

## SENTENCIA LABORAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Aprobada en Sala virtual de la fecha

Quibdó, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022)

MAGISTRADA PONENTE: DOCTORA LUZ EDITH DÍAZ URRUTIA

<b>RADICADO</b>	<b>27001-31-05-001-2021-00138-01</b>
<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL - APELACIÓN - CONSULTA SENTENCIA</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>JUAN DE DIOS CHAVERRA GONZÁLEZ</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>AFP PORVENIR S.A- COLPENSIONES</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>CONFIRMA</b>

### I.- ASUNTO A DECIDIR

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 15-1 del Decreto Legislativo 806 de junio 4 de 2020, vencido el término de traslado para alegar, profiere la Sala sentencia escrita, mediante la cual se decide el recurso de **apelación** interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de **consulta** de la sentencia No. 114 del 16 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, dentro del proceso ordinario laboral en referencia.

### II.- ANTECEDENTES

**HECHOS.** - De la demanda presentada, se resumen así:

1. El señor JUAN DE DIOS CHAVERRA GONZÁLEZ, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.792.753 de Quibdó, nació el 24 de septiembre de 1963 y actualmente cuenta con 57 años.
2. Indica que realizó aportes al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA hasta el mes de septiembre el año 1.999, aportes que fueron realizados durante contrato de trabajo con la Contraloría Departamental, entre otros.
3. Que en el mes de octubre del año 1999 fue abordado por un asesor de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR en su lugar de trabajo y dentro de su jornada laboral para la alcaldía municipal de Quibdó, visita que fue realizada con el fin de convencerlo de realizar un cambio de fondo de pensiones, porque según el asesor, le traería mejores beneficios al momento de cumplir con los requisitos de ley para pensionarse, fue así como el señor Juan de Dios accedió al traslado de sus cuentas a esa administradora. Procedimiento que se llevó a cabo, sin haber recibido toda la información necesaria, hoy en día y con nueva información que ha recibido en cuanto al capital que requiere para pensionarse, esto afecta directamente sus mesadas pensionales, con relación a las mesadas que ha concedido COLPENSIONES a colegas con igualdad de variables laborales en cuanto a número de aportes, tiempo de cotización y valor de sus salarios, que a la luz de las resoluciones de reconocimiento resultaron más beneficiosas.



4. Precisa que a falta de claridad y omisión de la información sobre el servicio de administración de cuentas de pensión y el de cómo se calcula una pensión para su pago, entregada al actor por parte de los funcionarios de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, y que concluyó en la decisión de trasladarse de régimen, vició su consentimiento, hecho lamentable, toda vez que como bien se ha mencionado, la AFP PORVENIR no proporcionó información clara y suficiente, que permitiera al señor JUAN DE DIOS CHAVERRA GONZÁLEZ, conocer el alcance real de su decisión y las consecuencias que a futuro generaría como pensionado en esa entidad, evento que lo alejó de mejores garantías económicas en su caso, para el disfrute de su vida como pensionado.
5. Que en el momento previo al traslado de régimen, no accedió el accionante a información clara y precisa, acerca de cuánto sería el valor de sus mesadas pensionales con el nuevo régimen, ya que en dicho tiempo, la AFP PORVENIR se presentó como una “salvación” al supuesto fracasó del régimen de prima media, prometiendo excelentes condiciones, garantías y expectativas pensionales, además de grandes porcentajes de liquidación y altos rendimientos, alentando falsas expectativas en mi poderdante que en el caso de compañeros con sus mismas variables de trabajo y salario no se están cumpliendo, luego desconoció, los reales factores negativos que ocultó la AFP PORVENIR e impidió tener una orientación oportuna para discernir si lo más conveniente era el traslado o la permanencia en el fondo público, según su perfil laboral.
6. Arguye, que la decisión de traslado de régimen pensional afecta negativamente no solo su patrimonio, sino su estilo y calidad de vida, la cual se ha ganado con el sacrificio, esfuerzo y entrega en su trabajo durante tantos años, y ahora verse en una situación en la que no gozará de una pensión digna acorde a sus años de vida laboral, y el rol que con tanto tiempo de trabajo se ha forjado, le trae, por el contrario, motivos de angustia y preocupación, siente impotencia por su situación actual. Por lo tanto, esas falsas expectativas generadas por la AFP PORVENIR no solo afectan su entorno laboral y económico sino también su entorno personal, psicológico y autoestima.

**PRETENSIONES.** - El accionante pretende que se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se DECLARE la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) realizado al señor JUAN DE DIOS CHAVERRA GONZÁLEZ, identificado con cédula de ciudadanía No.11.792.753, gestionado por PORVENIR AFP.
2. Que como consecuencia de la pretensión anterior se declare la nulidad del acto de afiliación de traslado de Régimen Pensional del demandante, tramitada por AFP PORVENIR S.A.
3. En relación a las pretensiones anteriores, se ORDENE a AFP PORVENIR S.A. trasladar y devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en el menor tiempo posible, todos los



períodos de cotización del actor, realizados a dicha entidad, con los respectivos rendimientos que se causaron mientras estuvieron bajo su administración, así como también, el valor del bono pensional al que tuviere derecho y que se encuentre en poder de PORVENIR, como también se haga devolución de aquellos descuentos que hizo el FONDO DE PENSIONES PORVENIR por concepto de administración y en general, toda la cuenta de pensiones que posea mi representada, sin que por ello tenga que cobrar o debitar dineros por concepto de administración u otro conceptos.

4. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, que una vez recibidos los conceptos anteriores correspondientes a la cuenta de pensiones del señor JUAN DE DIOS CHAVERRA GONZÁLEZ provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR, expida en el menor tiempo posible al demandante, debida certificación de afiliación y la respectiva historia laboral para su revisión, esto con el fin de evidenciar que efectivamente se trasladaron la totalidad de dichos aportes.
5. Se de aplicación dentro del presente proceso y al momento de dictar sentencia, a los principios del derecho procesal laboral de fallar ultra y extra petita.
6. Se CONDENE a las demandadas a pagar las agencias en derecho y costas procesales a las que haya lugar.

**ACTUACIÓN PROCESAL.-** Mediante auto interlocutorio No. 533 del 21 de julio de 2021<sup>1</sup>, fue admitida la demanda en contra de COLPENSIONES Y PORVENIR; en auto No. 651 del 11 agosto de 2021<sup>2</sup> se tuvo por contestada por parte de las demandadas; se celebró la audiencia respectiva el día 16 de septiembre de 2021.

## PRONUNCIAMIENTO DE LAS DEMANDADAS

**COLPENSIONES.** - Indicó que algunos hechos no le constan y otros los aceptó como ciertos; frente a la quinta pretensión se atiene a lo resuelto por el Juez, y se opuso a las demás pretensiones, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe de Colpensiones, imposibilidad de condena en costas, prescripción, compensación, excepción innominada.

**PORVENIR** – Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y manifestó que no le constan algunos de los hechos, aceptó uno de los hechos y agregó que otros no son ciertos; finalmente propuso las excepciones de falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación.

**ACERVO PROBATORIO.** - Obran los documentos vistos a 20 a 42 del expediente e interrogatorio de parte recibido al señor JUAN DE DIOS CHAVERRA GONZÁLEZ.

<sup>1</sup> Folio 28

<sup>2</sup> Folio 78



### III.- PROVIDENCIA MATERIA DE APELACION

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, en **sentencia No.114**, proferida el 16 de septiembre del 2021, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por PORVENIR S.A y COLPENSIONES, por las razones esgrimidas en esta providencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la vinculación del señor JUAN DE DIOS CHAVERRA GONZALEZ identificado con la CC. 11.792.753, realizada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A, que proceda a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- la totalidad de lo ahorrado por el demandante, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros y los gastos de administración.*

*CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- que proceda a recibir por parte de PORVENIR S.A, la totalidad de lo ahorrado por el demandante, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, conservando para ese efecto el actor, todos sus derechos y garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual.*

*QUINTO: CONDENAR en costa a los demandados, las cuales se asignan en un 50% para cada una. Fijar las agencias en derecho en la suma de \$1.200.000.”*

Precisó la primera instancia, que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que las administradoras de fondos de pensiones deben garantizar la existencia de una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, y que esta diligencia se traduce en una carga de la prueba para el demandado.

Consideró que al interior del proceso no hay prueba concluyente, determinante, que permita decidir que en el momento de la vinculación del accionante a Porvenir, se le brindó la explicación necesaria, transparente, detallada, acerca de las características de los distintos regímenes pensionales, acerca de los pro y contras de estar en uno u otro régimen.

Concluye que la demandada, a quien se le atribuye la carga, no demostró que brindó la información suficiente para afiliarse a RAIS, ni acreditó el estudio concienzudo realizado al trabajador, con los cálculos respectivos, ni la forma como le explicó que sus expectativas pensionales no se frustrarían.

### IV.- RECURSO DE APELACIÓN

**COLPENSIONES.-** Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en tanto que, como se indicó, (i) no le asiste derecho al demandante de solicitar el cambio de régimen, toda vez que se encuentra inmerso en la restricción de edad contemplada en el literal E del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y por cuanto el interés propio de este proceso no es otro que la disparidad en cifras, conforme se indica en la declaración rendida por el demandante, hecho que no constituye un vicio o causal para declarar la ineficacia del contrato suscrito entre las partes que dio lugar al traslado de régimen; (II) así mismo se solicita que se modifique la sentencia de instancia en el sentido de la



condena en costas y lo primero que ha de tenerse en cuenta es que el criterio para ello, es totalmente objetivo, esto es se impondrá condena en costas a la parte que resulte vencida en el juicio, eso sí, siempre y cuando en el expediente aparezca evidencia de su causación y en la medida que pueda ser comprobada.

Indica que la jurisprudencia es clara al señalar, conforme al tenor literal de las normas transcritas, que a la parte que le resulte desfavorable la decisión judicial le debe ser impuesta condena en costas, siempre que se cumpla la regla número 8 indicada en el artículo 365 del Código General del Proceso; sin embargo, pide al honorable Tribunal que ante una eventual ratificación del fallo de primera instancia, se sirva revocar la imposición en costas, por cuanto ello haría mucho más gravosa la afectación que le ocasiona el cumplimiento de sentencias a la sostenibilidad patrimonial y fiscal de Colpensiones.

Adicionalmente, solicita se tenga en cuenta la presunción de la buena fe de su prohijada, es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quien están a cargos las cosas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón, pretensión u oposición, lo que hace sujeto de sanción a la parte, sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora, resalta que Colpensiones respeto la decisión del demandante al momento de trasladarse de régimen, pues el sistema Colombiano de pensiones, se ofrece de manera dual y la negativa a la hora del regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo hizo teniendo en cuenta la normatividad legal vigente, por lo que ruega al Honorable Tribunal, tener en cuenta la buena fe de Colpensiones y nada tuvo que ver al momento en el que el demandante decidió migrar de régimen, no tuvo ninguna clase de gerencia en la decisión del demandante y mucho menos fue dicha entidad, que brindó una errada información.

**AFP PORVENIR SA.-** Interpuso recurso de apelación indicando que es evidente que el accionante, contaba con toda la información necesaria, idónea y clara, que le fue brindada por el asesor de Porvenir, con el fin de que tomara una decisión informada al respecto sobre su futuro pensional. Que los asesores de Porvenir son personas totalmente capacitadas en temas legales y financieros, con el fin de que estas personas se encuentren en capacidad de resolver cualquier duda, inquietud y puedan asesorar a los posibles afiliados de la mejor manera.

Que es evidente, que ha surgido un cambio normativo de obligaciones de la AFP privadas, para el año de la afiliación que se realizó en el año 1998, el señor Juan de Dios Chaverra, no le era exigible a Porvenir la cantidad de exigencias que se hace hoy en día, para aquel momento solo era necesario que existiera un formulario de vinculación suscrito, y que prueba de ello, se probará que hubo una información bien recibida por parte de los afiliados y que en el caso en cuestión, el actor suscribió ese formulario.

Que de acuerdo a lo manifestado por la parte actora, en su interrogatorio de parte brindado en este proceso, hay una serie de manifestaciones que denotan su total falta de acompañamiento, cuidado y negligencia frente a su futuro pensional, debido a que manifestó abiertamente el accionante, que no tuvo el mínimo cuidado con su futuro pensional y aun así salgan adelante las pretensiones que formuló, indica que es algo riesgoso para las AFPS porque cualquier persona podría llegar a manifestar cosas que no le convienen y sacar provecho de ello. Reitera, que Porvenir ha cumplido con sus obligaciones, tanto así, se puede revisar de acuerdo a los



rendimientos financieros que generó la cuenta de ahorro individual del señor Juan de Dios Chaverra, durante todos estos años que ha estado afiliado a Porvenir.

Expresa, que el caso que se decida que se debe continuar con la nulidad de la afiliación, solicita se revoque la orden impuesta por el Juez de primera instancia, respecto a devolver los gastos de administración, pues estos gastos son unos dineros que se encuentra descontados y autorizados por Ley, esos dineros no son descontados de manera unilateral sino que tienen una finalidad y sin importar a que régimen haya estado afiliado el actor, también se le hubiera descontado por los mismos efectos. Finalmente, solicita se modifique la sentencia en su totalidad y en lugar a ello, absuelva a PORVENIR S.A.

6

## V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 8 de octubre de 2021, se admitió el recurso de apelación incoado contra la sentencia No. 114 del 16 de septiembre de 2021. Vencido el término de traslado de que trata el artículo 15-1 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, el 2 de noviembre de 2021 se dejó constancia secretarial<sup>3</sup> que dentro del término previsto, las partes presentaron alegatos.

**PORVENIR S.A.-** Solicita se revoque en todas sus partes la sentencia de primera instancia mediante la cual se declara la ineficacia de la afiliación de la parte demandante al RAIS, toda vez que el acto jurídico del traslado que realizó el señor Juan De Dios Chaverra, se dio en forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios; suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención sobre las circunstancias de haber signado el documento en forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ninguna persona, a pesar de que aduzca que suscribió el documento sin la información suficiente acerca de los alcances del acto jurídico que celebraba, afirmación que se cae de su peso conforme al interrogatorio de parte rendido por el demandante.

Que por lo tanto, no existen fundamentos facticos ni jurídicos para declarar la ineficacia del acto de afiliación del demandante por presuntos vicios en el consentimiento, así como tampoco, podría alegarse una eventual nulidad de la afiliación a la AFP, por cuanto el acto jurídico que realizó el señor Juan De Dios Chaverra, cuando realizó el traslado de régimen con destino a PORVENIR S.A., no se hizo en contra de una prohibición legal.

Resalta que el acto jurídico por medio del cual se formalizó la afiliación del demandante a PORVENIR S.A goza de plena validez, pues fue realizado con una persona legalmente capaz, existe objeto y causa lícita y su consentimiento fue libre y no concurren las condiciones jurisprudenciales para considerar que existe un error capaz de invalidar el consentimiento informado por parte del demandante.

Que, en el evento que se confirme la sentencia de primera instancia, considera que no hay lugar a modificar la sentencia y condenar a Porvenir, respecto del traslado de las cuotas de administración, toda vez que el Art. 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, establece que tanto en RPM como en RAIS hay lugar a dichos descuentos, los cuales un 3% del monto del IBC se distribuirá para el pago de las cuotas de administración y la financiación de la

<sup>3</sup> Archivo 08 primera instancia expediente digital.



pensión de Invalidez y sobrevivencia. Adicionalmente, por cuanto la teleología de la norma radica en que este descuento permitido por el Legislador tiene por objeto la retribución a la labor de administración de los aportes que ejecuta la administradora, por lo que no sería dable trasladar tal valor a Colpensiones, teniendo en cuenta que esta no administró los aportes del afiliado, razón por la cual no existe razón jurídica para que se le deban adjudicar tales conceptos a dicha administradora, máxime si se tiene en cuenta que PORVENIR S.A. reintegrará a la misma los rendimientos financieros que generó la juiciosa administración de los recursos de la parte demandante.

**COLPENSIONES.** - Precisa, que teniendo en cuenta lo que alega el demandante en razón de que fue inducido al error por parte del asesor de la AFP PORVENIR S.A. al momento del respectivo traslado al RAIS, se debe manifestar que según los lineamientos establecidos en el manual de defensa judicial o criterios orientadores, emitido por la Administradora Colombiana de Pensiones PORVENIR,

- Se trata de un traslado de régimen realizado voluntariamente por la parte actora, al cual accede sin estudiar de fondo las consecuencias de dicho cambio, que se presume legal, lo contrario debe ser probado por ella.
- COLPENSIONES no tiene responsabilidad con los perjuicios que alega el demandante haber sufrido, pues el cambio de régimen fue realizado con el consentimiento del actor y nada tuvo que ver COLPENSIONES en la toma de la decisión que ahora pretende revertir sin efectos jurídico legales.
- Otro punto a resaltar es que no se aportan pruebas tendientes a demostrar que el traslado de régimen fue producto de un engaño como se manifiesta en la demanda, lo que permite inferir que fue un cambio voluntario.

Así mismo, solicita se modifique la sentencia de instancia en el sentido de ordenar a la AFP PORVENIR, a trasladar a COLPENSIONES además de la totalidad de la cotización realizadas por el demandante sin descuento alguno, esto es, que además de los aportes y rendimientos, traslade el valor de todos los gastos de administración, aportes al fondo de pensión de garantía mínima, y cuotas de seguro previsional, ello si se tiene que en sentencia hito que sirve de base para la declaratoria de ineficacia de traslado SL 81989 de 2008, se ordenó a los fondos de pensiones privados incluso con cargo a su propio patrimonio la devolución de la totalidad de la cotización, todo el avance jurisprudencial de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia en las que se encuentran la sentencia SU 062 de 2010, SU-130 de 2014 y de la Corte Suprema de Justicia de las más recientes SL 4989 de 2018 y SL 1688 de 2019, han sido vehementes en ordenar a los fondos privados el traslado de la totalidad de los aportes sin descuento alguno, todo en razón al artículo 48 constitucional precisamente porque las personas que se trasladan del régimen de ahorro individual al RPM administrado por COLPENSIONES, están *ad portas* de pensionarse y es la entidad que representa quien debe mantener el equilibrio de sostenibilidad financiera y solo financiar aquellas prestaciones económicas con base a las cotizaciones que efectivamente fueron realizadas.

También solicita se modifique la sentencia en cuanto a la condena en costas y lo que primero ha de tenerse en cuenta es que el criterio para ello es objetivo, esto es, se impondrá condena en costas a la parte que resulte vencida en juicio, eso sí,



siempre y cuando en el expediente aparezca evidencia su causación y en la medida que puedan ser comprobadas.

Que la jurisprudencia es clara al señalar que el tenor literal de las normas transcritas, la parte a quien le resulte desfavorable la decisión judicial le ha de ser impuesta condena en costas, siempre que se cumpla la regla número 8 indicada en el art. 365 del C.G.P., sin embargo, ante la eventual ratificación del fallo de primera instancia, solicita se sirva retirarle la condena en costas a mi prohijada, por cuanto ello haría mucho más gravosa la afectación que le ocasiona el cumplimiento de sentencias a la sostenibilidad patrimonial y fiscal de COLPENSIONES.

Solicita tener en cuenta la buena fe de Colpensiones, pues nada tuvo que ver al momento en que la demandante decidió migrar de régimen. No tuvo ninguna clase de injerencia en la decisión del demandante y mucho menos fue mi prohijada quien brindó una errada información para que lo mismo pasara.

## VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

**COMPETENCIA.** - Esta Sala es competente para decidir el recurso de **APELACIÓN**, de cara a los motivos expuestos en primera instancia<sup>4</sup> y el grado jurisdiccional de **CONSULTA**<sup>5</sup>, de conformidad con lo establecido en el artículo 15, literal B, numerales 1 y 3 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

**PROBLEMA JURÍDICO.** - Radica en determinar: (i) Si fue acertada la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia de la vinculación del actor al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., o si como lo reclama Porvenir no procede dicha declaratoria. (ii) Si PORVENIR S.A debe trasladar todo lo ahorrado por el señor JUAN DE DIOS CHAVERRA GONZÁLEZ a Colpensiones. (iii) Si hay lugar a la exoneración de costas a favor de Colpensiones.

### PREMISA NORMATIVA y JURISPRUDENCIAL

**NULIDAD E INEFICACIA EN EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.** La Ley 100 de 1993, artículo 13, literal b)<sup>6</sup> en lo que atañe a la afiliación o traslado de régimen de pensiones, dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria y contempló en el artículo 271, en concordancia con los artículos 272 *Ibidem*, 13 del C.S:T: como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que la afiliación respectiva quedará sin efecto, pudiendo realizarse nuevamente, en forma libre y espontánea, por parte del trabajador.

<sup>4</sup>Oportunidad legal para sustentar. ARTÍCULO 66 DEL CPTSS.

<sup>5</sup> Que procede en favor de Colpensiones, acorde al artículo 69 inciso 3 del CPTSS modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2007, por ser una entidad descentralizada en la que es garante la Nación. CSJSCL\_AL4088/2014.

<sup>6</sup> **ARTICULO. 13.- Características del sistema general de pensiones.** Reglamentado por el Decreto Nacional 3995 de 2008, Reglamentado por el Decreto Nacional 1051 de 2014. El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:

a) Modificado por el art. 2, Ley 797 de 2003 La afiliación es obligatoria salvo lo previsto para los trabajadores independientes;

b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley;



De otra parte, el literal e) ibídem estableció que una vez efectuada la selección inicial ... *solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial en la forma en que señale el gobierno nacional, término que luego fue ampliado a 5 años, según la Ley 797 de 2003.*

Como lo ha decantado la jurisprudencia, cuando se trata de traslado de régimen de pensiones, atendiendo a la normatividad en comento, el juez debe verificar si en realidad no existió vicio del consentimiento, producido por una información inadecuada para con el cotizante, lo que quiere decir que la información que este reciba debe ser libre, consciente.

Además de lo anterior, debe quedar claro que el posible afiliado quedó debidamente informado sobre las implicaciones de esa decisión por parte de la Administradora de Fondos, **la que tiene la carga de demostrar la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen**, sea decir que tal traslado fue debidamente informado y documentado, por las consecuencias que genera tal elección, de tal manera que si así no acontece, sea decir si no hay prueba de ello, deviene la ineficacia del traslado, ocasionado por una indebida información.

Sobre este tema ha quedado fijada la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, contenida en:

(i) **la sentencia del 22 de noviembre de 2011<sup>7</sup>**, en la cual ha señalado que las AFP deben garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma y consciente, lo cual es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

(ii) En la sentencia **SL17595 de 2017<sup>8</sup>**, rad 46292, que trajo a cita la sentencia del 9 de septiembre de 2008, con número de radicado 31989, en la que se destacan **los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes**

(iii) De otra parte, en SL1452 del 3 de abril de 2019, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se refirió a la carga de la prueba en cabeza de la AFP y a las implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado, la que fue reiterada en la sentencia **SL4360 de 9 de octubre de 2019<sup>9</sup>**. **Línea que sigue reiterándose. (SL 448 de 2022- SL587 de 2022).**

<sup>7</sup> M.P. Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, Rad. No. 33083, en la cual retrotrajo lo dicho sobre el tema en sentencias del 9 de septiembre de 2008, con número de radicados 31989 y 31314, y la reiteración de ésta postura en la Sentencia del 3 de septiembre del año 2014 con ponencia de la misma Dra. Cuello Calderón, cuyo radicado es 46292.

<sup>8</sup> M.P. Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA. "Pues bien, analizado el material persuasivo, no encuentra la Corte que COLFONDOS haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

<sup>9</sup> "Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia.

### 3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este



**PRESCRIPCIÓN.** - Tiene decantado la jurisprudencia, en forma pacífica y reiterada, que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, no así las mesadas pensionales. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1688-2019<sup>10</sup>.

**ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.** - Obran como pruebas las siguientes:

- Certificado existencia y representación legal de la AFP PORVENIR.
- Certificado existencia y representación legal de COLPENSIONES.
- Cédula de Ciudadanía.
- Rechazo de COLPENSIONES a solicitud de traslado de Régimen.

10

**INTERROGATORIO DE PARTE RENDIDO POR EL SEÑOR JUAN DE DIOS CHAVERRA GONZÁLEZ.** - En síntesis, expresó lo siguiente:

*Que cuando se afilió a PORVENIR, había una crisis con los fondos de pensión público, había una incertidumbre total, que lo abordó un asesor de PORVENIR, quien le habló de los beneficios y le dijo que iba a tener unas mejores condiciones y pensó en su momento que era la mejor opción, razón por la cual firmó el formulario, pensando que estaba haciendo lo correcto, después trató de consultar al asesor e ir a Porvenir pero, en la ciudad de Quibdó nunca pudo conseguirlo porque no había una oficina que lo pudiera atender, que mediante su correo electrónico le enviaban información de los extractos.*

*Expone que nunca le dio importancia al tema de las pensiones, sino hasta cuando comenzó a investigar al respecto y se dio cuenta que lo que plantea PORVENIR, es una falacia y se siente engañado, expresa que desde que terminó la Universidad ha trabajado y ha tenido buenos sueldos, ha sido secretario, gerente y ha estado en diferentes posiciones. Indica que se asustó al enterarse de cuándo podría ser su posible pensión, debido a que no es la expectativa que tiene, manifiesta que tiene 57 años y lo que ha aportado según lo dicho por Porvenir, no es acorde a la expectativa salarial que siempre ha tenido y esta por debajo de los ingresos a los cuales ha estado acostumbrado.*

*argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).*

*Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:*

*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.*

*Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

(...)

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”*

<sup>10</sup> “Por último, es oportuno mencionar que si bien el derecho a demandar la ineficacia del traslado y la pensión o su valor real, es imprescriptible, sí lo son las mesadas pensionales no reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, conforme lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Sin embargo, en este caso ninguna mesada se extinguió, en la medida que entre la fecha de exigibilidad y la presentación de la demanda inicial, no transcurrieron 3 años.”



*Expresa, que no leyó el formulario de afiliación, y reitera que a su correo llega información de los extractos, que pensó en hacer un aporte extra y que debido a su profesión sabe que se debe realizar aportes al fondo de pensión a través de investigaciones. Que por el tiempo que ha transcurrido desde la fecha de afiliación no recuerda que le dijeron los asesores respecto a los aportes que tenía en el Instituto de Seguro, ni si le informaron si se podría pensionar de manera anticipada, ni sobre los rendimientos financieros entre otras cosas.*

*Se quiere trasladar a Colpensiones, porque considera que Colpensiones era la mejor opción, aunque se equivocó en su momento, que prácticamente eran las mismas condiciones que ofrecía Colpensiones y Porvenir, pero ahora que investigó se dio cuenta que no son las mismas, agrega, que el formulario fue firmado de manera libre y voluntaria, sin embargo, dice que fue una seducción por parte del asesor.*

En el caso que se estudia por vía de **APELACIÓN Y CONSULTA**, se abordan estos temas puntuales:

**I.- NULIDAD E INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.-** En cuanto a este tema, como lo ha decantado la jurisprudencia<sup>11</sup> y quedó plasmado en párrafos precedentes, siempre ha existido ese deber de información por parte de las AFP, desde su creación, destacándose que el simple consentimiento informado en el formulario de afiliación no es suficiente, se requiere la prueba del mismo, carga que recae en la AFP, toda vez que no le es dable a la parte actora acreditar un hecho que se sustenta en una negación indefinida, de cara a lo establecido por el artículo 167<sup>12</sup> del CGP, aplicable por remisión en materia laboral, según lo previsto por el artículo 145 del CPTSS.

Adicionalmente, debe anotarse que no existe ninguna prueba que acredite la existencia de libertad informada en el traslado de régimen del actor al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, como lo previene la jurisprudencia<sup>13</sup>, ni mucho menos, que se le hubiere informado sobre las implicaciones graves que tenía el trasladarse de régimen pensional.

Ahora, no se puede dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, la carga de la prueba no debe estar en la parte débil de la relación contractual, de modo que es la administradora del Fondo de Pensiones, la que tiene una posición de profesionalismo, experticia y control de operación, en consecuencia, es la llamada a demostrar que en realidad entregó al afiliado, una información completa, veraz y suficiente, informando sobre los efectos del traslado de régimen de pensiones, correspondiéndole incluso *“desanimar a los interesados de tomar una opción que claramente le perjudica.”*

De cara a lo anterior, *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil*, lo que correspondía a PORVENIR S.A., no solo por ser a quienes se atribuye el incumplimiento de la obligación de proporcionar información veraz y suficiente, previa al traslado y consecuente afiliación de la demandante, sino por lo denominada *carga dinámica de la prueba*<sup>14</sup>, asignada a quien tiene mayor facilidad

<sup>11</sup> CSJ SL 881 DE 2020 M.P. Dolly Amparo Caguasango (Rad No.70247) y SL4426-2019.

<sup>12</sup> “Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren de prueba”.

<sup>13</sup> CSJ SCL- Sentencias relevantes SL 1452 y SL 4360 de 2019

<sup>14</sup> *Módulo prueba judicial, análisis y valoración, escuela judicial, Rodrigo Lara Bonilla, autor Jairo Iván Peña: “...corresponde a una doctrina que se introdujo con la finalidad de flexibilizar la rigidez en la que puede caer el juez al aplicar la carga de la prueba (Léopori White 2005: 60); en consecuencia, a partir de la dificultad para aplicar la carga de la prueba, el juez hace un análisis dinámico de cada situación, y en casos en que así lo determine, la carga de la prueba se traslada a la parte que se encuentra en condiciones de aportar los medios al proceso. La Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, la ha establecido en los siguientes términos “(...) el*



de acceder a los medios para acreditar el hecho extrañado, dada su proximidad a la prueba y condiciones técnicas e institucionales. Por lo tanto, ante la ausencia probatoria en este aspecto, deviene procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el actor.

Sobre este tópico, la SCL en la sentencia citada *SL17595 de 2017, rad 46292*, precisó: *“Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.”* (Negrillas y subrayas de la Sala). Reiterada en *SL 3632-2021*.

12

**Prohibición de traslado de régimen de pensiones cuando falten menos de 10 años para causar derecho pensional.-** En cuanto a la alegación del apelante COLPENSIONES, referida a que no le asiste al demandante derecho a solicitar el cambio de régimen, toda vez que se encuentra inmerso en la restricción contemplada en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, precisa la Colegiatura que tal prohibición que aplica para el traslado voluntario de fondo de pensiones, no es admisible en este caso, en el que se pretende la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional de RPM al RAIS, decisión que deriva del hecho probado de la no acreditación del consentimiento informado, y que tiene como efecto volver las cosas al estado anterior<sup>15</sup>, como si no hubiese existido afiliación.

Sobre este tópico, precisó la CSJ en *SL 4360 de 2019*:

*“4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado – No es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas.*

---

*deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado”.293.*

*La buena fe es uno de los principios en que se fundamenta la carga de la prueba, pues es una presunción y al mismo tiempo un deber, es decir, aunque se presume la buena fe tanto de los particulares como de las autoridades públicas, ante la facilidad de aportar una prueba a un proceso, la buena fe indicaría realizar dicho aporte. La lealtad se trata de un deber legal de las partes involucradas en una controversia, e implica una actuación sin subterfugios, ni ocultaciones, cuando una parte soporta la carga de la prueba. Y en tercer lugar, se fundamenta en el principio de solidaridad, como un valor que orienta el ordenamiento jurídico; ésta solidaridad es palpable en la carga de la prueba cuando se conmina a que quien pueda obtener más fácilmente una prueba está obligada a aportarla. Por lo anterior, se plantea un desplazamiento del onus probando hacia aquella parte que se encuentre en mejores condiciones técnicas, profesionales, de hecho o económicas para aportar las pruebas (Airasca 2005:135).*

*En otros términos, la carga dinámica implica un derecho de las partes involucradas en un proceso para que quien tenga la mayor facilidad de probar un hecho, lo haga, para proteger a la parte más débil en el litigio. Está fundamentada en la determinación de la verdad, pues se trata de una carga procesal impuesta por el ordenamiento jurídico a una de las partes en consideración a sus particulares condiciones (técnicas, científicas, institucionales etc.) y su proximidad con respecto a la prueba, para que se aporte.*

*Cuando el sistema jurídico impone a una determinada parte la carga de la prueba, en estos términos reconoce una desigualdad yacente entre las partes, debido a los distintos niveles de formación o tecnificación de las mismas, o a la facilidad de la cual dispone una de las partes para procurar la prueba.*

*Así, se reconoce que existe una desigualdad material entre las partes involucradas en un litigio y se pretende subsanarla. El interrogante que debe formularse para determinar a quién corresponde la carga de la prueba es del siguiente tenor: ¿a quién le queda más fácil probar el hecho? Y se trata de determinar en cada caso cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para suministrar los medios probatorios a partir de los cuales se establezcan los hechos procesalmente relevantes.*

*La doctrina argentina en esta materia asume que tiene el deber de probar quien se halle en mejor condición profesional o técnica de hacerlo; quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba; quien se encuentre en mejores condiciones para producir la prueba; la parte que posee un conocimiento directo de los hechos; y quien afirme hechos anormales (Lépori White 2005: 70)” (SIC) (Ver sentencia de mayo 18 de 2016 Tribunal Superior de Bogotá Exp. 03-2014-00641-01 MP Diego Roberto Montoya Millan).*

<sup>15</sup> CSJ *SL4360 de 2019. Rad No.68852M.P.Claa Cecilia Dueñas Quevedo.* - “Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.”



*Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*

**Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información, se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.**

**II.- CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.-** Conforme a lo anotado, ante la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, se impone para la AFP PORVENIR S.A., **la devolución al sistema, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado,** (CSJ SL7595 de 18 de octubre de 2017. Rad No. 46.292<sup>16</sup>), **incluyendo los gastos de administración y comisiones, con cargo a sus utilidades.** (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y SL4360 de 2019. R. 68852- SL448-2022).

<sup>16</sup> “Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:

*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.*

*“En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciera la administradora de régimen de prima media al que retorna.*

**“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.*

*“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.*

*“Los derechos pensionales en adelante debe reclamarlos el actor ante quien acredite tenerlos.*



Por lo tanto, según lo decantado por la jurisprudencia, la orden en este sentido emitida, debe cumplirse involucrando **todos los valores que hubiere recibido** la AFP Porvenir con motivo de la afiliación del actor.

**Sostenibilidad financiera del sistema.-** Respecto a la incidencia en la sostenibilidad financiera del sistema pensional, alegado por Colpensiones, sea decir, que con la decisión de ordenar la devolución al sistema de los aportes con sus frutos, rendimientos y comisiones, se está garantizando la sostenibilidad del sistema pensional, sobre la cual precisó la Corte Constitucional en sentencia SU140 de 2019, que no podrá desplazar el alcance de los derechos fundamentales, siendo necesario deslindar su dimensión prestacional de su aspecto verdaderamente fundamental; sobre el tema plasmó lo siguiente:

“De lo expuesto bajo el numeral 4.5.3. *supra* la Corte deduce que la sostenibilidad financiera del sistema pensional está enmarcada por una serie de principios constitucionales atados a la concepción misma del Estado Social de Derecho que logran, nunca desplazar, pero sí reducir el alcance de los diversos derechos fundamentales, a través de un ejercicio de ponderación entre las garantías constitucionales enfrentadas.

**4.5.5.** En el anterior orden, en el campo de la seguridad social, si bien la jurisprudencia ha admitido el carácter fundamental de dicho derecho, la ponderación de esta frente al principio de sostenibilidad financiera del respectivo sistema permite señalar que, si el referido derecho no se afecta en su núcleo duro o esencial, este debe ceder ante la necesidad de garantizar un sistema financieramente sostenible fundado en la solidaridad y que garantice la universalidad a través de una mayor cobertura. Así, recordando que la jurisprudencia ha establecido que el núcleo esencial de un derecho fundamental está definido por “esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Y, en sentido negativo debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental” (ver *supra* 4.4.5.3.), **la Corte advierte que para definir el núcleo esencial de la seguridad social es necesario deslindar su dimensión meramente prestacional de su aspecto verdaderamente fundamental.**”

Conforme lo anterior no es de recibo el argumento del apelante PORVENIR S.A., en el sentido de que no se le ordene el traslado de las cuotas de administración, bajo el entendido que por disposición legal, la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, vuelve las cosas a su estado anterior, como si nunca hubiese existido dicho traslado, emergiendo la devolución de aportes con sus frutos, rendimientos y comisiones, como una de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado, lo cual también ha sido sentado por la jurisprudencia<sup>17</sup>, la orden en este sentido emitida en la sentencia apelada, debe cumplirse, se itera, involucrando todos los valores que hubiere recibido la AFP Porvenir con motivo de la afiliación del actor.

Así lo precisó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en SL2601 de 2021, citando la SL2877 de 2020, al señalar que al regresar los aportes, se debe incluir el reintegro de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, entonces razón le asiste a COLPENSIONES sobre la incidencia de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, aunado a que deben incorporarse los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima también regulada en el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, al considerar, que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES, así como las cuotas de seguro previsional.

<sup>17</sup> CSJ SCLSL448 del 23 de febrero de 2022. Rad 88504 :“La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, debe trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por xxxxxx y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta pensional de ahorro individual, **sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes o cualquier otra causa, que deberá sufragar debidamente indexados, con cargo a sus recursos.**”



Por lo anotado, se impone modificar el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES, los aportes, los rendimientos, gastos de administración, el bono pensional si lo hubo, los intereses, frutos, la devolución del porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las primas previsionales, debidamente discriminados e indexados.

**III.- CONDENA EN COSTAS.** – Al respecto es preciso recordar que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir.

Artículo 365 del Código General del Proceso es claro en determinar las reglas a las que están sujetas las costas del proceso.

*“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.(...)*

Así pues, la condena en costas procede en contra de la parte vencida en el proceso, sin que ante la jurisdicción ordinaria se establezca alguna exoneración en forma expresa y para su imposición deben tenerse en cuenta los lineamientos fijados en el citado artículo. Por lo tanto, no es de recibo la alegación en este sentido por parte de la demandada COLPENSIONES, ya que, al resultar vencida en el presente proceso, debe soportar la condena en costas.

**CONCLUSIÓN.** – Conforme a las consideraciones plasmadas, avizora la Colegiatura que la decisión que se revisa deviene acertada en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que genera las consecuencias que dieron lugar a las órdenes contenidas en la sentencia de primera instancia, respecto de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Por ello, con la modificación aludida al numeral tercero de la parte resolutive, se confirmará en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta. No hay lugar a condena en costas en esta instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365-8 del CGP.

## VII.- EL FALLO DEL TRIBUNAL

En mérito de lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE QUIBDÓ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO. - MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES, los aportes, rendimientos, gastos de administración, el bono pensional si lo hubo, los intereses, frutos, la devolución del porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las primas previsionales, debidamente discriminados e indexados, conforme a las razones plasmadas en la parte motiva.



**SEGUNDO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia No. 114 del 16 de septiembre de 2021, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Quibdó, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO. - Sin costas** en esta instancia. Fenecida la misma, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados<sup>18</sup>,

  
**LUZ EDITH DÍAZ URRUTIA**

  
**JHON ROGER LÓPEZ GARTNER**

  
**MÓNICA PATRICIA RODRÍGUEZ ORTEGA**

**Firmado Por:**

**Luz Edith Diaz Urrutia**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 3 Única**  
**Tribunal Superior De Quibdo - Choco**

**Jhon Roger Lopez Gartner**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 2 Única**  
**Tribunal Superior De Quibdo - Choco**

**Monica Patricia Rodriguez Ortega**  
**Magistrada**  
**Sala Única**

<sup>18</sup> Firma escaneada y electrónica. Decreto 491 de 2020, artículo 11. Decreto 1287 del 24 de septiembre de 2020, artículo 2. Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11632, mediante los cuales el Consejo Superior de la Judicatura adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor, por haberse visto afectado el país con casos de la enfermedad denominada COVID-19, catalogada por la Organización Mundial de la salud como una Pandemia, emergencia de salud pública de impacto mundial, entre ellas el trabajo en casa y el uso de herramientas tecnológicas de apoyo.



## Tribunal Superior De Quibdo - Choco

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:

**2ea2a6ffe02ea05712c0c16201b8c585a1fe019806ae1aa5652004f8088f7c91**

Documento generado en 17/03/2022 02:12:36 PM

17

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

