



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
- SALA LABORAL -**

Santiago de Cali, quince (15) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA N° 089
Acta de Decisión N° 029**

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en asocio de las Magistradas **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**, en orden a resolver la apelación y consulta de la Sentencia N° 009 del 17 de enero de 2024, proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **JESUS DARIO GONIMA SARMIENTO**, en contra de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, proceso identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-020-2023-00092-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones formuladas por el demandante, por conducto de apoderado judicial, están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado desde el RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.**, hacia el RPMPD regentado por **COLPENSIONES**.

Como secuela de lo anterior, se condene a **COLPENSIONES** trasladar a **PROTECCIÓN S.A.**, cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, frutos e intereses, en un término no superior a cuatro meses después de la ejecutoria del fallo; se condene a **PROTECCIÓN S.A.** recibir el traslado de los recursos, activación de la afiliación y actualización de la historia laboral, en un término no superior a



cuatro meses después de la ejecutoria del fallo y se condene a las demandadas al pago de costas procesales.

En sustento de sus pretensiones relatan los hechos que, el demandante nació el 16 de febrero de 1961, por ende, a la fecha cuenta con 63 años; que efectuó cotizaciones a pensión con **COLPENSIONES**, entre el mes de noviembre de 1977 a febrero de 1998.

Informa que, se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** desde el 24 de febrero de 1998 hasta el 01 de junio de 2012.

Señala que, luego retornó a **COLPENSIONES** desde el mes de junio del 2012, entidad en la cual cotiza actualmente.

Indica que, presentó peticiones ante las demandadas solicitando soporte de la información brindada al momento del traslado, no obstante, las entidades expresaron que la asesoría se dio de forma verbal.

Finalmente expresa que, elevó solicitud de anulación del traslado de régimen del RAIS al RPMPD, ante **COLPENSIONES** el 01 de marzo del 2023, sin embargo, el ente se negó en el acto.

REPLICAS

COLPENSIONES frente a los hechos de la demanda manifiesta que, no es cierto el 7°, que resulta parcialmente cierto el 6°, en cuanto a los demás aduce que son ciertos. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y CARENCIA DEL DERECHO; COBRO DE LO NO DEBIDO; PRESCRIPCIÓN; LA INNOMINADA; AUSENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR; BUENA FE; FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA; AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES;



RESPONSABILIDAD SUI GENERIS DE LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL Y JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y PONDERACIÓN ADECUADO.

PROTECCIÓN S.A. en cuanto a los supuestos facticos expresa que, son parcialmente ciertos el 2° y 5°, que es cierto el 3° y 4°, respecto del resto arguye que no le constan. No se opuso ni se allano a las pretensiones y presentó como excepciones de fondo: **BUENA FE; PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20° Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 009 del 17 de enero de 2024, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las demandadas **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A**

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN y/o TRASLADO del señor **JESUS DARIO GOMINA SARMIENTO**, identificado con C.C. **19.427.638 de Bogotá**, al Régimen de Prima Media, administrado por la **AFP COLPENSIONES**, su actual fondo, y en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el demandante nunca se trasladó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Ahorro Individual, con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.CONDENAR a **COLPENSIONES** para que transfiera a **PROTECCIÓN S.A**, todos los recursos de la cuenta de ahorro individual que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **JESUS DARIO GOMINA SARMIENTO**, por ende, se deben trasladar la totalidad de sus cotizaciones, igualmente los bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a **PROTECCIÓN S.A**, aceptar al señor **JESUS DARIO GOMINA SARMIENTO**, en el Régimen de Ahorro Individual, conservando todos los beneficios que hubiere llegado a tener como si nunca se hubiese trasladado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: COSTAS a cargo de las demandadas **COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A.** como agencias en derecho se fija la suma de **2 SMLMV** que cada una de las demandadas deberá pagar de forma individual a favor de la parte demandante.

SEXTO: La presente Sentencia, **DE NO SER APELADA CONSÚLTESE** ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.



RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandada, **COLPENSIONES**, mediante su apoderada judicial manifiesta que, el demandante está inmerso en la prohibición legal para trasladarse por la proximidad al cumplimiento del requisito de edad para pensionarse; que no se demostró vicios del consentimiento o asalto de la buena fe al momento de la firma del formulario de vinculación; por otro lado, la permanencia del actor en el RPMPD reafirma su voluntad; que la vinculación con Colpensiones se reputa válida, pues el demandante conocía de las implicaciones del traslado, por lo que no es procedente la declaratoria de ineficacia, dado el ejercicio de libre elección de régimen; por lo anterior solicita se revoque la decisión.

La parte demandada, **PROTECCIÓN S.A.**, por conducto de su mandatario judicial solicita que, se adicione respecto de Colpensiones, la orden de trasladar además de los dineros recibidos, la rentabilidad que se hubiere obtenido conforme a los parámetros del RAIS, desde la fecha que cobró firmeza el traslado a Colpensiones, es decir desde el 01/07/2012 hasta la firmeza de la sentencia; de otro lado, se opone a la condena en costas, alude que su defendida no se opuso a las pretensiones ni es la llamada a responder por el deber de información.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

La Sala decide el recurso de apelación formulado por la parte disidente (art. 15, literal B, numeral 1 del CPTSS) y, de igual modo, el grado jurisdiccional de consulta por ser la decisión desfavorable a **COLPENSIONES**, ente sobre el cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 del CPTSS).

Objeto de la Apelación y Consulta

El eje central de discusión, orbita en determinar la eficacia del traslado efectuado por el señor **JESUS DARIO GONIMA SARMIENTO**, desde el RAIS administrado por la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, hacia el RPMPD regentado por **COLPENSIONES**,



en consecuencia, establecer si es procedente su reincorporación en el RAIS administrado por **PROTECCIÓN S.A.** y el correspondiente traslado de sus cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, prescripción y costas procesales.

Marco Jurisprudencial y Normativo

En Sentencia SL2946-2021 del 16 de junio del 2021 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiteró la posición pacífica y unificada de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral frente a la ineficacia de traslado de régimen pensional y fue enfática al rememorar la obligación inherente de las AFP'S en materia informativa desde la creación del sistema pensional que hoy nos rige, citando providencias **CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL373-2021:**

“Sobre el particular, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (...)

De esta manera, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Lo anterior, tiene relevancia en tanto la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debe estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

Profundizando en el **deber de información** el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», prescribió en el numeral 1.º del artículo 97 la obligación de las mismas de: «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» y la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».



La regulación del deber de información hacia los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones tiene su fuente legal y reglamentaria en las siguientes normas:

“Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece los derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse. De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d)”

La evolución del deber de información no ha sido estática y con el trasegar del tiempo se han adherido más obligaciones para AFP’S para con sus afiliados de forma acumulativa, por lo tanto, cada caso debe ser examinado conforme al contexto temporal normativo de la época del traslado, se relaciona a continuación las diferentes etapas normativas en dicha materia:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
1- Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
2- Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
3- Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.



Por otro lado, la fuente legal de la ineficacia del traslado de régimen pensional está consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es decir desde los albores del sistema general en pensiones, y la cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto.**

En materia probatoria para esta clase de procesos se tiene que, la **carga de la prueba**¹ se ha edificado la tesis que corresponde a los fondos pensionales acreditar el cumplimiento del deber de información, ello de conformidad con el artículo 1604 del C.C., máxime que, por ley están obligados a proporcionar la información necesaria al afiliado previo las decisiones que tome frente a su estado pensional.

Es preciso destacar que, la negación indefinida que esgrimen los afiliados de no haber recibido información no requiere de prueba por tratarse de un hecho de imposible acreditación, en contraste, la afirmación de las AFP'S de haber proporcionado la información es un hecho definido y por tanto susceptible de prueba, en tanto que, solo dichas entidades están en posición de demostrar las condiciones de tiempo, lugar y calidad en que se presentó el hecho.

Respecto del **formulario de afiliación**² como medio de prueba se ha decantado de vieja data que los formatos preimpresos que utilizan los fondos pensionales son

¹ SL2946-2021 del 16 de junio del 2021

En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

Por lo anterior concluye sobre el particular que: “no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).

² ibidem

Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado (CSJ SL, 9 sep. 2008,



insuficientes para acreditar el consentimiento informado por parte del afiliado previo al traslado, pues solo se puede configurar la autodeterminación de la persona cuando esta tiene pleno conocimiento de lo que su decisión entraña.

En cuanto al **interrogatorio de parte**³ la praxis judicial enseña que no es útil el interrogatorio de parte en esta clase de procesos, pues si bien corre a cargo de las AFP'S probar que se satisfizo el deber de información al momento de la selección del régimen pensional o el traslado entre AFP'S, no se trata de indagar un vicio del consentimiento, ni la volición plena del afiliado, sino de verificar el amparo ilustrativo que una decisión del talante de selección de régimen pensional exige de quien se considera entendido en la prestación de tal servicio público, máxime, cuando la debida información hace parte de las reglas del traslado que deben cumplir las AFP'S.

La **aplicación del precedente**⁴ vertical del máximo órgano en materia de ineficacia de traslado de régimen pensional no está limitado a la suerte de un derecho transicional y/o la proximidad a la adquisición del mismo, en razón de que la finalidad de estos procesos radica en establecer el cumplimiento del deber de información de cara a los afiliados al sistema previo a surtir los traslados.

rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).

³ SL 3349 del 28/07/2021

Resulta evidente la apreciación indebida del Tribunal en relación con lo depuesto en el interrogatorio de parte por el demandante en instancias, hoy impugnante en casación, pues donde el Colegiado ve una explicación del alcance de los dos regímenes, no hay más que el relato de unas explicaciones someras y ligeras, cuyo eje principal gravita en torno al desorden y al caos que reinaba en el ISS, que según lo narrado por el absolvente, le transmitieron los asesores de la AFP privada. Nótese que en ningún momento Rodríguez Cely acepta tener un conocimiento detallado, más allá de las promesas de una teórica rentabilidad superior, que nunca se concretó en determinarle cómo incidía en su masa de ahorro individual, para obtener una prestación pensional similar o superior a la del RPM.

⁴ SL2946-2021 del 16 de junio del 2021

Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020 y CSJ SL373-2021, asentó que «la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo» y «teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto», de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.



Cuando se presentan **múltiples traslados**⁵ se ha reiterado que el acto de traslado signado de ineficaz no se convalida ni ratifica la voluntad del afiliado en su decisión de cambio de régimen cuando ejecuta varios traslados dentro del sistema pensional.

Es preciso exponer frente a los **actos de relacionamiento** que, la Sala de Casación Laboral Permanente de la Corte ha precisado y reiterado que no opera en los casos de ineficacia de traslado de traslado de régimen, toda vez que, la discusión gira en determinar si la persona recibió información integral para tomar la decisión, lo cual no se sustituye ni ratifica con los múltiples traslados:

“SL1055-2022, Radicación 87911, MP Iván Mauricio Lenis Gómez:

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

SL 15161-2022, Radicación 86815, MP Gerardo Botero Zuluaga:

Por lo tanto, la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que la afiliada fue informada debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.

En ese orden, el criterio jurisprudencial de la Sala no merece ninguna rectificación o variación, por lo que en esta oportunidad se reitera y con ello se corrige el plasmado en las referidas providencias de la Sala de Descongestión Laboral de esta Corte, toda vez que no encajan en la línea de pensamiento de la Sala de Casación Laboral permanente, única constitucionalmente facultada para unificar la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social.”

Por último, conviene precisar que la ineficacia es una anomalía en el acto de traslado por falta de consentimiento informado, en donde no se analiza la estabilidad financiera del sistema de pensiones, pues, tal aspecto no es el configurador de dicha

⁵ Ibidem

En la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está obligada, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores.



ineficacia. En ese orden, el Acto Legislativo No 3 de 2011, parágrafo, prescribe que, al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. La pensión es un derecho fundamental según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo tanto, el argumento de la sostenibilidad no es pertinente para este tipo de asuntos.

Caso Concreto

De conformidad con el artículo 1° del Decreto 4121 del 2011 y Decreto 309 del 2017, se cambió la naturaleza jurídica de COLPENSIONES: “... al de Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo...”

Luego, en dicho compendio normativo en su articulado 4° parágrafo 1 y 2, se hace alusión a COLPENSIONES como una “administradora de los fondos”, veamos:

“PARÁGRAFO 1o. Para la protección de los derechos de los afiliados, pensionados, ahorradores y beneficiarios de Colpensiones y una adecuada y transparente administración de los recursos, no harán parte del patrimonio de Colpensiones y tendrán contabilidades separadas los fondos y cuentas destinados al pago de las pensiones, las prestaciones económicas y los aportes con los cuales estos se conforman. Así mismo, los fondos, cuentas y aportes del sistema de ahorros con beneficios económicos periódicos no harán parte del patrimonio de Colpensiones y se contabilizarán en forma independiente.

PARÁGRAFO 2o. Dado el cambio de su naturaleza jurídica, para mantener separados los recursos propios de los que administra, una vez Colpensiones inicie sus operaciones como administradora de los fondos, el Ministerio de Trabajo transferirá directamente a los fondos administrados por Colpensiones los recursos del Presupuesto General de la Nación destinados al pago de las pensiones y prestaciones a su cargo y de los Beneficios Económicos Periódicos de acuerdo con lo establecido en la ley.”

Ahora bien, la vertiente jurisprudencial en materia de información e ineficacia de traslado de régimen pensional aplica tanto para las AFP del RAIS como para la regente del RPMPD COLPENSIONES, pues el régimen legal previsto para esta última en el artículo 3° Decreto 4121 del 2011 y Decreto 309 del 2017,



“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Y análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle”

Examinado el caudal probatorio recaudado y los argumentos de la defensa, **COLPENSIONES** no consigue desvirtuar la tesis planteada por su contraparte, toda vez que, no se logra acreditar el cumplimiento del deber de información para con el demandante, bajo los parámetros legales y jurisprudenciales que rigen la materia; de otro lado, del interrogatorio de parte no se extrae confesión alguna del señor **GONIMA SARMIENTO** para rebatir la ausencia del deber de información, además no se certificó el consentimiento informado del mismo frente al traslado, lo que deviene la declaratoria de ineficacia rogada, de ahí que, habrá de modificarse el fallo para precisar el acto declarado ineficaz.

Traslado de Recursos Pensionales y otros Rubros

La inobservancia del deber de información, de parte de los fondos de pensionales, trae como secuela la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuyos efectos acarrea que dicho acto jurídico no se materializó y, por lo tanto, la conservación de todos los derechos y garantías que tenía el afiliado antes de trasladarse de régimen (SL 1467-2021), de otro lado, acaece la devolución de los recursos que conforman el capital pensional del afiliado y las erogaciones dentro del RAIS, así lo señaló el Órgano de Cierre de la Jurisdicción en providencia SL5292-2021:

“De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones debidamente



indexados con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

En ese orden de ideas, conforme a lo planteado en sede de apelación por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, se accede a la petición de restitución de rentabilidad de los recursos, toda vez que, los efectos inherentes de la ineficacia antes mencionados impone a **COLPENSIONES**, restituir la rentabilidad que se hubiera generado en el interregno que el demandante estuvo por fuera del RAIS, es decir, entre el 01 de julio del 2012 y hasta la ejecutoria del fallo.

Por otra parte, de conformidad con el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7° de la Ley 797 del 2003, **COLPENSIONES** deberá trasladar a **PROTECCIÓN S.A.** el % del Ingreso Base de Cotización que fue destinado para los gastos de administración y demás componentes señalados en la disposición aludida.

Con el fin de garantizar la seguridad y estabilidad jurídica del fallo, el cual que no puede quedar limitado o sometido al querer de la parte pasiva para su materialización, se determinara como término para el traslado de los recursos, 30 días posteriores a la ejecutoria de la sentencia, debidamente discriminados y detallados con los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Se adicionará orden a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** de realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral del demandante, dentro del plazo de 30 días posteriores al traslado consolidado y efectivo de los recursos por parte de **COLPENSIONES**, en aras de evitar posteriormente trámites administrativos y judiciales.

La decisión de la Sala tiene su génesis en las restituciones mutuas, producto de la ineficacia, respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule expresamente los efectos económicos de la ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993, como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado



artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral, en especial la sentencia SL 2946-2021⁶, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común de naturaleza pública.

Prescripción

Las acciones de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen son imprescriptibles, pues a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción, adicionalmente al tratarse de una pretensión declarativa conexas a los derechos asistenciales del afiliado artículo 48 de la Carta Política, por ende, la acción de ineficacia de traslado de régimen pensional no tiene término de prescripción⁷, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar aspectos relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión.

Costas Procesales

⁶ “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021); criterio que igualmente aplica en relación con el porcentaje destinado a seguros previsionales y a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, tal como se precisó en recientes sentencias (CSJ SL2209-2021 y CSJ SL2207-2021).

⁷ CSJ - SL2946-2021 “En cuanto a esta excepción que Colfondos S.A. propuso, corresponde reiterar lo dicho en precedencia, esto es, que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC). Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Finalmente, en lo que al medio exceptivo de prescripción planteado por las demandadas respecta, es de señalar que esta Sala ha sostenido reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, ha afirmado que, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la litis (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).”



La tramitación de los procesos judiciales apareja gastos para quienes deben acudir a la justicia, ello a pesar de que la administración de justicia es gratuita, en razón de ello, el artículo 365 numeral 1 del C.G.P., impone esta carga a la parte vencida en juicio y/o quien le resulte desfavorable su recurso, en donde solo se tiene en cuenta factores objetivos y verificables.

Así las cosas, tanto **PROTECCIÓN S.A.** como **COLPENSIONES** se opusieron y formularon excepciones como medios de defensa, y al salir avante las pretensiones de la contraparte, resulta procedente la imposición de costas a su cargo como parte vencida, lo que da paso a la confirmación de la condena, resultando apropiado destacar que si bien, **PROTECCIÓN S.A.** no se opone ni se allanó expresamente a las pretensiones, ejerció medios de defensa como las excepciones de mérito.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, debido a la no prosperidad de su alzada.

Finalmente, descorrido el traslado de rigor, las partes presentaron alegatos de conclusión los cuales se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se le da respuesta a los mismos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Segundo de la Sentencia N° 009 del 17 de enero de 2024, proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar:

- **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por el señor **JESUS DARIO GONIMA SARMIENTO**, del RAIS administrado por la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, hacia el RPMPD regentado por la **COLPENSIONES**, el cual data el 01 de julio de 2012.



- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral Tercero de la Sentencia N° 009 del 17 de enero de 2024, proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CONDENAR a COLPENSIONES** para que, dentro del término de 30 días posteriores a la ejecutoria del presente proveído, traslade con destino a **PROTECCIÓN S.A.**, la rentabilidad de las cotizaciones que se hubiere generado en el RAIS, entre el 01 de julio del año 2012 y hasta la ejecutoria del fallo, el % legal destinado para gastos de administración y demás componentes señalados en el inciso 1 del art.20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art.7 de la Ley 797 de 2002, junto con los rubros dispuestos por el A quo debidamente discriminados y detallados con los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Todas las sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.
- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

TERCERO: ADICIONAR al numeral Cuarto de la Sentencia N° 009 del 17 de enero de 2024, proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **CONDENAR a PROTECCIÓN S.A.** para que, dentro del término de 30 días posteriores al traslado consolidado y efectivo de los recursos por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, realice la validación, transcripción y actualización de la historia laboral del señor **JESUS DARIO GONIMA SARMIENTO**.
- **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL.**

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia N° 009 del 17 de enero de 2024, proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Cali.

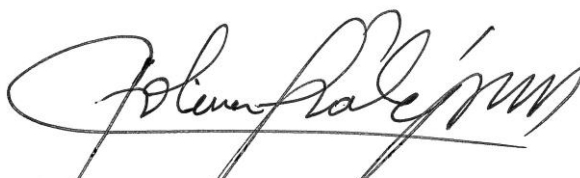
QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte pasiva **COLPENSIONES**, como agencias en derecho se le impone la suma de \$2.000.000, en favor de la parte activa **JESUS DARIO GONIMA SARMIENTO**.



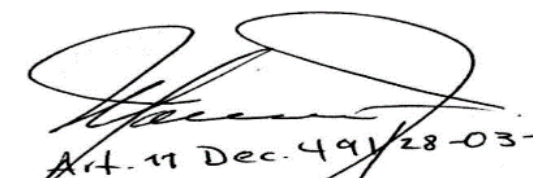
SEXTO: Una vez surtida la publicación por Edicto de la presente Sentencia, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar. En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO

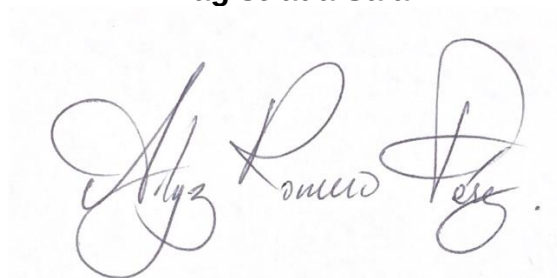
Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Ponente



Art. 11 Dec. 49128-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Sala
Con salvamento parcial de voto

Firmado Por:

Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5f2cb5ce31f929aba8bb8a8fc56c6d4b012c7d2226dfb6eae25350e49ddbdf2c**
Documento generado en 15/04/2024 09:55:31 a. m.

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>