



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
- SALA LABORAL -

Santiago de Cali, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA NÚMERO 057

Acta de Decisión N° 025

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL** proceden dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la Sentencia N° 177 del 16 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARIELA BUSTOS GARCIA** en contra de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, el asunto está identificado bajo la radicación única nacional N° 760013105-017-2022-00186-01.

DEMANDA

Pretensiones

- Ineficacia de la afiliación al RAIS regentado por **PROTECCIÓN S.A.**
- **PROTECCIÓN S.A.** devuelva a **COLPENSIONES** aportes y/o cotizaciones, rendimientos, bonos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, frutos e intereses.
- **PROTECCIÓN S.A.** asuma los deterioros del bien administrado y/o mermas del capital destinado a la financiación de la pensión.
- **COLPENSIONES** reactive la afiliación al RPMPD sin solución de continuidad ni imponer cargas adicionales
- Costas procesales.

Hechos

- La demandante nació el 22/05/1964.



- Que se vinculó al Sistema General de Pensiones desde el 12/05/1988 con el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES**, cotizando un total de 356 semanas aproximadamente.
- Que posteriormente fue persuadida y engañada por un funcionario de **PROTECCIÓN S.A.**, quien le aseguró que podría pensionarse a los 50 años, con el último salario devengado, mejores condiciones económicas, que sus cotizaciones podrían ser heredadas por sus familiares y que el ISS se liquidaría por lo que perdería su pensión.
- Que suscribió formulario de afiliación con **PROTECCIÓN S.A.** el 10/08/1998.
- Que al momento de la afiliación al RAIS, **PROTECCIÓN S.A.** no le suministró información clara, explícita y completa de las consecuencias del traslado de régimen, proyección pensional, derecho de retracto entre otros aspectos esenciales.
- Que acude a **PROTECCIÓN S.A.** el 15/09/2020 a realizar consulta y simulación de su futura pensión, arroja que a sus 57 años obtendría una garantía de pensión mínima, siendo que cotizó tres y hasta cuatro veces sobre el salario mínimo.
- Que solicitó ante **PROTECCIÓN S.A.** el 13/11/2020 copia de su expediente y sobre la asesoría brindada al momento de su afiliación, sin embargo, la entidad aduce el 24/11/2020, que no existe soporte documental de la asesoría y remite expediente.
- Que solicitó el 02/07/2021 y 13/07/2021 ante **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** respectivamente el traslado con destino al RPMPD, no obstante, **PROTECCIÓN S.A.** se negó el 08/07/2021 y **COLPENSIONES** el 15/07/2021.

REPLICAS

- **COLPENSIONES** manifiesta frente a los hechos que, son ciertos del 1° al 3° y del 15° al 18°; que no es cierto el 13° y 14°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso parcialmente a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito: FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA; INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION; AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO DEL TRASLADO; BUENA FE DE LA ENTIDAD DEMANDADA; PRESCRIPCIÓN TRIENAL; PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION; 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.
- **PROTECCIÓN S.A.** señala que son ciertos los hechos 10°, 11°, 15° y 17°; que no le consta del 1° al 3°, 9°, 16° y 18°; que el 8° y 14° son apreciaciones subjetivas de la contraparte; en cuanto a los demás refiere que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones e impetró las excepciones de fondo:



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 ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARARA (Sic) 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 INNOMINADA O GENÉRICA.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, a través de la Sentencia N° 177 del 16 de diciembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora MARIELA BUSTOS GARCÍA de condiciones civiles conocidas en este trámite, con PROTECCIÓN S.A. en el año 1998, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora MARIELA BUSTOS GARCÍA, de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo los aportes y los rendimientos, los intereses y frutos, el bono pensional, además de los gastos de administración, la devolución del porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el pago de seguros previsionales, debidamente indexados estos últimos tres rubros.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la señora MARIELA BUSTOS GARCÍA de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. por haber sido vencidas en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV al momento del pago, a cargo de cada una de las demandadas y a favor de la demandante.

SEXTO: ORDENAR la remisión de este expediente en CONSULTA ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Decisión Laboral- al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES.

SÉPTIMO: REMITIR oficio ante el MINISTERIO DEL TRABAJO y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO informando sobre la remisión de este expediente en Consulta ante el Superior.”



RECURSOS DE APELACIÓN

- **COLPENSIONES** por intermedio de su mandatario judicial manifiesta que, no se probó que su defendida tuvo injerencia en la decisión de traslado de régimen, el cual se dio de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo que no resulta admisible que después de varios años pretenda retornar al RPMPD provocando un detrimento patrimonial a Colpensiones afectando por demás la estabilidad financiera del sistema pensional, pues se le impone la carga de la prestación a futuro sin haber administrado los aportes previamente; que para la época del traslado no existía normatividad sobre la doble asesoría, si bien la entidad se negó al traslado ahora de la demandante, el mismo se hizo por estricta prohibición del literal e del artículo 13 de la Ley 100/93, por lo anterior solicita se revoque la sentencia y las costas del proceso, empero, de ser confirmada requiere la absolución de las costas procesales.
- **PROTECCIÓN S.A.** por medio de su apoderado judicial señala que, se opone a los gastos de administración debidamente indexados, toda vez que, por la buena gestión de su representada se logran excelentes rendimientos que duplicaron los aportes de la demandante, por lo que no se evidencia perjuicio, entonces si se declara la nulidad y/o ineficacia solo es procedente la devolución de aportes y rendimientos, los últimos se equiparan y sin mayores a las sumas descontadas por gastos de administración, los cuales ya no están en poder del fondo y fueron destinados para adquirir las pólizas de seguros previsionales y el fondo de solidaridad, por lo que debió vincularse este último para el retorno de dichos rubros a fin de que devuelva esas sumas para evitar un enriquecimiento sin justa causa; que la indexación no es procedente porque no fue discutida ninguna indemnización pues no se probó el daño o menoscabo, por lo que solicita se realice una ponderación, por ende, solicita se revoque parcialmente la sentencia.



CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión Preliminar

El presente asunto se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta respecto de **COLPENSIONES** por ser adversa a la entidad y de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

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 da respuesta a los mismos.

2. Objeto de la Consulta y Apelación

El problema jurídico para resolver se circunscribe en determinar la eficacia del traslado efectuado por la señora **MARIELA BUSTOS GARCIA** desde el RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** hacia el RAIS regentado por **PROTECCIÓN S.A.** y en consecuencia establecer si es procedente su retorno al RPMPD regido hoy por **COLPENSIONES** junto con sus recursos pensionales, comisiones, gastos, primas, costos entre otros emolumentos, indexación, prescripción y costas procesales.

2.1. 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:

Etapa acumulativa	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	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia



	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	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 perjudicarlo
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.

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 desfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).



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 pre-impresos que utilizan los fondos pensionales son 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

² ibidem

Conforme al reiterado criterio de esta Sala, la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, 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, 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



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.

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.

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 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.

3. Caso concreto

Descendiendo al asunto bajo examen se tiene que, la señora **MARIELA BUSTOS GARCIA** argumenta insuficiencia de información oportuna e integral al momento del traslado de régimen, conforme a historia de vinculaciones de Asofondos aportado en el escrito de contestación de **PROTECCIÓN S.A.** se tiene que, la demandante

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.

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.



se trasladó de régimen con **PROTECCIÓN S.A.** 01/10/1998, se anexa fragmento de imagen:

Hora de la consulta : 8:16:06 AM

Afiliado: CC 38862900 MARIELA BUSTOS GARCIA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 38862900

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1998-08-10	2004/04/16	PROTECCION COLPENSIONES			1998-10-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 38862900

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1998-08-10	1998-08-24	01	AFILIACION	PROTECCION	

Un item encontrado.
1

Ahora bien, conforme al contexto normativo temporal en la que se ejecutó el traslado de régimen con **PROTECCIÓN S.A.** dicha entidad estaba obligada a proporcionar a la demandante: *“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”*.

Frente a la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 que modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que esgrime **COLPENSIONES** en sede de apelación no aplica al caso bajo estudio, pues lo que se persigue en este tipo de procesos no es el traslado de régimen sino la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional como consecuencia de la transgresión al deber de información por parte de los fondos pensionales, por lo que la incorporación de la demandante en el RPMPD no deviene por traslado sino por la vuelta al *statu quo* de la afiliación de la misma. Por otra parte, de conformidad a lo esgrimido en el marco normativo y jurisprudencial, la defensa de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones no puede esgrimirse como talanquera para socavar los derechos fundamentales de los afiliados en aspectos relativos a su afiliación y pensión.

Examinado el caudal probatorio encuentra la Sala que el mismo es insuficiente y no se logra acreditar por parte de **PROTECCIÓN S.A.** el cumplimiento del deber de información para con la demandante y bajo los parámetros legales y jurisprudenciales citados en precedencia al momento de ejecutarse el traslado de



régimen, configurándose por todo lo anteriormente expuesto la ineficacia deprecada, por ende, habrá de confirmarse el fallo en este sentido.

3.1. Traslado de Recursos Pensionales y otros Rubros

Como la consecuencia de la ineficacia es la eliminación del traslado de régimen y posteriores en el historial de movimientos y afiliaciones pensionales de la señora **MARIELA BUSTOS GARCIA**, es decir, retrotraer todo al estado inicial de afiliación de la afiliada con el RPMPD administrado hoy por **COLPENSIONES**, deviene en la obligación por parte de la AFP del RAIS transferir los recursos pensionales de la demandante obrantes en su cuenta de ahorro individual con destino a **COLPENSIONES**, toda vez que, dichos recursos serán utilizados para la financiación de la eventualmente prestación pensional a que tenga derecho la demandante en el RPMPD, ello incluye, saldo de la cuenta, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los recursos propios del fondo pensional que transgredió su deber de información.

Lo anterior, por cuanto al declararse la ineficacia de traslado, las cosas vuelven a su estado anterior, por lo tanto, el fondo del RAIS debe asumir el menoscabo del bien administrado, en razón de que, la ineficacia que se configura es la secuela de la conducta de la AFP al haber omitido brindar información adecuada, oportuna, clara, comparada y suficiente al afiliado al momento del traslado.

Inspeccionado el fallo de primer grado se encuentra que, los recursos para financiar la prestación de la demandante fueron ya ordenados por el A quo en gran medida, sin embargo, habrá de complementarse el fallo para ordenar a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** retornar a la demandante las cotizaciones voluntarias si se hubieren realizado, todos los rubros a trasladar con cargo a los recursos propios del fondo del RAIS.

Por otro lado, la Sala considera excesiva la imposición de indexación a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, toda vez que, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia a **COLPENSIONES**, por tal razón se revocará y de ordenará la devolución de las sumas con sus rendimientos.



Se adicionará orden a cargo de **COLPENSIONES** de realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas, una vez reciba los recursos por parte de **PROTECCIÓN S.A.**, en aras de evitar posteriormente trámites administrativos y judiciales.

Se fundamenta lo previamente resuelto 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 la temática de 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 SL2946-2021⁶, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado de la demandante al fondo común.

3.2. Prescripción

La pretensión de declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible al tratarse de una pretensión declarativa de la cual emana derechos a la Seguridad Social de cada individuo entre los cuales esta, el derecho a la pensión de vejez que tiene la misma connotación, ello de conformidad con el 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

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)."



a reivindicar aspectos relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión.

3.3. Costas Procesales

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, por lo que 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, para lo cual solo se tiene en cuenta factores objetivos y verificables, por ende, analizado el asunto en cuestión se observa que todas las demandadas se opusieron y excepcionaron contra las pretensiones de la demanda, razón por la cual resulta procedente la imposición de costas a cargo de cada una de las demandadas.

Costas en esta instancia a cargo **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** por la no prosperidad de sus recursos.

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: Del numeral Tercero de la Sentencia N° 177 del 16 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali,

- **REVOCAR** la indexación a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y en su lugar **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** transferir todos los rubros junto con sus respectivos rendimientos;

ADICIONAR dicho numeral en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** retornar a la señora **MARIELA BUSTOS GARCIA** las cotizaciones voluntarias si se hubieren realizado. **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL OBJETO DE MODIFICACIÓN.**

SEGUNDO: **ADICIONAR** al numeral Cuarto de la Sentencia N° 177 del 16 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:



- **CONDENAR** a **COLPENSIONES** realizar la validación, transcripción y actualización de la historia laboral en términos de semanas de la señora **MARIELA BUSTOS GARCIA**, una vez reciba la totalidad de los recursos por parte de **PROTECCIÓN S.A.** objeto del traslado producto de la ineficacia aquí declarada, **CONFIRMAR EN LO DEMÁS EL CITADO NUMERAL OBJETO DE ADICIÓN.**

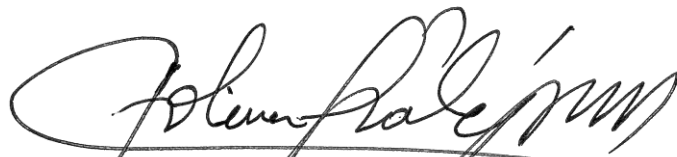
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial la Sentencia N° 177 del 16 de diciembre de 2022, emanada del Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, de conformidad con las consideraciones expuestas en la motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.500.000 cada una y en favor de la demandante **MARIELA BUSTOS GARCIA.**

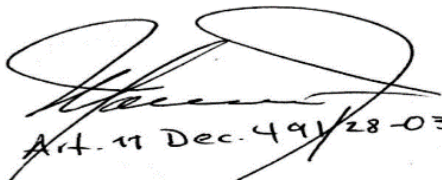
QUINTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de 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.

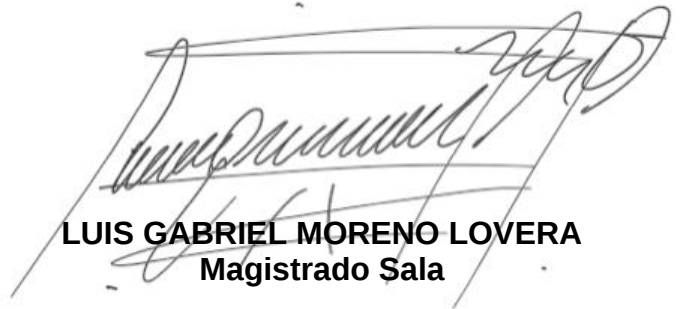
NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:


CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
Magistrado Ponente




Art. 11 Dec. 49128-03-202
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado Sala

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: **815f84475e21bde19032917c0cd48007dd1c2186c3bbc89e4d448d9d7c709206**
Documento generado en 09/03/2023 06:20:06 PM

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