



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

**AUDIENCIA NÚMERO 229**

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA NÚMERO 232**

**Acta de Decisión N° 052**

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 a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la Sentencia N° 109 del 13 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **ANDRÉS GIRALDO GARCÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** - y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, bajo la radicación N° 76001-31-05-008-2021-00103-01.

**ANTECEDENTES**

Las pretensiones incoadas por el actor consisten en que, se declare la ineficacia del traslado efectuado el 12/08/1996, del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**; se ordene a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez recibir sus aportes, rendimientos, semanas cotizadas y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 05/12/1961; que empezó a cotizar al ISS hoy

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

**COLPENSIONES** desde el 30/05/1984 y posteriormente se trasladó al RAIS con COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** sin mediar asesoría, información y alcance de las implicaciones del traslado de régimen.

Refiere que, antes de cumplir sus 52 años no recibió por parte de **PROTECCIÓN S.A.** asesoría profesional respecto de la posibilidad de retornar al RPMPD; indica que, ha cotizado 1.443 semanas al Sistema General en Pensiones.

Relata que, elevó el 18/12/2020 formulario de afiliación al RPMPD y solicitud de nulidad de traslado de régimen ante **COLPENSIONES**, no obstante, la entidad las rechazó el 21/01/2021; que radicó solicitud el 24/12/2020 ante **PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de obtener información acerca de la asesoría brindada al momento del traslado, **PROTECCIÓN S.A.** el 21/01/2021 emitió respuesta aduciendo que no tenían el deber legal de realizar la reasesoría y proyecciones en el 2013.

Manifiesta que, solicitó el 24/12/2020 ante **PROTECCIÓN S.A.** información acerca de su mesada pensional, el 21/01/2021 la entidad entrega el cálculo arrojando un monto de \$2.523.961; arguye que, de encontrarse afiliado al RPMPD su mesada ascendería a \$3.431.588.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda se surtió el traslado de rigor procediendo a contestar el libelo.

**COLPENSIONES** manifiesta que, son ciertos los hechos 1°, 2°, 3°, 10°, 11° y 12°; que es parcialmente cierto el 7° y 9°; respecto del resto indica que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo:

*Plena validez del contrato de afiliación o traslado del demandante a Protección S.A. y Colfondos S.A. (sic), Vulneración al principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones - artículo 48 de la constitución política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 de 2005, Inexistencia de la obligación, Legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad, Prescripción, la Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

*Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, Compensación y la Genérica o Innominada.*

**PROTECCIÓN S.A.** por su parte señala que, son ciertos los hechos enumerados del 13 al 17° y el 4°; que el 1° y 2° deben ser demostrados con prueba idónea; que no le consta el 3°, 9°, 10°, 11° y 12°; que el 22° y 23° son manifestaciones realizadas por el apoderado de la parte demandante; en cuanto a los demás aduce que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones de mérito:

*Validez de afiliación del actor a Protección, Ratificación de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, Prescripción, Compensación, Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantía Protección S.A. y la Innominada o Genérica.*

**DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 109 del 13 de mayo del 2021, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.*

*SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que el demandante ANDRÉS GIRALDO GARCÍA identificado con Cédula de Ciudadanía 19.460.227, hizo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E., a la AFP COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCION S.A. y en consecuencia esta entidad deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. El demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES E.I.C.E.*

*TERCERO: COSTAS a cargo de PROTECCION S.A., por haber sido vencida en el juicio. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 a favor de la parte demandante.*

*CUARTO: CONSULTAR la presente providencia conforme el artículo 69 del C.P.T. Y S.S.; oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al Superior.”*

**RECURSO DE APELACIÓN**



Inconformes con el fallo de primera instancia, las apoderadas judiciales de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** presentaron recurso de apelación esgrimiendo para ello que:

**PROTECCIÓN S.A.** se opone a la devolución de los gastos de administración debidamente indexados durante el tiempo que permaneció en el fondo, toda vez que, dichos gastos se encuentran autorizados por la Ley 100/93 y operan en ambos regímenes, por ello, si se declara la ineficacia solo es procedente además de la devolución de los aportes en la cuenta, los rendimientos generados por la gestión de la entidad, resultando inviable la devolución de los gastos por tratarse de comisiones ya causadas como contraprestación a la buena gestión de la AFP; que los efectos de la nulidad declarada da derecho a las partes de restituirse mutuamente al estado anterior al que se encontraban inicialmente, en ese orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación no existió y por ende la entidad no debió administrar los recursos del actor, por lo que gastos y rendimientos no se causaron, empero, conforme a las restituciones mutuas aplicado al caso, no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos o mejoras que son los rendimientos para el afiliado y los gastos para la AFP la cual debe conservar si hizo rentar el patrimonio del afiliado; por ello si se condena a devolver aportes, rendimientos y adicionalmente los gastos de administración se incurre en un enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido.

**COLPENSIONES** solicita se revoque los numerales 1° y 2° del fallo, toda vez que, al declararse la ineficacia del traslado y determinarse el retorno del actor al RPMPD sin solución de continuidad, pese a que el actor cuenta a la fecha con 59 años de edad, es decir que se encuentra a menos de tres años de cumplir la edad para pensionarse, contrariando lo dispuesto por la ley 100/93, que prohíbe el traslado por estar a diez años o menos para cumplir la edad para pensionarse; la censura de la juez radica frente al fondo privado de no brindar la asesoría e información, no obstante, se pasó por alto que el traslado data de 1996 y debe estudiarse con la normatividad de aquella época, además que el fallo atacado contraria lo dispuesto por la Corte Constitucional en este tipo de asuntos, pues el demandante no se encuentra dentro de las excepciones determinadas por el órgano constitucional para el regreso al RPMPD en cualquier tiempo; resalta la no

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

aplicación de la prescripción pues el acto jurídico de afiliación no forma parte fundamental de la pensión por lo tanto no goza de carácter de imprescriptible, por ello solicita se revoque y se absuelva a la entidad.

Las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA****Cuestión Preliminar**

Se advierte que la Sentencia en estudio de igual forma se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a **COLPENSIONES**, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

**Caso Concreto**

Se circunscribe el problema jurídico a resolver en determinar si es procedente o no, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **ANDRES GIRALDO GARCIA** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene su retorno al RPMPD regentado por **COLPENSIONES** junto con sus cotizaciones, rendimientos, gastos de administración entre otros y estudio de la prescripción.

El eje central de discusión estriba en determinar si COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** le suministró al señor **GIRALDO GARCIA** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado de régimen que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, por lo cual, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de la mentada AFP comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente; esta fase supone un acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

### **El Deber de Información en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia e Ineficacia de Traslado**

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año 2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

*“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.”*

**“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”**

*“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.”*

*“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el 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 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 a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica**”.*

*“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada**.”*

*“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues **lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña**.”*



En Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en la Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, Radicación N° 68838 de la misma ponente; providencias en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la figura de la ineficacia del traslado e indicó como puntos de análisis los siguientes:

*“Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizará (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.”*

Para finalmente concluir que:

*“De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, Tercero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en desfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse.”*

Por otro lado, en Sentencia SL3464-2019 del 14 de agosto del 2019 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló que:

*“(…) declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).”*

Respecto de los conceptos de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha indicado que:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, **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), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

Por lo expuesto, **resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.**

(...) Es claro entonces que **la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable**, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, **la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.**”(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838-MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

De lo esbozado se tiene que, resulta errado analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación del demandante y no un traslado de régimen en cualquier tiempo como contrariamente lo afirma la apoderada de Colpensiones.

El efecto consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el 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** es decir ineficaz.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y la demandada regente del RAIS, la Corte estipula respecto del citado medio probatorio que:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, 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, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.**” (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838-MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Por consiguiente, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe por su parte una comprensión

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

integral del acto de trasladarse de régimen y dado que la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión, razón por la cual, sin información suficiente no hay autodeterminación. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre la AFP y debe acreditar que su actuar se ajustó a los parámetros legales para obtener el consentimiento informado del actor para la validez del traslado:

*“Si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si el afiliado afirma que, al realizarse el traslado de régimen pensional, **la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento.***

*En ese sentido, **tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. En consecuencia, como el afiliado al sistema no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.***

*Al respecto, el artículo 1604 del Código Civil establece que **«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»**, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.” (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Es de recalcar que, no se le está exigiendo al fondo una asesoría por escrito, sino que acredite qué información dio y el alcance de la misma.

La regulación del derecho de información de los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso, veamos:

*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 el 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); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** al momento de surtirse el traslado de régimen, obligaciones que surgieron desde su creación con la Ley 100 de 1993.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** no le brindó al señor **ANDRES GIRALDO GARCIA** asesoría integral e información acerca de situaciones puntuales y neurálgicas, tales como, la posibilidad de retractarse, la forma de calcular la pensión en cada régimen, comparativos de ambos regímenes en lo que respecta a la forma de acceder a las prestaciones, las diferentes modalidades de pensión en el RAIS, destinación de sus aportes y descuentos realizados de los mismos entre muchos otros, evidenciándose una ostensible desinformación en el afiliado, por ende, al no acreditar el fondo privado el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante implica que nunca lo acató, configurándose la ineficacia deprecada cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Se anexa historial de vinculaciones de Asofondos que milita en el expediente, por medio del cual se observa el traslado efectuado por el actor signado de ineficaz, veamos:

**Historial de vinculaciones**

Hora de la consulta : 10:54:21 AM  
Afiliado: CC 19460227 ANDRES GIRALDO GARCIA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 19460227							
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	1996-08-12	2004/04/16	COLMENA	COLPENSIONES		1996-10-01	2000-03-31
Cesion por fusion	2000-04-01	2013/10/04	ING	COLMENA		2000-04-01	2012-12-30
Cesion por fusion	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCIONING			2012-12-31	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Marequis para: CC 19460227

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-08-12	1996-10-15	01	AFILIACION	COLMENA	
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING

2 registros encontrados, visualizando todos registros.



### Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante (*traslado de régimen*), que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido a la proximidad del cumplimiento del requisito de edad para pensionarse y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P del señor **ANDRES GIRALDO GARCIA** implica la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público, cargas que serán impuestas a **PROTECCIÓN S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

No es de recibo por este colegiado los argumentos esgrimidos en la apelación de **PROTECCIÓN S.A.** en el sentido de que, el mentado no está obligado a retornar los gastos de administración, por cuanto, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado de régimen, volviendo las cosas al estado anterior y, por otro lado, el citado fondo tuvo en su poder los dineros, los cuales usufructuó, por ende, debe devolverlos en toda su integridad; por otra parte, se encuentra que no es viable la indexación de los gastos de administración, toda vez que, con el traslado de los rendimientos ya ordenados por el A quo se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en el capital del afiliado, razón por la cual se revocara este aspecto conforme a la apelación presentada por el fondo privado.

En razón de la consulta surtida en favor del ente público, se adicionará al numeral Segundo del fallo en estudio, los conceptos por primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como la obligación de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante y la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

la Laboral; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.

### Prescripción

De la citada excepción cabe destacar que, el traslado de régimen pensional está ligado al derecho irrenunciable e imprescriptible a la Seguridad Social, y más concretamente al derecho a la pensión de vejez, el cual tiene la connotación de imprescriptible; situación que se le comunica un aspecto esencial como el consentimiento informado al momento de un traslado de régimen, ello en consideración a que se constitucionalizó el derecho a la Seguridad Social en el artículo 48 de la Carta Política.

Respecto al tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, planteó sobre la prescripción de la acción de ineficacia del traslado lo siguiente:

*“Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.*

*En efecto, de manera reiterada y pacífica, **la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.** Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.*

*Dicho de otro modo: **no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración.** De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.*

(...)

*Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».*

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar temas relacionados con su afiliación, cotizaciones



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI  
SALA LABORAL

y en general todo componente de la pensión, máxime que, los hechos o estados jurídicos son imprescriptibles, así lo determinó la Corporación de cierre.

Costas en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.** por la no prosperidad de los recursos impetrados a voces del artículo 365 numeral 1 del C.G.P.

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: REVOCAR** del numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 109 del 13 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, la indexación de los gastos de administración respecto de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, por las razones expuestas en precedencia y en su lugar, se ordena que las sumas a devolver deban realizarse junto con sus rendimientos. CONFIRMAR dicho numeral en lo demás.

**SEGUNDO: ADICIONAR** al numeral Segundo de la Sentencia Consultada y Apelada N° 109 del 13 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, los pagos por conceptos por primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como la obligación de cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del señor **ANDRES GIRALDO GARCIA** y la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, conforme a los respectivos periodos de vinculación en COLMENA -ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. CONFIRMAR el citado numeral en lo demás.



**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 109 del 13 de mayo del 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

**CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** como agencias en derecho se estiman en la suma de \$1.000.000 cada una y en favor del señor **ANDRES GIRALDO 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.

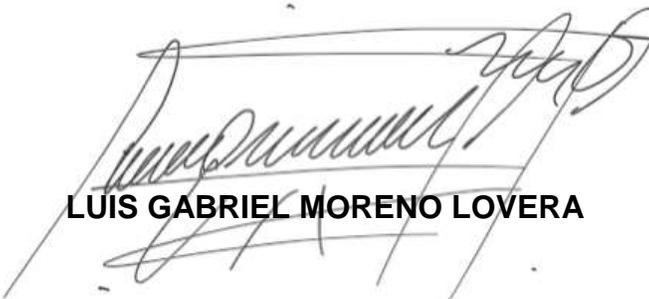
**SEXTO:** Por Secretaría remítase copia de esta providencia a los correos registrados por las partes y apoderados. Déjese constancia en el expediente digital de esta remisión.

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

**Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:**

**CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020  
**MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**



**LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**

Firmado Por:

**CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali**

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:

**897846ea0eda05d4288ede1a7b69b25bcda65b539b55f9c61eaf3c2a82b0ce05**

Documento generado en 30/06/2021 08:27:07 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**