

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: FERNANDO SÁNCHEZ PRADA
DEMANDADOS: COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN: 76001-31-05-006-2021-00317-01
ASUNTO: Apelación y Consulta sentencia de enero 27 de 2023
ORIGEN: Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Ineficacia de traslado de régimen pensional
DECISIÓN: ADICIONA

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHÁVEZ NIÑO, NATALIA PINILLA ZULETA y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia No. 31 del 27 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **FERNANDO SÁNCHEZ PRADA** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-006-2021-00317-01**, dentro del cual se integró como litis consorte necesario a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SENTENCIA No. 096

DEMANDA¹. El promotor de la acción pretende se declare la anulación por ineficacia del traslado de régimen pensional realizado a través de la AFP COLMENA AIG S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; como consecuencia de ello, se ordene su traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES como si

¹ Fs. 8-28 Archivo 01 Expediente Digital

nunca se hubiera trasladado al RAIS; se ordene a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones y sus rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y cualquier otro, con cargo a su propio patrimonio, y se condene a las demandadas en costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 27 de noviembre de 1964; cotizó en el RPMPD a través del ISS, del 27 de mayo de 1983 al 31 de mayo de 1994, un total de 385,29 semanas; que el 2 de mayo de 1994 recibió en su lugar de trabajo la visita de un promotor de la AFP COLMENA AIG S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., quien le proporcionó información sesgada que lo llevó a trasladarse al RAIS, pues se le indicó que en ese régimen obtendría una mejor pensión y que podía pensionarse a cualquier edad, además que estaban en riesgo sus aportes al ISS porque esa entidad se iba a acabar, pero no se le informó sobre las consecuencias del traslado, ni las características del régimen ofertado; posteriormente, se trasladó a COLFONDOS S.A., AFP en la cual se encuentra vinculado actualmente; solicitó a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. declarar la nulidad de sus afiliaciones a esas AFP, pero le fueron negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PROTECCIÓN S.A.². La administradora se opuso a las prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, sostuvo que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, encontrándose válidamente afiliado al RAIS, sin que se logre demostrar la causal de nulidad que invalide lo actuado, más aún cuando no existió omisión por parte de la entidad de entregarle la información que el mismo requería para que tomara una decisión referente al traslado del RPM al RAIS de manera informada, pues la entidad actuó de manera profesional, transparente y prudente en contraposición a lo afirmado en la demanda. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A.; validez del traslado de régimen del RPM al RAIS; buena fe; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o

² Fs. 2-39 Archivo 03 Expediente Digital

ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción; carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen; inexistencia de engaño y de expectativa legítima; nadie puede ir en contra de sus propios actos; compensación y la innominada.

COLFONDOS S.A.³. La AFP presentó oposición a las pretensiones bajo el argumento que bía lugar a que se declare la nulidad del traslado por haberse realizado con todos los requisitos que la normatividad legal exige. Agregó, que en el evento de que se declare la nulidad del traslado, sólo existiría la obligación de devolver el saldo de la cuenta de ahorro individual, sin ninguna asuma adicional. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la innominada.

COLPENSIONES.⁴ La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el actor eligió de forma libre, espontánea y sin presiones trasladarse al RAIS, aunado a que no cumple con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003 para retornar al RPMPD. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

PORVENIR S.A.⁵. La AFP integrada a la litis presentó oposición a todas las pretensiones del libelo y, como argumentos de defensa, sostuvo que no es dable que se declare que el actor se encuentra válidamente afiliado al RPMPD por cuanto no puede omitirse que realizó traslado y generó aportes en cuentas del fondo privado por más de 28 años, sin mostrar ninguna inconformidad, y sólo después de presentar una solicitud que le ha sido negada, alega una supuesta nulidad de la decisión que tomó en el año 1994, sin que existan vicios en el consentimiento para probar la nulidad deprecada en su traslado al RAIS. Propone como excepciones de fondo las que

³ Fs. 3-21 Archivo 04 Expediente Digital

⁴ Fs. 3-16 Archivo 06 Expediente Digital

⁵ Fs. 2-27 Archivo 01 Expediente Digital

denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, restituciones mutuas y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 31 del 27 de enero de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor FERNANDO SÁNCHEZ PRADA del RMPPD al RAIS, el 1° de junio de 1994; ordenó a COLPENSIONES recibir al demandante como afiliado sin solución de continuidad; ordenó a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS; no dio prosperidad a las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Como fundamento de su decisión, señaló la a quo, en síntesis, que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP del RAIS, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, por ejemplo, qué consecuencias tendría el traslado de régimen pensional, qué beneficios obtendría y cuáles perdería, y qué perjuicios se generarían, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de ese acto, junto con las consecuencias propias que ello acarrea para la AFP del RAIS en la cual está actualmente vinculado el actor, en este caso, COLFONDOS S.A., de trasladar al RPMPD todo el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los gastos de administración.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que se debe ordenar además de los gastos de administración, la devolución de las primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en sumas

debidamente indexadas y con cargo los propios recursos de las tres AFP del RAIS, conforme lo indicado en las sentencias SL3871-2021 y SL1055-2022.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. COLPENSIONES reiteró los argumentos del recurso de apelación. PORVENIR S.A. insistió en la tesis planteada en la contestación de la demanda. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

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 señor FERNANDO SÁNCHEZ PRADA al RAIS administrado por COLMENA AIG S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y; **(ii)** si en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, es procedente ordenar a las AFP del RAIS demandadas, la devolución de los gastos de administración al RPMDP y demás emolumentos recibidos durante el tiempo de permanencia del promotor de la acción en el régimen privado.

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

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto: **i)** que el señor FERNANDO SÁNCHEZ PRADA se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 27 de mayo de 1983, y realizó cotizaciones en dicho régimen hasta el 31 de mayo de 1994 (fs. 23-26 Archivo 06 ED); **ii)** Que presentó solicitud de vinculación a la AFP COLMENA AIG S.A., el 2 de mayo de 1994 (f. 43 Archivo 03 ED); **iii)** Que si afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1° de junio de 1994 (f. 74 Archivo 18 ED); **iv)** Que se trasladó a PORVENIR S.A., el 1° de enero de

1996 (fs. 77-79 Archivo 18 ED) y; ▼) Que se trasladó a COLFONDOS S.A., el 1º de enero de 2005, siendo esa la AFP a la cual está actualmente vinculado (fs. 180-186 Archivo 01 ED).

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, como quiera que el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en una más reciente SL 1055 de 2 de marzo de 2022, esta última con ponencia del Honorable Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, “... el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial

afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.” (Subraya la Sala). Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

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

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

En relación con este aspecto, es menester recordar que la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del

CPTSS, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información al afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

En este caso, a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante la AFP COLMENA AIG S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 2 de mayo de 1994 (f. 43 Archivo 03 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 y mucho menos que el promotor de la acción conocía sobre las consecuencias que el traslado de régimen acarrearía frente a su derecho pensional, teniendo en cuenta que era deber de la administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que éste último pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo al juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

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

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a ninguna de las AFP privadas convocadas al proceso, 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 podías 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, pues ninguna de ellas aportó elemento de prueba, más allá de formulario de afiliación, para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado del señor FERNANDO SÁNCHEZ PRADA, no obstante, se adicionará el numeral primero de la misma en el sentido de agregar que, para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Por ello, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden a COLFONDOS S.A. de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Frente a la devolución de los gastos de administración, se tiene que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante, como ya se dijo, se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que ésta se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos; lo anterior es ya, un tema pacífico y reiterado en la jurisprudencia de la casación laboral de nuestra Corte Suprema, ver, entre otras, las sentencias SL373 de 2021, SL4989-2018, SL17595-2017, e incluso, desde la sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, que indicó:

“(...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue consecuencia de la conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (...)”

En ese sentido, como quiera que en el proceso no hay medio probatorio alguno para demostrar el cumplimiento de la obligación de información que le correspondía frente al demandante, ilustrándolo acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado; ergo la afiliación al RAIS es ineficaz y, en consecuencia, las cosas vuelven al *statu quo* (CSJ SC3201-2018, SL1688-2019, y SL373-2021).

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de la AFP COLMENA AIG S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., no existen razones jurídicas para que esa AFP no traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del accionante, incluidos los gastos de administración, pues de no retornarlos, ello se constituiría en un enriquecimiento sin causa por parte de la entidad privada, y en un perjuicio para COLPENSIONES, ya que al tener que recibir al demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones.

En ese sentido, le asiste razón a la recurrente, pues el a quo omitió referirse a la obligación de devolver tales gastos que también tienen PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., además de la obligación de todas las AFP del RAIS llamadas a juicios de retornar las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los cuales también han de ser trasladados a COLPENSIONES, como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989, reiterada, entre otras muchas, en las decisiones CSJ SL1501-2022 y CSJ SL1652-2022.

De acuerdo con lo anterior, es procedente adicionar la sentencia en el sentido de disponer que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán transferir a aquélla que deberá recibir, los gastos de administración que

hayan cobrado durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada una de dichas AFP. Asimismo, que todas las AFP del RAIS que integran el extremo pasivo, deberán transferir lo correspondiente a las primas de los seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos los conceptos con cargo a sus propios recursos y además, en valores que deberán ser debidamente indexados, por el tiempo que el demandante estuvo afiliado al RAIS (SL3871-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021 y CSJ SL1055-2022).

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

La misma lógica, además, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y los demás conceptos que ha de devolver la AFP del RAIS, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687- 2021), amén que las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan al *statu quo*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES, en lo expuesto en la contestación de la demanda relativo a que por faltarle al

demandante menos de 10 años para pensionarse conforme la prohibición en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, le impedía trasladarse, pues como ya se dijo, lo que prima es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional, ergo la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que se produjese el acto que se está declarando ineficaz, como si su vinculación al RAIS nunca hubiera existido.

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

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

Ergo, en aplicación de la línea jurisprudencial pacífica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida,

atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora, por lo cual se confirmará la decisión en ese sentido.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada. Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso de apelación.

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 **PRIMERO** de la Sentencia No. 31 del 27 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, agregando que: En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

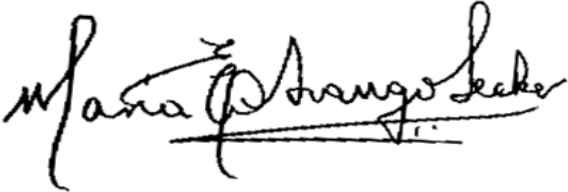
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que el señor **FERNANDO SÁNCHEZ PRADA** estuvo afiliado en cada una de esas AFP del RAIS. Adicionalmente, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

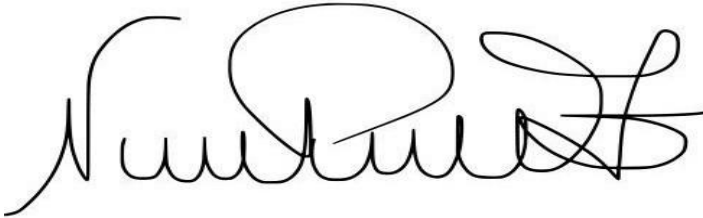
Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA