



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADO PONENTE**

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUIS ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ** contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

EXP. 76001-31-05-019-2021-00171-01

Santiago de Cali, diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente probada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Protección S.A., en contra de la sentencia n°. 099 del 24 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º 397

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Enrique Gómez Gómez presentó demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Protección S.A., con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por aquel, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada.

En consecuencia, se ordene su regreso automático a la prima media administrado por Colpensiones; se imponga a Protección S.A. la obligación de trasladar la totalidad de las cotizaciones efectuadas, incluyendo el bono pensional, las deducciones efectuadas por concepto de administración al Fondo de Garantías Mínimas, los rendimientos financieros, y se les condene a estas en costas.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que estuvo vinculado con el otrora ISS hoy Colpensiones hasta el mes de abril de 2003, en una visita realizada a su sitio de trabajo por un asesor adscrito a Protección.

Afirmó que no tuvo ningún tipo de información integral que la Ley exigía sobre el documento de afiliación que firmó, no tuvo ningún tipo de asesoría de los beneficios, ventajas o desventajas del cambio de régimen, como tampoco posteriormente. Dijo que lo anterior, vulneró sus derechos que la amparaba en concordancia con la información, clara detallada e integral que debía tener para una decisión tan trascendental como la que estaba tomando.

Exhibió que, mediante petición radicada el 10 de diciembre de 2020, ante Protección S.A., solicitó su historial laboral, movimientos

de cuenta individual, al igual que la copia de la afiliación o vinculación.

Dijo que, para el 26 de febrero de 2021, solicitó afiliación a Colpensiones, quien la que dio respuesta negativa mediante oficio 2021_2283625-26101140.

Mediante auto n.º. 795 del 19 de agosto de 2021, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali admitió la demanda en contra de Colpensiones y Protección S.A.

II. CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones incoadas por el demandante, señaló que el traslado al RAIS es potestad única y exclusiva del afiliado, no demostró un vicio en el consentimiento, y no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos, para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Adujo que, la información suministrada al demandante pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cumpliendo con los requisitos que imponía para la época la Ley vigente, además que, desde su vinculación no presentó oposición y/o inconformismo al fondo afiliado permaneciendo en este por muchos años.

De lo expuesto, propuso como exceptivas de mérito como la inexistencia de la obligación y carencia del derecho; cobro de lo no debido; prescripción; la innominada; buena fe; compensación, y la genérica. (f. 2 a 13 Archivo 11 ED).

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a lo pretendido por el demandante, en atención a que no se allegó prueba sumaria para la solicitud de nulidad, se encuentra válidamente afiliado, toda vez que, suministró toda la información que este requería para que tomara una decisión consciente y libre de toda coacción, respecto de las ventajas y desventajas del régimen de prima media administrado por Colpensiones y del régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., actuando de manera profesional, transparente y prudente.

Expuso que la no existencia de documentos físicos sobre los informes, cálculos, proyecciones y/o boletines que soportaran la asesoría brindada al demandante, fue a causa de que esta se suministró de forma verbal pues no se tenía la obligación conforme la normatividad vigente para la época. Además, no hizo uso de su derecho de retracto, han pasado más de 20 años desde su traslado inicial sin que presentara inconformidad alguna, y se encuentra a menos de 10 años de que cumpla los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Para lo anterior, propuso como exceptivas de mérito la de validez de la afiliación a Protección S.A.; buena fe; 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; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho; prescripción; inexistencia de engaño y expectativa legítima; nadie puede ir en contra de sus propios actos; compensación; innominada o genérica. (f. 2 a 28 Archivo 17 ED).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.º. 099 del 24 de agosto de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR *no probadas las excepciones formuladas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES EICE y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A frente a las Pretensiones encaminadas a la Ineficacia del Traslado.*

SEGUNDO: DECLARAR *la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de Luis Enrique Gómez Gómez producido el día 04 de abril de 2003, retornando en consecuencia al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES EICE, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.*

TERCERO: CONDENAR *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A que en el término de treinta (30) días a partir de la notificación de esta providencia proceda a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante de condiciones civiles conocidas en el proceso, incluyendo rendimientos, cotizaciones, -bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-, y los valores utilizados en los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, todo con cargo al patrimonio propio de la AFP PROTECCIÓN S.A, Este último por todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado al*

RAIS.

CUARTO: ORDENAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de Luis Enrique Gómez Gómez de condiciones civiles reconocidas en el plenario, siempre que cumpla las condiciones referentes al traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, referidas en el numeral anterior, y que en el término no mayor a quince días (15) expida una historia laboral actualizada y sin inconsistencia en la que reposen las cotizaciones efectuadas al RAIS como al RPM siempre que se hayan aportado en debida forma por el empleador o trabajador.

QUINTO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones del pago de costas y agencias en derecho, de acuerdo a la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, fijando la suma de 1.5 salarios mínimos legales vigente como agencias en derecho.

Como fundamento de su decisión, manifestó el literal b de la Ley 100 de 1993, estableció que el trabajador puede elegir libremente el régimen, y debe tener el conocimiento necesario a través de la información completa y transparente entre las distintas opciones del mercado optando por la que más se acomode a sus intereses.

Dijo que las AFP tiene la obligación y deber de buena asesoría y consejo, otorgando una información clara, completa y transparente al momento de la afiliación, exponiéndole las diferencias entre los

regímenes, y que ha sido decantado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1452, SL1688 de 2019 y SL1217 de 2021.

Señaló que la carga de la prueba está en cabeza de los fondos de pensiones en demostrar que sí hizo, y brindó la información a sus afiliados.

Afirmó que para el presente caso la AFP no cumplió con la carga de la prueba de demostrar dentro del proceso que efectivamente suministro al demandante la información sobre la distribución de sus aportes, lo destinado a los gastos administrativos, los rendimientos y proyección de cuanto ascendería el reconocimiento de la pensión.

Seguidamente, declaró que no era procedente la excepción de prescripción dado el carácter imprescriptible de la acción.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la decisión adoptada respecto a la ineficacia de la afiliación, a la condena para el traslado de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, gastos de administración, y demás emolumentos indicados, además de la condena en costas y agencias en derecho.

Sustentó que, no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, pues estos se encontraban debidamente autorizados para su descuento en la Ley 100 de 1993, y se les permite la administración para con ella obtener una rentabilidad, y que para el caso efectivamente se ha generado unos rendimientos comprobables.

En lo que respecta, a la devolución de las pólizas de seguros previsionales, exhibió que dicho descuento también se encontraba autorizado por la Ley.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta, en favor de Colpensiones conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n.º. 513 del 20 de octubre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado el apoderado de Colpensiones, en términos similares a lo expuesto en la contestación de la demanda, el cual puede ser consultado en el archivo 05 del Cuaderno Tribunal ED, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

VI. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 66A y siguientes del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, será establecer si se demostró en el plenario que Protección S.A., cumplió con el deber legal de brindarle información relevante al señor Luis Enrique Gómez Gómez al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, y sus efectos respecto de la administradora del RAIS.

Así mismo, se validará si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, prima previsional de seguros y la prescripción.

Con tal propósito, la Sala comienza por precisar los supuestos que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- i) Que estando afiliado al ISS hoy Colpensiones en materia de pensiones, entidad a la que realizó aportes entre los años de 1984 y 2003, el señor Luis Enrique Gómez Gómez decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A. en el mes de abril de 2003.
- ii) Mediante petición radicada el 10 de diciembre de 2020 ante Protección S.A., para la cual le aportaron su historial laboral, movimientos de cuenta individual, como afiliación o vinculación.
- iii) Para el 26 de febrero de 2021, solicitó afiliación a Colpensiones, la que dio respuesta negativa mediante oficio 2021_2283625-26101140.

Dicho lo anterior, y previo a resolver el asunto, es preciso señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que por regla general las normas jurídicas, y la jurisprudencia deben ser tomadas en consideración.

De la ineficacia del traslado.

Pasando al asunto *sub judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993, reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de

Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido, ha discernido la Corte que no puede alegarse *«que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»*.¹

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia SL12136 de 2014.

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades 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*».

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se encontraban en el deber de garantizar una afiliación libre y voluntaria, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las

consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, entre estas el formulario de afiliación a Protección S.A. (f. 52 archivo 17 ED), el historial laboral del demandante (f. 29 a 44 archivo 17 ED) y el certificado SIAFP de ASOFONDOS que muestra los diferentes traslados del actor (f. 53 archivo 17 ED), más nada se indicó respecto a las consecuencias que traía consigo el traslado del RPMPD al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, debe resaltarse que la jurisprudencia también ha expresado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 del Código General del Proceso, ante la existencia de «*afirmaciones o negaciones indefinidas*», se da la inversión de la carga de la prueba, debiéndose acreditar por la contraparte en este

caso la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **«(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)»**.² (Negrilla y Subraya fuera de texto).

De ahí que no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Además, la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el aspirante al ser vinculado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para ella cuales serían sus expectativas pensionales futuras de optar por la entidad.

Resáltese que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin

² Corte Suprema de Justicia, sentencia SL2817 de 2019.

embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia, y en las condiciones explicadas.

Se observa así, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la AFP Protección S.A., de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este tome la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de 19 años, esta circunstancia por sí solo no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el afiliado se trasladó a Protección S.A., no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la re asesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer.

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, porque es precisamente cuando ya se encuentra *ad portas* de causar el derecho pensional, donde advierte

que las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de Protección S.A., entidad con la cual se materializó el traslado, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la actora al RAIS emerge como ineficaz, lo que deriva entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de Protección S.A.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP Protección S.A., no existe razón para que aquellas no trasladen al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de Colpensiones, quien al recibir a la actora tiene la

obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe percibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.

Sobre este último tópico, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por la AFP Protección S.A. con cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

Entonces, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al

régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.³

En este orden, la devolución de recursos está incompleta, en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, por cuanto esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (SL4609-2021), por lo que habrá de adicionarse al numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a Protección S.A. que los emolumentos a devolver deben ser restituidos de manera indexada, en atención a que fue la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia como la SL4609 de 2021, la que advirtió que las sumas a reintegrar por concepto del saldo de la cuenta individual, los gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima deberán ser indexados para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones⁴.

Ahora bien, de la revisión realizada a la excepción de prescripción, la misma está llamada a no prosperar por el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48

³ Corte Suprema de Justicia, sentencias SL37989, SL4964 y SL4989 de 2018, SL1421 y SL1688 de 2019.

⁴ Véase también sentencia SL2877 de 2020.

de la Constitución Nacional, concepción extendida a los derechos económicos que de esta acción emanen, como la posibilidad de que el capital cotizado sea devuelto en su totalidad al régimen de prima media, en la medida en que el traslado de estos valores no atienden a ser un resarcimiento patrimonial, sino que responden al derecho irrenunciable a la seguridad social. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892, y recientemente en sentencia SL1214-2022, sumado a que tampoco debe verificarse la prescripción del contrato de seguros, al no ser el punto de debate dentro del particular, en tanto esta contratación no inmiscuye los intereses mínimos protegidos a la demandante.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adicionará la sentencia en el aspecto descrito. Las costas de esta instancia estarán a cargo de Protección S.A. incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia 099 del 24 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará de la siguiente manera:

- **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** los gastos de administración y porcentaje

de prima de seguro previsional debidamente indexados, con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que el señor **LUIS ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ** estuvo afiliado a cada una de estas.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Las **COSTAS** están a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) SMLMV.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase las actuaciones al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Acto Judicial

Cali-Valle

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Acto Judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
En ausencia justificada