REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

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

DEMANDANTE:	***JORGE ENRIQUE CORREA CHARRÍA***
DEMANDADOS:	***COLPENSIONES Y OTROS***
RADICACIÓN:	***76001-31-05-019-2022-00184-01***
ASUNTO:	***Apelación y Consulta sentencia de abril 27 de 2023***
ORIGEN:	***Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali***
TEMA:	***Ineficacia de traslado de régimen pensional***
DECISIÓN:	***CONFIRMA, revoca parcialmente costas a cargo de Colpensiones.***

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, NATALIA MARÍA 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 grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, frente a la Sentencia No. 83 del 27 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **JORGE ENRIQUE CORREA CHARRÍA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**,con radicado No. **76001-31-05-019-2022-00184-01.**

SENTENCIA No. 125

DEMANDA y SUBSANACIÓN[1]. El promotor de la acción pretende se declare la nulidad de la vinculación o traslado al RAIS, administrado actualmente por PROTECCIÓN S. A., y de su vinculación a PORVENIR S. A.; como consecuencia de ello, se ordene su regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES; se ordene a PROTECCIÓN S. A. y a PORVENIR S. A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta

[1] Fs. 8-28 Archivo 01 Expediente Digital y fs. 1-9, ED 6.

individual del accionante, que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones y sus rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y cualquier otro, y se condene a las demandadas en costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 02 de septiembre de 1962; cotizó en el RPMPD a través del ISS, del 13 de marzo de 1984 al 30 de julio de 2002, un total de 557,5 semanas y más de 1.496 semanas en el sistema general de pensiones; que en el año 2002 empezó a recibir invitaciones a reuniones, llamadas telefónicas y obsequios de funcionarios del fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., quienes, por instrucciones de la oficina de Gestión Humana de su empresa, les proporcionaron información sesgada, tanto a él como a sus compañeros, 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, de manera anticipada, 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, en julio de 2003, se trasladó a PORVENIR S.A., AFP en la cual se encuentra vinculado actualmente; solicitó a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES S.A. declarar la nulidad de sus afiliaciones a esas AFP, pero le fueron negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES.[2]. La AFP del RPMPD no se opuso a la declaratoria de nulidad de la vinculación a las AFP privadas, por tratarse de peticiones ajenas a su representada, se opuso al regreso automático a su representada con el traslado de todos los valores de la cuenta y demás, pues ello no es viable según la ley por haberse superado el tiempo para ese retorno y la edad del afiliado, así como a la condena en costas a este fondo, ajeno a las decisiones y actuación del demandante y los otros demandados. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y carencia de derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, compensación, genérica y la inoponibilidad por ser tercero de buena fe.

PORVENIR S.A.[3]**.** La AFP presentó oposición a trasladar los gastos de administración, frutos e intereses, bono pensional, sumas adicionales de la

[2] Fs. 1-11 Archivo 11 Expediente Digital, Anexos fs. 1-17 Archivo 12 Expediente Digital
[3] Fs. 1-14 Archivo 18 Expediente Digital, Anexos fs. 1-92 Archivo 19 Expediente Digital

aseguradora o cualquier otro tipo de condenada adicional, y a la condena en costas a su representada por asistirle ánimo conciliatorio; no se opuso al traslado de régimen, lo cual conlleva aportes y rendimientos. Como argumentos de defensa, sostuvo que, el accionante, conforme a la historia laboral consolidada de PORVENIR registra 633 semanas en el RPM; del resumen de la historia laboral del RAIS AFP Porvenir, se aprecia un total de 954.4 semanas, en otras AFP's del RAIS 22.5, para un total de 1610; y después de permanecer 20 años afiliado a la AFP, solicita traslado de régimen ante PORVENIR S.A, sin manifestar ningún tipo de engaño o nulidad de la afiliación. Así mismo existen elementos posteriores a la afiliación, que podrían considerarse como constitutivos de la voluntad consciente de la persona de mantenerse en el régimen y se traducen en la irrefutable creencia de que el afiliado contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección; tales como las interacciones que el afiliado con la AFP, el recibo de extractos, quejas o reclamos por parte del afiliado, la utilización y recepción de la información pública suministrada por las AFP's a través de los diferentes canales de información audiovisual, radial e internet. Es importante destacar el documento aportado como prueba con el nombre detalle de análisis jurídico, por cuanto se evidencia que PORVENIR ha realizado una buena gestión teniendo en cuenta los rendimientos que a la fecha registra en la cuenta individual de ahorro pensional. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Hecho exclusivo de un tercero, prescripción, falta de causa para pedir - inexistencia de la obligación, buena fe, improcedencia de traslado de gastos de administración en caso de condena, restituciones mutuas y la innominada.

PROTECCIÓN S.A.[4]. La administradora se opuso a la prosperidad de las pretensiones contra su representada y no se opuso frente a las dirigidas contra otras entidades 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

[4] Fs. 1-10 Archivo 22 Expediente Digital, Anexos fs. 1-14 Archivo 23 Expediente Digital

en la demanda. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia # 83 de abril 27 de 2023, dispuso:

> ***"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las excepciones formuladas por* ***COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.,*** *frente a las pretensiones encaminadas a la Ineficacia del Traslado.*
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de* ***Jorge Enrique Correa Charria*** *acaecido el 20 de junio de 2002 retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por Colpensiones, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.*
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a Porvenir S.A a que en el término de treinta (30) días a partir de la notificación de esta providencia proceda a transferir a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual de Jorge Enrique Correa Charria incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, y -bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, todo con cargo al patrimonio propio de Porvenir S.A., este último por todo el tiempo que estuvo afiliado el actor al RAIS.*
> ***CUARTO: ORDENAR*** *que Colpensiones reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de Jorge Enrique Correa Charria, siempre que se cumplan las condiciones referentes al traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual referidas en el numeral anterior, y que en el término no mayor a quince días (15) expida una historia laboral actualizada y sin inconsistencias en la que reposen las cotizaciones efectuadas al RAIS como las cotizadas a RPM siempre que se hayan aportado en debida forma por parte del empleador o por parte del trabajador.*
> ***QUINTO: CONDENAR*** *en costas a Protección S.A, Porvenir S.A. y Colpensiones, fijando la suma de 1 salario mínimo mensual legal vigente como agencias en derecho, valor que deberán cancelar esas entidades por partes iguales a favor de la parte demandante.*

Para respaldar su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de las AFP del RAIS, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo no se verificó que los fondos privados hubieren 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, de trasladar al RPMPD todo el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, y -bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, todo con cargo al patrimonio propio de Porvenir S.A., este último por todo el tiempo que estuvo afiliada el actor al RAIS.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

PORVENIR interpuso recurso de apelación, solicitando al ad quem modificar el numeral tercero de la sentencia, aplicando la prescripción de los gastos de administración porque no son derechos fundamentales, se usaron en favor del demandante y de no haberse trasladado también se hubieren generado en el RPM.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, presentándolos COLPENSIONES y PORVENIR ratificándose en los fundamentos de la contestación de la demanda y las demás partes procesales guardaron silencio.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor de los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "…las materias objeto del recurso de apelación…" presentado por PORVENIR, de conformidad con el principio de consonancia, más el estudio de la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada por PORVENIR, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se centran a resolver: **(i)** si se cumplen o no los

presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor JORGE ENRIQUE CORREA CHARRÍA al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a PORVENIR S. A.; **(ii)** sí 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 los regímenes privados.

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 JORGE ENRIQUE CORREA CHARRÍA se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 13 de marzo de 1984, y realizó cotizaciones en dicho régimen hasta el 30 de julio de 2002, **ii)** Que se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN presentó solicitud de vinculación a la AFP ING S.A., el 20 de junio de 2002 (f. 4 Archivo 23 ED); **iii)** Que su afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1º de agosto de 2002; **iv)** Que se trasladó a PORVENIR S.A., a partir del el 1º de julio de 2003 (fs. 27 Archivo 19 ED), siendo esa la AFP a la cual está actualmente vinculado.

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, 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 sí 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 ING 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 adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, aplicable por analogía del artículo 145 del CPTSS, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información al afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ *"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"* (SL2817-2019). Bajo ese panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que éstos aporten las pruebas que constaten la información brindada.

En este caso, a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante la AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 20 de junio de 2002 (f. 4 Archivo 23 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 ING 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 pregona la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia SL1055-2022, desde el orden jurídico sí se contemplaba un deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema, el legislador previó en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional.

Aunado a lo anterior debe decirse que dentro del proceso no se le exigió a 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 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, 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 JORGE ENRIQUE CORREA CHARRIA, no obstante, se adicionará el numeral segundo de la misma en el sentido de agregar que, para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Por ello, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada

la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden a PORVENIR 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 PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S. A., no existen razones jurídicas para que esas AFP's 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 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, lo anterior, 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. Con lo cual a la vez que se resuelve este punto de la consulta, también se da respuesta a la alzada de PORVENIR.

Siendo procedente adicionar la sentencia en el sentido de disponer que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deberán transferir a COLPENSIONES, 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, 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, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

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

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

Asimismo, se tiene que, como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria 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 y se revocarán las costas impuestas a COLPENSIONES en la primera instancia, comoquiera que el fondo pensional público 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 quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de REVOCAR la condena impuesta a COLPENSIONES por el a quo.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR por no prosperar su recurso de apelación inclúyanse como agencias en derecho la suma de un SMMLV.

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 No. 83 del 27 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve 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.

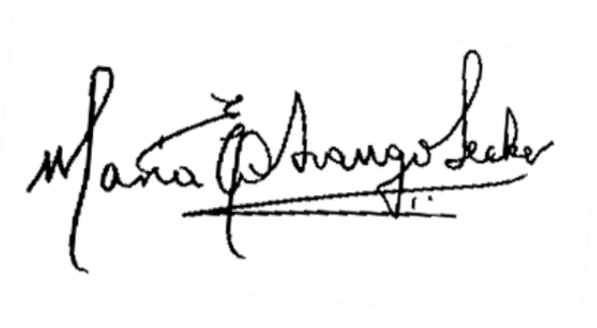
SEGUNDO: **ADICIONAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia ya identificada, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A**, y **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el tiempo en que el señor **JORGE ENRIQUE CORREA CHARRIA** estuvo afiliado en cada una de esas AFP del RAIS, 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: **REVOCAR parcialmente el numeral QUINTO para ABSOLVER a COLPENSIONES de las costas que le fueren impuestas en la primera instancia y CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR, inclúyanse como agencias en derecho la suma de un SMMLV.

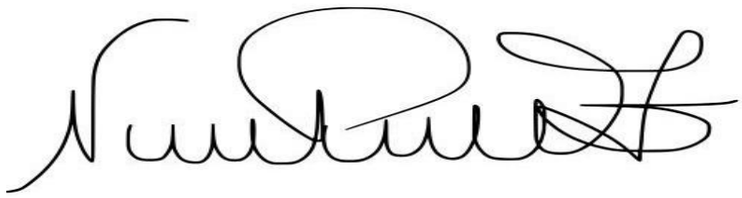
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA