

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: *LUIS HERNANDO REBOLLEDO CAICEDO*
DEMANDADOS: *COLPENSIONES Y OTROS*
RADICACIÓN: *76001-31-05-008-2023-00020-01*
ASUNTO: *Apelación y Consulta sentencia de marzo 21 de 2023*
ORIGEN: *Juzgado Octavo 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, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del 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 los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación, frente a la Sentencia No. 77 del 21 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **LUIS HERNANDO REBOLLEDO CAICEDO** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-008-2023-00020-01**.

SENTENCIA No. 150

DEMANDA¹. El promotor de la acción pretende se declare la nulidad o ineficacia del contrato de afiliación al RAIS que suscribió con PROTECCIÓN S.A. y posteriormente con PORVENIR S.A. debido a la falta de información amplia, clara, suficiente y veraz; como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR S.A, a trasladarlo al RPMPD administrado por COLPENSIONES,

¹ Fs. 3-7 Archivo 08 Expediente Digital

junto con la totalidad del capital ahorrado, con sus rendimientos y los gastos de administración, se ordene a esta última a aceptarlo en forma automática como afiliado, y se condene en costas procesales a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 4 de enero de 1966; que estuvo afiliado al otrora ISS del 17 de septiembre de 1987 al 30 de octubre de 1997, cotizando con salarios superiores al mínimo legal; que en noviembre de 1997, fue afiliado a PROTECCION S.A, por parte de su empleador TALLERES GAITÁN S.A. y posteriormente se trasladado a PORVENIR S.A, para el mes de octubre de 1999, pero para el momento de la afiliación al RAIS no se le brindó una información clara y precisa sobre la viabilidad de su traslado, por cuanto de forma verbal siempre le manifestaron que su mesada pensional iba a ser superior a la que pudiera recibir en el ISS hoy COLPENSIONES; que ha solicitado de manera voluntaria su intención de regresarse a COLPENSIONES, lo que le ha sido negado bajo la argumentación de que le falta menos de 10 años para el cumplimiento de la edad pensional.

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 se brindó una asesoría especializada e idónea al demandante por parte del promotor comercial, quien le informó acerca de las ventajas y desventajas que aparejaba el RAIS, sus variables financieras, los requisitos para generar el derecho a las prestaciones económicas, así como las características y diferencias propias de cada régimen pensional con el fin de determinar la conveniencia de permanecer en uno u otro conforme a sus expectativas pensionales. Agregó, que al demandante se le olvidó que al momento de la asesoría se le informó sobre los beneficios que tiene el RAIS tales como excedentes de libre disponibilidad, pensión anticipada, garantía de pensión mínima y que los ahorros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del afiliado forman parte de la masa sucesoral, entre otros. Propuso las excepciones de fondo que denominó: prescripción; prescripción de la acción de nulidad; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; validez del traslado del actor al rais; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de

² Fs. 2-22 Archivo 15 Expediente Digital

administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; prescripción de devolución de comisión o gastos de administración; compensación y pago; buena fe de la entidad demandada sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y la genérica.

COLPENSIONES.³ La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el acto por medio del cual el demandante se trasladó de régimen no adolece de algún vicio de consentimiento, por lo que se considera un acto consiente y voluntario al cual la entidad no se podía oponer en su debido momento, pues de haberlo hecho habría incurrido en la violación del derecho a la libre elección consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que, el actor deberá pensionarse en el fondo que actualmente se encuentra afiliado. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, buena fe de la entidad demandada, prescripción trienal, prescripción de la acción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe - inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social.

PORVENIR S.A.⁴ La AFP no presentó oposición a la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia y devolución de saldo de la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, pero se opuso a trasladar gastos de administración, frutos e intereses, bono pensional, mermas, sumas adicionales de la aseguradora o cualquier otro tipo de condenada adicional argumentando que el accionante después de permanecer 24 años afiliado a la AFP, solicita el traslado de régimen sin manifestar ningún tipo de engaño o nulidad de la afiliación; alega la existencia de elementos posteriores a la afiliación que podrían considerarse como constitutivos de la voluntad consciente de la persona de mantenerse en el régimen y que se traducen en la irrefutable creencia de que el afiliado contaba con todos los elementos para forjar con plena convicción su elección. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Hecho exclusivo de un tercero, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir inexistencia de la obligación, buena fe, improcedencia de traslado de gastos

³ Fs. 2-12 Archivo 12 Expediente Digital

⁴ Fs. 2-13 Archivo 14 Expediente Digital

de administración en caso de condena, restituciones mutuas y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 77 del 21 de marzo de 2023, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor LUIS HERNANDO REBOLLEDO CAICEDO del RMPPD al RAIS y que, en consecuencia, se entenderá que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todo el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros, así como los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esa AFP y declaró que al momento de cumplirse esta orden, 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; condenó PROTECCIÓN S.A. a devolver los gastos de administración debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esa AFP y; condenó en costas a las demandadas.

Como fundamento de su decisión, señaló la a quo, en síntesis, previa alusión a la línea jurisprudencial emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la ineficacia del traslado de régimen pensional, que PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga de la prueba de demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria al momento en que se trasladó el demandante, lo que implicaba informarle las diferencias entre ambos regímenes pensionales, cómo se distribuirían sus aportes en el RAIS, el cobro de gastos administrativos, que los rendimientos dependerían de factores financieros y cómo se calcula la pensión de vejez, para que éste tomara una decisión libre e informada, pero como no se hizo, se abre paso a la declaratoria de la ineficacia, junto con las consecuencias propias que ello acarrea para la AFP del RAIS en la cual está actualmente vinculado el actor, en este caso, PORVENIR S.A., de trasladar al RPMPD todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación, incluidos los gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentaje de fondo de

garantía de pensión mínima, todo debidamente indexado, con cargo a sus propios recursos y con la obligación de PROTECCIÓN S.A. de retornar los gastos de administración que cobró durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa AFP.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, como sustento de la alzada, argumentó que el actor cuenta con más de 52 años de edad, por lo que la afiliación al RAIS tiene plena validez y no procede declarar la nulidad o ineficacia, ya que de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el afiliado estaba en todo su derecho de trasladarse al régimen privado y la entidad no podía negarse a realizar dicho traslado y, al estar próximo a adquirir su derecho a la pensión de vejez, ya no puede cambiarse nuevamente de régimen pensional.

PORVENIR S.A. también apeló el fallo respecto de los gastos de administración argumentando que, del saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante, sus aportes sólo representan el 34 % del total y el restante 66 % corresponde a los rendimientos financieros que sean obtenidos debido a la buena gestión que ha hecho la AFP. Además, que quedó probado que se envió comunicación el 2 de diciembre de 2016 informando al actor que estaba próximo a alcanzar menos de diez años para cumplir la edad de pensión, lo que demuestra la buena fe y transparencia de la entidad, aunado que no tuvo nada que ver con el traslado, ya que éste se hizo con otra AFP. Asimismo, que de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, las primas de seguro previsional hacen parte de los gastos de administración y estos se le hubiesen cobrado en cualquiera de los dos regímenes pensionales. Finalmente, sostiene que conforme su intención de conciliar y que no se opuso al traslado de régimen con devolución de aportes y rendimientos, no debió ser condenada en costas.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, el que transcurrió en 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 LUIS HERNANDO REBOLLEDO CAICEDO al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A.; **(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 y; **(iii)** si la condena en costas impuesta a PROVENIR S.A. y COLPENSIONES por la jueza 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 el señor LUIS HERNANDO REBOLLEDO CAICEDO se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 17 de septiembre de 1987, y realizó cotizaciones en dicho régimen hasta el 30 de septiembre de 1997 (fs. 217-222 Archivo 12 ED); **ii)** Que presentó solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A., el 9 de septiembre de 1997 (f. 31 Archivo 15 ED); **iii)** Que la afiliación al RAIS se hizo efectiva, el 1° de noviembre de 1997 (f. 29 Archivo 15 ED) y; **iv)** Que se trasladó a PORVENIR S.A., el 1° de octubre de 1999, siendo esa la AFP a la cual está actualmente vinculado (f. 41 Archivo 14 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 al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó 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 PROTECCIÓN S.A., el 9 de septiembre de 1997 (f. 31 Archivo 15 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 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 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.

Respecto el oficio fechado 2 de diciembre de 2016, aludido por PORVENIR S.A. en el recurso de apelación, debe indicarse que, por un lado, no existe prueba de que tal comunicación le hubiese sido entregada al señor LUIS

HERNANDO REBOLLEDO CAICEDO, pues el documento no cuenta con constancia de recibido, ni tampoco obra prueba de que hubiese sido remitido por medios virtuales y; por otro lado, el hecho de que al actor se le hubiese informado sobre la posibilidad de retornar al RPMPD antes de cumplir los 52 años de edad, no convalida la falta de información y asesoría al momento en que se efectuó el traslado de régimen pensional.

Corolario se confirmará la sentencia en cuanto declaró la ineficacia del traslado del señor LUIS HERNANDO REBOLLEDO CAICEDO y que, en consecuencia, debe entenderse que nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 los rendimientos financieros, los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado a esa AFP y además que al momento de cumplirse esa orden, 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.

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, acarreado 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., no existen razones jurídicas para que esa AFP y PORVENIR S.A., administradora a la cual está actualmente vinculado, 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.

En ese sentido, no le asiste razón a la recurrente, pues acertó la a quo en imponer condenas a las AFP del RAIS en ese sentido; sin embargo, omitió la falladora referirse a la obligación que igualmente tiene PROTECCIÓN S.A. 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. deberán transferir a aquella que deberá recibir, 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 en dicha AFP (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 el argumento 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, 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.

En lo que respecta a la condena en costas que también es objeto de apelación por parte de PORVENIR S.A., encuentra esta sala correcta la decisión del a quo, teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 365 del CGP que señala en su numeral uno “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, debiéndose aquí recordar, que las costas son todas las erogaciones económicas en que incurre las partes en un juicio, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho, estas últimas no son más que el valor que el juzgador le da al trabajo del abogado que ha salido vencedor en el trámite de la controversia jurídica y que deben ser asumidas por la parte que resulte vencida judicialmente, que, en este caso fueron todas las demandadas, pues aunque sostenga la recurrente que no presentó oposición a la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cierto es que en el acápite de hechos y razones de la defensa, sí se presentaron sendos argumentos tendientes a refutar el planteamiento de la demanda, aunado que presentó oposición frente a las demás pretensiones, las cuales también resultaron avante, es decir, la AFP si fue vencida en juicio.

Sin embargo, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se revocará la condena en costas que le fue impuesta en primera instancia, comoquiera que la AFP pública no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia del actor en el RAIS; adicionalmente, su negativa a acceder al traslado se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera justa la imposición de las mismas; amén que al tratarse de una entidad pública es su deber intentar defender los intereses de la misma, por lo que no le es dable allanarse a la demanda.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será revocada parcialmente y adicionada. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia No. 77 del 21 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** 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 **LUIS HERNANDO REBOLLEDO CAICEDO** estuvo afiliado en cada una de esa AFP del RAIS.

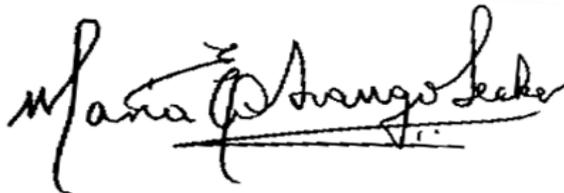
SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **QUINTO** de la sentencia de instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de la condena en costas impuesta en primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO