

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: JORGE RODRIGO MONDRAGÓN RAYMOND
DEMANDADOS: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S. A. Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 76001-31-05-015-2022-00379-01
ASUNTO: Apelación y Consulta sentencia de mayo 12 de 2023
ORIGEN: Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Ineficacia de traslado de régimen pensional
DECISIÓN: ADICIONA y REVOCA PARCIALMENTE.

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, nueve (09) de agosto 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 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 # 51 del 14 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en el proceso ordinario promovido por **JORGE RODRIGO MONDRAGÓN RAYMOND** 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. **76001-31-05-015-2022-00379-01**.

SENTENCIA No. 162

DEMANDA¹. El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de la afiliación a PORVENIR S.A. y a las demás AFP's, en consecuencia de ello, se declare que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS y, por lo tanto, siempre permaneció en el RPMPD; se condene a PORVENIR y PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación y/o traslado, tales como las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, cuotas

¹ Fs. 1-11 Archivo 01 Expediente Digital

de administración –indexadas y a cargo de su propio patrimonio- y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y de manera indexada, y que actualicen las bases de datos SIAF, RUAF y MANTIZ para normalizar los aportes del actor; y se les condene en costas procesales a las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 07 de septiembre de 1962; que inició a cotizar a COLPENSIONES el 1 de agosto de 1981, por falsa información, como que tendría una pensión mayor, se trasladó a PORVENIR en septiembre de 1998, trasladándose horizontalmente en mayo de 1996 (SIC) a PROTECCIÓN S. A., sin ninguna información clara ni cierta, nuevamente en noviembre de 2010 realizó traslado horizontal a PORVENIR S. A. sin claridad alguna en la información recibida, encontrándose actualmente afiliado a COLFONDOS S. A. (SIC) que pidió regresar a COLPENSIONES el 25 de julio de 2022 y la respuesta fue negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES.² La AFP del RPMPD se opuso a todas las pretensiones de la demanda bajo el argumento que el cambio libre y sin coacción que realizó el demandante y no es procedente la nulidad pretendida, pues no es beneficiario del régimen de transición, ni se evidencia que existiere engaño alguno o acto para que se declare el traslado como ineficaz o nulo. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A.³ Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado desde el RPMPD al RAIS se efectuó, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación - documento público- que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; el cual se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Que se le garantizó por esa AFP el derecho de retracto, tal como lo dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 3800 del mismo año, ya que las administradoras de fondos pensionales el 14 de enero de 2004, publicaron en el diario El Tiempo en un

² Fs. 1-190 Archivo 07 Expediente Digital

³ Fs. 1-105 Archivo 08 Expediente Digital

comunicado de prensa, la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003; que el demandante también tenía el deber de informarse, se cumplió con la finalidad del SGSS en pensiones, que no ejerció su facultad de regresar al RPM, refiere que no es procedente el traslado de los gastos de administración ni de las primas de seguros previsionales. Propone como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas, y la genérica.

PROTECCIÓN S.A.⁴. La administradora se opuso a las prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, sostuvo que el traslado de régimen cumplió con todos los requisitos legales y por ende la selección del régimen la realizó la demandante de forma libre, espontánea y sin presiones y, porque la asesoría prestada por los asesores de la AFP se realiza con total profesionalismo y ética, pues todos los asesores sin excepción contaban con un instructivo o guía que debían seguir para asesorar de forma clara y entendible a futuros clientes o clientes ya afiliados, dependiendo de su variación del perfil en el tiempo, es decir, que los asesores o ejecutivos de cuenta sí contaban con una capacitación e instructivo sobre qué tener en cuenta para cada cliente al momento de hablar con ellos, conocer su estado actual laboral, familiar y de ingresos, haciéndole conocer sus riesgos en el evento que existieran, y así poderlo orientar con el fin de que cada uno tomara su propia decisión de afiliarse o no. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Validez del traslado del actor al RAIS, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; ratificación de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad; prescripción; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de 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; buena fe de la entidad demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia 51 del 14 de marzo de 2023, dispuso:

Primero: Declarar no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados.

Segundo: Declarar la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara el demandante del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual administrado por HORIZONTES hoy PORVENIR S.A. el 29 de julio de 1994.

⁴ Fs. 1-50 Archivo 09 Expediente Digital

Tercero: Ordenar a PORVENIR S.A. a trasladar a ejecutoria de la sentencia a COLPENSIONES además de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual del demandante, devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y 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 en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. 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, autorizando a porvenir s.a. repetir contra las otra AFP por los periodos donde el demandante haya estado afiliado por las condenas aquí impuesta.

Cuarto: Costas procesales, agencias en derecho la suma de 500.000 a cargo de PROTECCION S.A., de 500.000 a cargo de COLPENSIONES y 500.000 a cargo de PORVENIR S.A. en favor del demandante.

Quinto: En el evento de no ser apelada la sentencia será objeto de consulta como quiera que fue adversa a los intereses del fondo público.

Para respaldar su decisión, señaló el a quo, en síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el 2008, las AFP debían cumplir con el deber de información que existía para el momento en que la demandante se trasladó del RPMPD al RAIS, no se cumple lo anterior con la firma de un formulario preimpreso, ni por el tema del relacionamiento, ni se sana; concluyendo que esos fondos privados no cumplieron con la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, pues del elenco probatorio incorporado al informativo no se verificó que los fondos privados hayan cumplido con el deber de información en relación con las circunstancias particulares, 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 las AFP del RAIS de trasladar al RPMPD todos los valores recibidos durante el tiempo de permanencia de la demandante en el RAIS.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

PORVENIR S.A. apeló la decisión, solicitando su revocatoria, por no haberse demostrado ningún vicio del consentimiento, se aportó la solicitud de afiliación del actor y se le informó adecuadamente y él no manifestó su deseo de regresar en tiempo oportuno. También se opone a la devolución de los gastos de administración que se usaron para atender al afiliado en su momento y a la condena en costas.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia, porque el afiliado no hizo uso de su derecho de retracto antes de los 10 años de la edad para pensionarse; que no era posible prever el monto de la pensión

en cada fondo, no hubo engaño, ha permanecido en el RAIS por más de 20 años y ha efectuado traslados horizontales, solicita revocatoria de la sentencia.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión habiéndolos presentado COLPENSIONES y PORVENIR S.A ratificándose en los argumentos de la contestación de la demanda y recursos.

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 de los recursos de apelación..." de PORVENIR y COLPENSIONES de conformidad con el principio de consonancia, y el artículo 69 del CPT y de la SS estudiando la consulta en favor de esta última, en lo que no fue apelado.

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 el demandante al RAIS administrado por PORVENIR 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 que: **i)** el señor JORGE RODRIGO MONDRAGÓN RAYMOND nació el 07 de septiembre de 1962; **ii) i)** que el señor JORGE RODRIGO MONDRAGÓN RAYMOND se afilió al RPMPD a través del otrora ISS, el 1 de agosto de 1981; **iii)** Que en agosto de 1998 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR S.A., **iv)** que se trasladó horizontalmente a PROTECCIÓN S. A. en mayo de 1996; **v)** Que volvió a PORVENIR en noviembre de 2010, siendo esa la AFP a la cual se encuentra 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, 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.”* 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”*.

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 PORVENIR S.A., que 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, si bien se encuentra el formulario preimpreso de afiliación de la demandante a PORVENIR S.A. (fl. 76 ARCHIVO 08 ED), bajo ninguna óptica, se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado y mucho menos que éste 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 el (la) potencial afiliado (a) todas las características del régimen pensional que le estaba ofertando para que 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 de su afiliación a PORVENIR S.A., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que tal como lo pregonaba la Corte Suprema de Justicia en la misma sentencia 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 RODRIGO MONDRAGÓN RAYMOND del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con las restituciones e incluso la orden de remitir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los rendimientos financieros y, adicionalmente, que debe trasladar al RPMPD los gastos de administración previstos en el literal q) del art. 13 y el art. 20 de la Ley 100 de 1993, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras y tal como lo decidió el a quo.

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 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 el (la) demandante, ilustrándolo (a) 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 la AFP del RAIS no traslade a COLPENSIONES todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de el (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 el (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.

Y como lo manifestó el a quo, 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, CONFIRMÁNDOSE así la sentencia de instancia.

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

Asimismo, se tiene que, como lo ha indicado el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, la orden de recibir nuevamente a el (la) promotor(a) 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 es objeto de apelación por parte de COLPENSIONES, comparte la ponente que no debe condenarse en costas a esta AFP y, por tanto, se revocará la condena que por ese concepto 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 de la parte 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 revocada parcialmente. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR, inclúyanse como agencias en derecho la suma equivalente a 1 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:

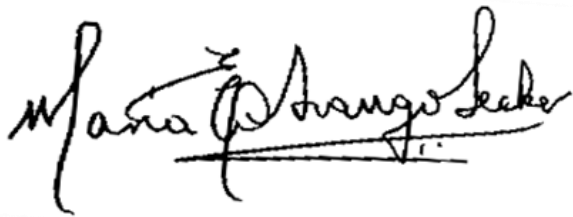
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **QUINTO** de la sentencia, para en su lugar **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de la condena en costas impuesta en primera instancia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR, inclúyanse como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO