

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: JAIME LÓPEZ AYALA
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 76001-3105-018-2022-00672-01
ASUNTO: Apelación y Consulta sentencia 29 de febrero 10 de 2023
ORIGEN: Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Ineficacia de traslado de régimen pensional.
DECISIÓN: Adiciona, revoca parcialmente y confirma.

MAGISTRADA PONENTE: MARIA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy veintiocho (28) de marzo 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 CHAVEZ 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 la apelación interpuesta por PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia 29 de febrero 10 de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **JAIME LÓPEZ AYALA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-3105-018-2022-00672-01**.

SENTENCIA No. 018

DEMANDA¹. El promotor de la acción pretende se declare la nulidad o la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) efectuado a PORVENIR S.A y posteriormente a PROTECCIÓN S.A., ordenándose por tanto, a través de sentencia, el retorno del demandante a COLPENSIONES entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida, y que PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A., una vez ejecutoriada la sentencia, se sirva trasladar los aportes efectuados junto con sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, asumiendo las diferencias a que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias

¹ Fs. 2-144 Archivo 03 Expediente Digital

entre regímenes y las cotizaciones voluntarias, si se hicieron; más el pago de lo que resulte extra y ultra petita a favor del demandante de conformidad con el art. 50 del CPL, y las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 28 de noviembre de 1961, a la fecha cuenta con 61 años de edad e inició sus cotizaciones al RPPD desde enero de 1982 a COLPENSIONES, en enero de 1985 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S. A., porque el fondo privado le dijo que el ISS se iba a quebrar y que en el fondo privado se podía pensionar por un monto mayor con los mismos aportes que hacía al RPMPD; en mayo de 2008 se trasladó a PROTECCIÓN S.A., sin información de parte de este fondo, no tuvo por los fondos privados información ni asesoría veraz; el 25 de agosto de 2022 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, lo que le fue negado; su mesada en COLPENSIONES sería de \$3.000.000, agotó su reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PROTECCIÓN S.A.². Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, y alegó que no puede declararse la ineficacia del traslado porque se cumplió con todos los requisitos legales y, por ende, la selección del régimen la realizó el señor JAIME LÓPEZ de forma libre, espontánea y sin presiones y, porque la asesoría prestada por esa AFP se realiza con total profesionalismo y ética, contando todos los asesores sin excepción con un instructivo o guía que debían seguir para asesorar de forma clara y entendible a futuros clientes o clientes ya afiliados, dependiendo de su variación del perfil en el tiempo; con una capacitación e instructivo para cada cliente de obligatorio cumplimiento, de acuerdo a su estado actual laboral, familiar y de ingresos, haciéndole conocer los riesgos en el evento que existieran, y así poderlo orientar con el fin de que cada uno tomara su propia decisión de afiliarse o no; con explicaciones claras y comprensibles, tanto de la situación financiera actual como de la futura, siendo lo suficientemente ilustrado, para que tomara su decisión de afiliarse y de permanecer en el RAIS de manera consciente. En los fundamentos y razones de la defensa refirió que se trató de un acto jurídico válido, eficaz, oponible a terceros, que el demandante realizó actuaciones de relacionamiento convalidando su decisión de permanecer en el RAIS, no ejerció su facultad de regresar al RPM, expuso la irretroactividad de la ley, las obligaciones de los consumidores financieros, que el desconocimiento de la ley no es excusa, que nadie puede alegar en su favor su propia culpa, prescripción y convalidación. Presentó como excepciones la

² Fs. 1-84 Archivo 7 Expediente Digital

inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe e innominada.

PORVENIR S.A.³. Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado desde el RPMPD al RAIS se efectuó, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación - documento público- que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; el cual se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Que se le garantizó por esa AFP el derecho de retracto, tal como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 3800 del mismo año, ya que las administradoras de fondos pensionales el 14 de enero de 2004, publicaron en el diario El Tiempo en un comunicado de prensa, la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003; que el demandante también tenía el deber de informarse, se cumplió con la finalidad del SGSS en pensiones, que no ejerció su facultad de regresar al RPM, refiere que no es procedente el traslado de los gastos de administración ni de las primas de seguros previsionales. Propone como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y genérica.

COLPENSIONES⁴. Se opuso a todas las pretensiones, arguyendo la improcedencia de declarar las nulidades solicitadas, pues se violaría el principio de legalidad de la administración pública, y desconocería el ordenamiento jurídico y jurisprudencial previsto; así como la posibilidad de libre elección que en su momento ejerciere la parte demandante. Por lo anterior, al ser el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP privada legalmente válido, por haberse conocido debidamente la información concerniente a la afiliación al régimen en que se encuentra el actor, no habría lugar a declararse la existencia de vicios del consentimiento, no hubo error, ni violación del artículo 1502 del código civil colombiano. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y carencia de derecho, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, innominada o genérica.

³ Fs. 1-151 Archivo 10 Expediente Digital

⁴ Fs. 1-57 Archivo 12 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia # 29 de febrero 10 de 2023, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y en consecuencia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado por el señor JAIME LÓPEZ AMAYA a PORVENIR S.A. en el año 1985 y a PROTECCIÓN S.A. en el año 2008, retornándolo al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN, a transferir a COLPENSIONES en el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de su sentencia todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como, **de forma enunciativa**, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro; y de manera correlativa, COLPENSIONES tendrá que aceptar el traslado del demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a COLPENSIONES de manera indexada con cargo a su propio peculio. Condenó a PORVENIR S.A. a que, en el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, traslade a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantías de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro, sumas que deberán trasladar debidamente indexadas y con cargo a su propio patrimonio. Ordenó a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. a informar al demandante la fecha y capital que traslada a COLPENSIONES, los que deberán ser discriminados detalladamente con sus respectivos valores, respecto de los ciclos, IBC, aportes y demás información que deban en cumplimiento de esta sentencia trasladar y/o retornar, con la que acredite plenamente y de buena fe el cumplimiento de esta sentencia. Condenó a COLPENSIONES para que una vez realizado el traslado ordenado en los numerales tercero y cuarto de la presente sentencia, acepte dentro del término de 30 días siguiente de tal acto, el traslado efectuado del señor JAIME LÓPEZ AYALA, sin solución de continuidad ni cargas adicionales y proceda dentro del mismo término a actualizar la historia laboral del accionante; con costas a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago y a cargo de cada una de las partes demandadas, y a favor del actor.

Fundamentó su decisión, luego de acopiar la jurisprudencia que tiene decantado el tema, en el hecho que la única prueba aportada fue el formulario preimpreso, lo que en modo alguno demuestra que por el fondo privado se hubiere dado al demandante la información veraz, coherente, indicada y suficiente, por lo cual el traslado inicial y el subsiguiente son ineficaces, lo que opera de pleno derecho; es insaneable e imprescriptible.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

PORVENIR S.A. Apela la sentencia en los siguientes puntos, ratifica la validez de la vinculación del demandante a la AFP PORVENIR, acto que realizó de manera libre y voluntaria, respaldada con la información que se le brindó al momento de suscribir dicho formulario y conforme a las disposiciones legales establecidas para dicho momento; invoca que la Corte Suprema de Justicia, le ha dado al deber de información a cargo de los fondos de pensiones, un alcance que no le corresponde con la norma que regía en dicho momento, se está aplicando una norma de manera retroactiva, no vigente al momento de ese traslado; descargándose al demandante de toda responsabilidad, cuando él también debió indagar y ha disfrutado de las prerrogativas del RAIS, ha efectuado traslados que denotan su consentimiento de seguir en el régimen privado; lo único que motiva su inconformidad es la mesada que va a recibir y eso no es motivo de ineficacia; refiere que los rendimientos fueron trasladados a PROTECCIÓN en el 2008, solicita se revoque la imposición de trasladar los gastos de administración, considerando que la misma es improcedente pues los gastos de administración o comisión están direccionados a retribuir la gestión que deben desarrollar las AFP que hacen parte del sistema general de pensiones, así que dicha comisión no es del afiliado, pues tanto en el RAIS como en el RPMPD, la ley dispone dicho porcentaje a favor de las administradoras y por tanto, ordenar que se devuelvan, originan un enriquecimiento sin causa y el pago de lo no debido a favor de COLPENSIONES que no desplegó gestión alguna; se opone igualmente a la devolución de las primas de seguros y reaseguros, de previsión de invalidez y muerte porque ellos cumplieron el objeto contractual de asegurar al demandante frente a los riesgos referidos, así no se hubieren presentado reclamaciones; se opone igualmente a la indexación de esos rubros pues ya eso se pasó en el 2008 a PROTECCIÓN S.A., se le está sometiendo a un doble cobro; adicionalmente alega que esta acción de “nulidad” sí está sujeta a la prescripción que ya operó, por lo que debe revocarse la sentencia.

COLPENSIONES. Inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación parcial, solicitando la revocatoria de la condena en costas, argumentando que su representada no participó en el acto del traslado ni era competente para declarar la

Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali

ineficacia del traslado, no tiene responsabilidad alguna en los hechos, e invoca, como antecedentes, las decisiones de algunas salas de los Tribunales Superiores de Bogotá y Pasto.

PROTECCIÓN S.A. No interpuso recurso.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, dentro del cual solo PORVENIR presentó alegatos reiterando lo mencionado en su contestación y recurso de apelación. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

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

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 accionante al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR; (ii) si en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a PORVENIR la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros y reaseguros, de previsión de invalidez y muerte al RPMDP; (iii) si PORVENIR debe devolver esos emolumentos indexados a COLPENSIONES, cuando ya los recibió PROTECCIÓN en el 2008; (iv) si operó la prescripción de la acción de “nulidad” de traslado; (v) si deben revocarse las costas a cargo de COLPENSIONES acorde a la argumentación presentada por su apoderada; y (vi) desatar la CONSULTA en favor de COLPENSIONES, lo cual implica revisar que las condenas que se le han imputado estén ajustadas a derecho.

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.

Ergo, 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, cobra especial relevancia 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 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, # 33.083 del 22 de noviembre de 2011,

SL12136 rad. # 46.292 del 3 de septiembre de 2014, SL2611-2020 del 01 de julio de 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 la 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, corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró 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. ni posteriormente PROTECCIÓN, que tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

Al respecto, 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 tal 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.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante PORVENIR S.A. (f. 39 Archivo 10 ED) única prueba

acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que él 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 pregonaba la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL 1055 de 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, por lo que no le asiste razón a PORVENIR en su recurso de apelación al señalar que se le ha dado al derecho de información un alcance que no correspondía para la época en que se afilió el actor.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a las AFP privadas demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía, y no lo hicieron.

Corolario se CONFIRMARÁ la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado del Señor JAIME LÓPEZ AYALA al RAIS con PORVENIR S.A. en el año 1995 y con PROTECCIÓN S. A. en el año 2008 (...), ADICIONÁNDOSE el numeral segundo de la misma en el sentido de agregar 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.

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; además y con cargo a su propio peculio, PORVENIR devolverá también los gastos de administración que se generaron por la afiliación del actor con esa entidad, previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dicha AFP, 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. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por PORVERNIR S.A. deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales tanto por PORVENIR S.A. como por PROTECCIÓN S.A., no existen razones jurídicas para que esas AFP no trasladen 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 las entidades privadas, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir al demandante nuevamente en el RPM, 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. Los conceptos a devolver 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), como lo señaló la a quo, por lo cual se CONFIRMARÁ en todo ello la sentencia de primera instancia.

Comoquiera que, subsidiariamente PORVENIR invoca la prescripción de la acción de “nulidad” de traslado, no huelga recordar que la prescripción frente a la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción 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

Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial Cali

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

Ahora, frente al recurso de apelación de COLPENSIONES, que solicita la revocatoria de costas a su cargo, la Sala accederá a revocar las de primera instancia a su cargo, 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. Por lo anterior, REVOCARÁ parcialmente el numeral SÉPTIMO de la demanda de primera instancia, en el sentido de REVOCAR las condenas impuestas a COLPENSIONES por la a quo.

Acorde lo definido por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Sumado a lo anterior, el Acto 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema». Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467

fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, señaló que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 de mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Ergo, para 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.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será ADICIONADA en el numeral segundo, revocada parcialmente en el séptimo y CONFIRMADA en todo lo demás.

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

Por lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia 29 de febrero 10 de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho 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.

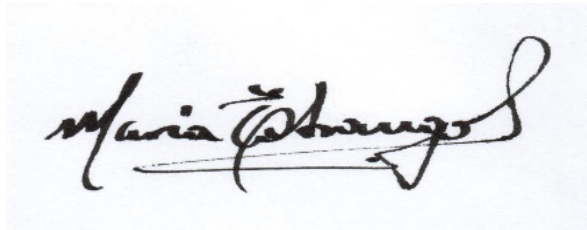
SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral SÉPTIMO de la sentencia 29 de febrero 10 de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de REVOCAR las costas impuestas a COLPENSIONES en primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, a favor del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA