REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL

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

DEMANDANTE: ***MARÍA BEATRIZ GÓMEZ GUERRERO***
DEMANDADOS: ***COLPENSIONES Y OTROS***
RADICACIÓN: ***76001-31-05-010-2021-00391-01***
ASUNTO: ***Apelación y Consulta sentencia de octubre 28 de 2022***
ORIGEN: ***Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali***
TEMA: ***Ineficacia de traslado de régimen pensional***
DECISIÓN: ***REVOCA PARCIALMENTE y ADICIONA***

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, dieciocho (18) de julio 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, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO 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. 206 del 28 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **MARÍA BEATRIZ GÓMEZ GUERRERO** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-010-2021-00391-01.**

SENTENCIA No. 131

DEMANDA[1]. La promotora de la acción pretende que se declare que COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. no cumplió con su deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS; como

[1] Fs. 1-32 Archivo 03 Expediente Digital

consecuencia de ello, se decrete la ineficacia del traslado al RAIS; se ordene a PROTECCION S.A trasladar al RPMPD los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES, como si nunca se hubiese surtido el traslado al RAIS; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado al RPMPD y, se condene en costas a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 16 de septiembre de 1967; que el 3 de mayo de 1993 fue afiliada por su empleador al extinto ISS; que en octubre de 1999, se trasladó al RAIS a través de la AFP a COLMENA hoy PROTECCION S.A.; que en junio de 2008 se trasladó a PORVENIR S.A.; que en enero de 2012 se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCION S.A.; que antes de cumplir los 47 años de edad no recibió por parte de PROTECCION S.A., asesoría respecto de la posibilidad de regresar de nuevo al RPMPD; que radicó formulario de afiliación ante COLPENSIONES, pero la afiliación fue rechazada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PROTECCIÓN S.A.[2]. La AFP se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, expuso que los fondos de pensiones que administran el RAIS suministran a los afiliados toda la información clara, comprensible y veraz en relación a las características propias de ambos regímenes, así como las ventajas y desventajas de cada uno. Razón por la cual, el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante gozó de plena validez, pues ésta se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria, desprovista de toda coacción y, en uso de sus plenas facultades. Del mismo modo, se le indicó que los requisitos para optar a las prestaciones en el RAIS y las condiciones propias de este régimen están consagrados en la ley, información precisa y explicada a los afiliados con anterioridad a su vinculación. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Validez de afiliación a PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarar 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 ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, inexistencia de engaño y de expectativa legitima, nadie puede ir en contra de sus propios actos,

[2] Fs. 3-41 Archivo 10 Expediente Digital

inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, compensación y la innominada.

COLPENSIONES.[3] La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que la accionante solicita ingresar al RPMPD faltándole menos de 10 años para la obtención de su derecho pensional y sin ser beneficiario del régimen de transición estipulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, sin tener presente lo señalado en literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 modificatorio del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de fondo que denominó: El traslado del demandante obedeció a su decisión libre y voluntaria y por tanto esta revestido de legalidad y eficacia, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, compensación, imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad y ponderación, violación al principio constitucional de "sostenibilidad del sistema", validez de la afiliación al R.A.I.S, no declaratoria de nulidad.

PORVENIR S.A.[4]**.** La AFP presentó oposición a todas las pretensiones del libelo y, como argumentos de defensa, sostuvo que la actora suscribió formulario de afiliación el 20 de junio de 2006 y solo hasta el 1º de agosto de 2006 se hizo efectiva dicha vinculación. Que después se realizó un traslado horizontal desde la AFP ING hacia PORVENIR S.A. Posteriormente, realizó un traslado a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A) el 23 de julio de 2009 que se hizo efectivo el 1º de septiembre de 2009. Finalmente, la demandante realizó un traslado horizontal hacia PORVENIR S.A el 18 de junio de 2010, que se hizo efectivo el 1º de agosto de 2010. Agregó, que la información proporcionada a la demandante fue veraz, real, oportuna y en virtud de lo anterior, al momento de suscribir formulario de traslado, fue ilustrada e informada suficientemente sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes (R.A.I.S. y RPM), tomando la misma la decisión de vincularse al RAIS, es decir, que su vinculación se realizó de forma libre, espontánea, sin presiones y totalmente informada. Propone como

[3] Fs. 2-18 Archivo 12 Expediente Digital
[4] Fs. 3-26 Archivo 11 Expediente Digital

excepciones de fondo las que denominó: Prescripción de la acción de nulidad, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 206 del 28 de octubre de 2022, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado que la demandante suscribió desde el RPMPD administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y por consiguiente la vinculación posterior realizada a PROTECCION S.A.; declaró como única afiliación válida de la demandante, la del RPMPD administrado por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; ordenó a COLPENSIONES recibir la totalidad de los recursos e imputarlas en sus respetivas cuentas del RPMPD, sin solución de continuidad, ni gastos adicionales y; condenó en costas a las demandadas.

Como fundamento de su decisión, señaló el a quo, en síntesis, que la jurisprudencia laboral ha sido reiterada en cuanto el deber de información que tienen las AFP previo a que se realice un traslado de régimen pensional, obligación que existe desde el momento en que se creó el SGSSP y; además, que es carga probatoria de las administradoras demostrar que cumplieron con dicha obligación, lo cual no hicieron las AFP del RAIS en este asunto, ya que del material probatorio obrante en el proceso no se pudo verificar que hubiesen cumplido con el deber de información en relación con las circunstancias particulares de la actora, razón por la que era procedente la declaratoria de la ineficacia de ese acto, junto con las consecuencias propias que ello acarrea para las AFP privadas de trasladar al RPMPD todos los valores recibidos como consecuencia de la afiliación de la demandante en el RAIS.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que se debe tener en cuenta el Decreto 2291 de 2010, del que se desprende que existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al SGSSP, destacando que el silencio en el transcurso del tiempo es una decisión consiente de permanecer en el régimen seleccionado a menos de que exista prueba de que el consentimiento fue viciado. Además, que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema, los afiliados al sistema no son iguales y, por tanto, no todos pueden ser catalogados como inexpertos o incapaces de tomar una decisión acertada. Asimismo, la Corte Constitucional ha indicado que el error de derecho no da lugar a declarar la nulidad absoluta. Agregó, que conforme el principio de responsabilidad fiscal, se deben adoptar decisiones que protejan el sistema pensional y prevalezca el interés general sobre el particular, pues la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Por último, indicó que no debe ser condenada en costas puesto que no participó en el traslado de la demandante y no tiene la potestad para decretar la nulidad de ese acto por si sola.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante hizo énfasis en el planteamiento de la demanda. PORVENIR S.A. reiteró los argumentos de defensa expuesto en la contestación de la demanda. Los demás sujetos procesales guardaron silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "…las materias objeto del recurso de apelación…" de conformidad con el principio de consonancia, y el artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S. estudiando además la consulta en favor de COLPENSIONES.

PROBLEMAS JURÍDICOS. 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 la señora MARÍA

BEATRIZ GÓMEZ GUERRERO al RAIS administrado por la AFP Colmena hoy PROTECCIÓN S.A.; **(ii)** en caso de prosperar la declaratoria de ineficacia, si 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 de la promotora de la acción en el régimen privado y; **(iii)** si la condena en costas impuesta a COLPENSIONES por el juez de primera instancia resulta viable o no.

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

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados dentro del presente asunto: **i)** que la señora MARÍA BEATRIZ GÓMEZ GUERRERO se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 3 de mayo de 1993, y realizó cotizaciones en dicho régimen hasta el 31 de octubre de 1999 (fs. 428-431 Archivo 12 ED); **ii)** que el 20 de octubre de 1999 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. (f. 47 Archivo 10 ED); **iii)** que el traslado al RAIS se hizo efectivo, el 1° de diciembre de 1999 (f. 48 Archivo 10 ED); **iv)** que el 20 de junio de 2006 se trasladó a PORVENIR S.A. (f. 35 Archivo 11 ED); **v)** que el 23 de junio de 2009 se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (f. 36 Archivo 11 ED) y; **vi)** que el 31 de enero de 2012 se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A., siendo esa la AFP a la cual está actualmente vinculada (f. 37 Archivo 11 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, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera ya pacífica y reiterada desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019 y en una más reciente SL 1055 de 2 de marzo de 2022, esta última con ponencia del Honorable Magistrado IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

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

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las AFP tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es el administrador experto, por ello, *"… el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."* (Subraya la Sala). Así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias con radicaciones Nos. 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado en Sentencia SL2611-2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia

SL1452-2019 de 3 de abril de 2019 y SL 1055 de 2022, cuando en esta última providencia la Corte recalca que "*ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para verificarse el deber de información la persona afiliada tenga que ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no".* (Resalta esta sala).

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, que asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, por ser el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la 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, si bien la demandante suscribió el formulario de afiliación con Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., no por ello puede deducirse que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que ésta 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 a la potencial afiliada todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para 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 la demandante al RAIS, no existía la obligación para las AFP 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 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 no aportaron elementos de prueba, más allá de formulario de afiliación, para demostrar tal aspecto.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de la señora MARÍA BEATRIZ GÓMEZ GUERRERO, pues 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 la actora y la orden a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. de remitir a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos.

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

> *"(…) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (…)"*

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

Colofón de la ineficacia del traslado de régimen declarada y ante el incumplimiento de sus obligaciones legales por parte de PORVENIR S.A., no existen razones jurídicas para que las AFP del RAIS no trasladen a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la accionante, incluidos los gastos de administración y demás emolumentos cobrados, 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 a la demandante nuevamente en el RPMPD, será este fondo administrador el obligado a reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones.

Sin embargo, habrá de adicionarse la sentencia en el entendido que el a quo omitió señalar que, al momento de cumplirse esa orden por las AFP del RAIS, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen., como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral desde las sentencias 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*.

De otro lado, hay que anotar que no le asiste razón a COLPENSIONES en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda relativos 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, 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 pacifica de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de ineficacia de traslado no afecta el principio de sostenibilidad financiera, ni repercute en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen se hará con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados

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

En lo que respecta a la condena en costas impuesta a COLPENSIONES, le asiste razón a la recurrente, como quiera que la ponente considera improcedente dicha condena y, por tanto, se revocará la misma, en razón a que la AFP pública no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia de la demandante 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.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada y revocada parcialmente. 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 **CUARTO** de la Sentencia No. 206 del 28 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **DECLARAR** que al momento de cumplirse las órdenes impartidas a **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, 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.

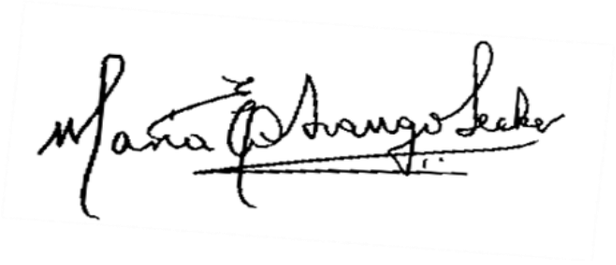
SEGUNDO: **REVOCAR** el numeral **SEXTO** de la sentencia, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de la condena en costas impuesta en primera instancia.

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

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO