado e imputarlos a la cuenta del RPMPD y, condenó en costas a las demandadas.

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP del RAIS, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea de trasladar al RPMPD todo los valores recibidos con motivo de la afiliación.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES. Inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, el cual sustentó argumentando que se debe tener en cuenta el Decreto 2241 de 2010 que establece el régimen de protección al consumidor financiero y determina las obligaciones de los afiliados al SGSSP, quienes tienen unos deberes mínimos, destacando que el silencio prolongado en el tiempo se tiene como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado y la única manera de invalidar el acto es demostrar la existencia de uno de los vicios del consentimiento. Asimismo, que se debe tener en cuenta el artículo 1509 del Código Civil, en el entendido que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y el artículo 334 de la Constitución Política que alude a la sostenibilidad fiscal, por lo que, en atención a la protección del interés general sobre el particular, se debe propender por la protección del sistema pensional, ya que el traslado del actor del RAIS al RPMPD afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Por último, solicitó que la condena en costas fuera revocada, en razón a que la entidad no tiene la potestad para declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, ya que para ello se requiere un pronunciamiento judicial.

PORVENIR S.A. La AFP también apeló el fallo en lo que respecta al numeral cuarto de su parte resolutiva y, como sustento de su alzada, argumentó que es importante que en estos casos solo se condene a la devolución de las cotizaciones y los rendimientos y no a los gastos de administración, teniendo en cuenta que estos se encuentran debidamente causados durante todo el tiempo de permanencia del demandante en el RAIS, se encuentra autorizados por la ley, y han sido utilizados por la administradora para generar los rendimientos de la cuenta de ahorro individual. Además, que se opone a la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, ya que estas fueron descontadas en virtud de un mandamiento legal y han cubierto al demandante de las contingencias de invalidez y muerte y, con fundamento en el mismo ordenamiento legal, se descontaron los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Las AFP demandadas reiteraron los argumentos

del respectivo recurso de apelación. La parte demandante guardó 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 COPLPENSIONES.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centra a resolver: (i) si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor HERMINSON LERMA MOSQUERA al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; (ii) si en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a la AFP del RAIS demandada, la devolución de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia del promotor de la acción en el régimen privado y; (iii) si la condena en costas impuesta a COLPENSIONES por el juez de primera instancia resulta viable o no.

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

CONSIDERACIONES

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."* (Subraya la Sala). 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".* (Resalta esta sala).

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al 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, la demandada PORVENIR S.A. ni siquiera allegó al proceso el formulario de afiliación suscrito por el señor HERMINSON LERMA MOSQUERA, razón por la que no existen elementos de juicio para considerar que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que el promotor de la acción conocía sobre las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que éste último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a la AFP privada demandada 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.

Adicionalmente, vale resaltar que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada PORVENIR S.A., pues el demandante fue claro y contundente en señalar que se trasladó de régimen pensional porque fue abordado en su sitio de trabajo

por el asesor de la AFP, quien le manifestó que tendría mejores beneficios que en el RPMPD, que se pensionaría a menor edad y con unos rendimientos superiores que en el ISS, ya que esa entidad era inestable y que estaba próxima a acabarse, pero no le explicó nada en relación con las caricaturistas del régimen privado y su diferencia con el régimen público de pensiones (Min. 36:40 - 42:58 archivo de audio y video 21 ED).

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado del señor HERMINSON LERMA MOSQUERA al RAIS a través de PORVENIR S.A., no obstante, se adicionará el numeral segundo de la misma en el sentido de agregar que, para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Por ello, 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 el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, éstos últimos con cargo a su propio patrimonio, por todo el tiempo que permaneció afiliado el actor con el RAIS.

Frente a la devolución de los gastos de administración, se tiene que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante, como ya se dijo, se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que ésta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, 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 al demandante, ilustrándolo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado; ergo la afiliación al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, las cosas vuelven al *statu quo* (CSJ SC3201-2018, SL1688-2019, y SL373-2021).

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de PORVENIR S.A., no existen razones jurídicas para que esa AFP no traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del accionante, incluidos los gastos de administración, 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 al 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, el a quo omitió referirse a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, ya que a lo que hizo alusión fue a las sumas adicionales para financiar tales prestaciones, los cuales resultar ser conceptos diferentes, pero que también han de ser devueltos por PORVENIR S.A, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, reiterada, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022.

De acuerdo con lo anterior, la Corporación en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, considera procedente adicionar la sentencia en el sentido de disponer que PORVENIR S.A. transfiera a aquélla que deberá recibir, lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales con cargo a sus propios recursos y, además,

que, todos estos valores deberán ser reintegrados debidamente indexados, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado 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, no sobra 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 el argumento relativo a que por faltarle al demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2º de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de

régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

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

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Ergo, en aplicación de la línea jurisprudencial pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados

del aporte efectuado por la parte actora, por lo cual se confirmará la decisión en ese sentido.

En lo que respecta a la condena en costas que es objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, encuentra esta Sala que le asiste razón a la recurrente, comoquiera que la AFP pública no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el 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 las mismas; 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, motivo por el cual re revocará la condena en costas impuesta en primera instancia.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada y revocada parcialmente.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por no haber prosperado sus recursos de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Sin costas a cargo de COLPENSIONES en esta instancia por haber prosperado parcialmente su recurso de apelación, además de los argumentos expuestos en líneas que anteceden.

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 **TERCERO** de la Sentencia No. 214 del 4 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, agregando que: En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: **ADICIONAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A**, a trasladar a

COLPENSIONES las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes por el tiempo en que el señor **HERMINSON LERMA MOSQUERA** estuvo afiliado al RAIS. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

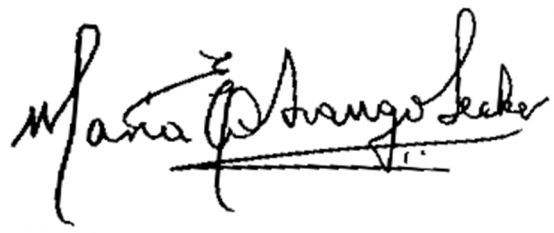
TERCERO: **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SEXTO** de la sentencia, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de la condena en costas impuesta en primera instancia.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.,** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO **NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA**