

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

**Magistrado Ponente:  
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Popayán, Cauca, tres (03) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>ADRIANA OCHOA CADAVID</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>1. Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES 2. PROTECCIÓN S.A.</b>
<b>RADICADO N°</b>	<b>19-001-31-05-001-2019-00204-01</b>
<b>INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN SENTENCIA Y CONSULTA</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN</b>	<b>JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN (CAUCA)</b>
<b>TEMA</b>	<b>TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL &gt; INEFICACIA del traslado del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad &gt; EFECTOS.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>SE ADICIONA EL ORDINAL PRIMERO de la Sentencia Nro. 023 del 9 de julio de 2020 y se confirma en lo demás.</b>

## **ASUNTO A TRATAR:**

Agotadas las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, de conformidad con lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, integrada por los Magistrados que firman, luego de la discusión y aprobación del proyecto presentado por el Magistrado ponente, procede a proferir SENTENCIA ESCRITA que resuelve los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y **el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones**, frente a la Sentencia Nro. 023 proferida en primera instancia el nueve (09) de julio del año dos mil veinte (2020), por el Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, Cauca, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** de la referencia.

### **1. ANTECEDENTES**

#### **1.1. Hechos y pretensiones de la demanda:**

Pretende la demandante **(1) se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad** administrado por PROTECCIÓN S.A. y, como consecuencia, **(2) se declare** que tiene derecho al regreso automático al régimen de prima media con prestación definida – RPMPD, administrado por COLPENSIONES. **(3) Se condene** al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. a trasladar al RPMPD los valores que haya recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los frutos e intereses que se hubieren causado.

**(4) Se condene** a PROTECCIÓN S.A. a asumir los detrimentos sufridos por el capital, destinado a la financiación de su pensión

de vejez, por los gastos de administración que hubiere incurrido, debiéndose consignar ese valor a Colpensiones, quien a su vez debe recibir todos los valores anteriormente descritos. Y, **(5)** se condene en costas procesales y agencias en derecho a todas las entidades demandadas (fls.61 a 85, cuaderno digital de primera instancia).

Como *fundamentos fácticos*, en síntesis, la señora Adriana Ochoa Cadavid expone que: 1) Desde septiembre de 1986 inició su vida laboral. 2) Que, se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través del Fondo de Pensiones COLMENA (hoy PROTECCIÓN S.A.), desde el 12 de enero de 1995, en virtud al traslado que realizó desde el extinto ISS, entidad a la cual cotizó aproximadamente 204,43 semanas, entre los años 1986-1994.

3) Que, la afiliación al RAIS se realizó a raíz de una visita de los promotores de Colmena, quienes verbalmente le ofertaron unas condiciones presuntamente más favorables para obtener su pensión de vejez, que las que ofrecía el ISS, hoy Colpensiones, omitiendo con una de sus obligaciones legales, cual es, entregar a sus potenciales clientes una información cierta, suficiente, transparente y con debida diligencia, de tal forma que la decisión tomada fuera libre y espontánea, lo que a todas luces generó un vicio en el consentimiento.

4) Agrega, finalmente, que la diferencia es notoria entre las dos mesadas pensionales en uno y otro régimen, lo que incidiría en su entorno familiar.

### **1.2. Contestación de COLPENSIONES (folios 99 a 106, del expediente digital):**

Colpensiones, a través de su apoderada judicial, haciendo uso del derecho a la defensa, contestó la demanda y aceptó la afiliación inicial de la demandante al ISS y el posterior traslado a Colmena, en las fechas indicadas en el escrito de demanda, pero, **se opuso a la prosperidad de las pretensiones**, por

cuanto las mismas no se encuentran relacionadas con las actuaciones administrativas emitidas por Colpensiones. En todo caso, en el evento de declararse la ineficacia y/o traslado del régimen pensional, solicita se ordene a Protección S.A. trasladar a esa AFP la totalidad de los aportes para garantizar el financiamiento de la respectiva prestación, incluidos los rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, así como asumir la merma del capital.

Formuló las siguientes excepciones de mérito: “Inexistencia de vicios en el consentimiento que indujera a error de la afiliación del demandante, que traiga como consecuencia la anulación o invalidez de la misma”, “inexistencia de la obligación” y “prescripción”.

### **1.3. Contestación de PROTECCIÓN S.A. (folios 132 a 141, ibidem):**

El Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, contestó la demanda a través de su apoderado judicial, y, luego de responder a cada uno de los hechos de la demanda, **se opuso a todas las pretensiones**, con fundamento en que la afiliación de la señora Adriana Ochoa Cadavid a ese fondo se efectuó conforme los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia, al brindársele una asesoría veraz, oportuna, profesional y verdadera.

En su defensa, formuló como excepciones de mérito las que denominó: “inexistencia de vicio del consentimiento que pudo inducir a error en la afiliación del demandante a la AFP Protección S.A., que traiga como consecuencia la anulación de la afiliación”, “Falta de causa en las pretensiones de la demanda”, “carencia de acción y ausencia de derecho”, “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

derecho de terceros de buena fe”, “buena fe”, “prescripción” y “genérica o innominada”.

#### **1.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito Popayán, (Cauca), se constituyó en audiencia pública de trámite y juzgamiento el día nueve (09) de julio de dos mil veinte (2020), y cumplidas las ritualidades de rigor, procedió a dictar SENTENCIA Nro. 023 dentro del presente asunto, en la cual **resolvió: Declarar la ineficacia del traslado** de la demandante, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, sucedido el 12 de enero de 1995.

En consecuencia, ordenó a la AFP PROTECCIÓN, trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración de la demandante a COLPENSIONES; normalizar la afiliación en el sistema correspondiente y entregar el archivo y detalles de aportes de la demandante a Colpensiones.

**Declaró NO PROBADAS las excepciones de mérito** formuladas por las entidades demandadas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

**TESIS DEL JUEZ:** Reitera como base jurisprudencial para la toma de decisiones frente a este tema, la sentencia SL1688 de 2019, donde la Corte determina el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, exigible desde su creación; y, para el caso, el traslado de régimen pensional, del ISS a Colmena, se efectuó el 12 de enero de 1995.

Agregó que, la expresión “*libre y voluntaria*” del literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual sólo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, para el juzgador de instancia no se puede alegar que hubo 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 con una simple expresión genérica. De allí que, desde el inicio haya correspondido a las AFP dar cuenta que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Frente al tema del consentimiento vertido en el formulario de afiliación, dice que la Corte ha dicho que es insuficiente para tener por demostrado el deber de información, pues se necesita un consentimiento informado. En armonía con lo anterior, concluye, el acto jurídico de cambio de régimen, en este caso, ES INEFICAZ, pues, la parte demandada sólo allegó el formulario de afiliación de la demandante, que no es prueba de que el consentimiento fuera informado. Y, si bien en su momento COLMENA y PROTECCIÓN eran dos empresas distintas, no obstante, al haber operado esa fusión entre ambas, Protección asumió las obligaciones en los actos realizados por Colmena.

Adicionalmente, frente a la excepción de prescripción, señala que la CSJSL ha mantenido reiteradamente la tesis que el tema de la ineficacia es imprescriptible.

Al generarse la ineficacia, para el juez, procede a PROTECCIÓN devolver los aportes, los rendimientos financieros y gastos de administración.

### **1.5. Recurso de apelación de PROTECCIÓN S.A.**

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de Protección S.A. presentó recurso de apelación oportunamente y fundamentó su inconformidad en lo que tiene que ver con la condena a la devolución de los gastos de administración y el pago de seguro previsional, por considerar que son descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación de una buena gestión de administración; y, al ordenarse tal devolución, se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor del

demandante, vulnerándosele el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a una de las partes del contrato que fue declarado nulo o ineficaz.

En cuanto a las cuotas o gastos de administración y el seguro previsional, dice que, durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada, la AFP descontó un 3% para gastos de administración y para pagar el seguro provisional a la compañía de seguros, descuentos que se encuentran debidamente autorizados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, gestión que ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, al ser una entidad financiera experta en inversión de recursos de propiedad de sus afiliados. Y, en el caso del seguro previsional, fue girado directamente a la aseguradora que prestaría el servicio, quien es un tercero de buena fe.

Por lo anterior, considera que únicamente es procedente la devolución de aportes a la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados con la buena gestión de Protección, con base en que, aunque se declare una ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que nunca ha existido contrato, no se pueden desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras para el afiliado, que corresponden a los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP, y unos frutos y mejoras para la AFP, es decir, existen una restituciones mutuas, de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil.

En los términos anteriores, solicita se revoque la decisión apelada en esos dos aspectos.

#### **1.6. Recurso de apelación de COLPENSIONES:**

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, reiterando lo dicho en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, en

resumen, no es procedente decretar la ineficacia en virtud de la dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en los términos que fue modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, lo cual la hace apartar de las consideraciones expuestas por el despacho cuando indica que en el expediente ninguna de las pruebas que acompaña la demanda denota vulneración de los derechos a escoger libremente el régimen que gobierna la prestación, pues, por el contrario, se logró evidenciar que existen conductas desplegadas por la demandante con la realización de los aportes desde enero de 1995, de los cuales se colige su querer de pertenecer al régimen en que ha venido cotizando, resaltando que en los términos de la jurisprudencia de la CSJSL sobre el tema de realización de los aportes al sistema son consistentes con el formulario de vinculación y constituyen una señal nítida de la voluntad del trabajar.

Indica a su vez que, si bien el deber de asesoría por parte de los fondos existe desde el momento de su creación, esto es, con la ley 100 de 1993, también lo es que existen unos deberes legales mínimos contenidos en una disposición especial como lo es el Decreto 2241 de 2010, para todos los afiliados al sistema general de pensiones (como el deber de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como diligenciar y firmar los mismos), los cuales deben ser atendidos por los mismos especialmente cuando pretendan efectuar el traslado de régimen pensional, deberes que de ninguna manera fueron atendidos por la demandante y que tampoco se anuncian en los recientes fallos de la CSJ, lo cual resulta curioso para la entidad, máxime cuando en el numeral 5 del artículo 4 de ese decreto se indica que inclusive el silencio en el transcurso del tiempo se equipara con una decisión consciente de los efectos legales de pertenecer al régimen pensional.

Luego entonces y, como quiera que la demandante no atendió estos deberes legales, según COLPENSIONES, no es procedente imponer la carga probatoria solo en el fondo y aunque al proceso solo comparecieron dos testigos, el testimonio de la señora

Carmen Elisa y Mary, no se desvirtuó el engaño, la falta de información, por ser testigos de oídos y no encontrarse presentes en el momento en que la demandante recibió la información concreta por parte de los asesores del fondo para afiliarse al RAIS.

De esta manera, para la apelante, se establece un tipo de responsabilidad objetiva que favorece la inercia probatoria a que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia C- 086 de 2016.

Finalmente, advierte que la ineficacia del traslado de régimen como en caso en que nos ocupa pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados que a diferencia de la demandante si cotizaron al sistema durante toda su vida laboral, para lo cual pone de presente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de traslados, en sentencias C-1024 de 2004 y SU 062 de 2010, resaltando que, la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia en materia de nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales desconoce el principio de rango constitucional que representa la garantía al derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida en tanto genera una situación caótica para la entidad que desvertebra la debida planeación en la asignación de los recursos del sistema pensional.

## **2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Admitido el recurso de apelación, por auto del 13 de agosto de 2020, se corrió traslado a las partes, por el término de cinco (5) días, para que formularan los alegatos escritos en esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º, del artículo 15, del Decreto 806 de 2020, por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del

servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Por lo anterior, se entiende surtido dicho trámite procesal en segunda instancia.

De acuerdo con nota secretarial del 10 de septiembre de 2020, se recibieron escritos de alegatos en forma oportuna por la parte demandante y los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

### **3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **3.1. Alegatos de conclusión de la parte demandante:**

El apoderado judicial de la demandante, en su escrito de alegatos de fecha 31 de agosto de 2020, solicita que la sentencia proferida en primera instancia sea confirmada, pero aclarada en razón al grado jurisdiccional de consulta, ya que de manera general se resolvió “ordenar a PROTECCIÓN S.A. normalizar la afiliación de la actora en el régimen de primera media administrado por COLPENSIONES”, pero no se aclaró que COLPENSIONES está obligada a reactivar la afiliación de la señora Adriana Ochoa Cadavid, así como a recibir los aportes, rendimientos y demás haberes de la cuenta pensional de la actora. Lo anterior, a fin de evitar un posible proceso ejecutivo, y, por el hecho de estar en presencia de una derecho fundamental y social como es la seguridad social.

En cuanto al recurso de apelación interpuesto por los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, solicito sean desestimados.

#### **3.2. Alegatos de conclusión de Protección S.A.**

El apoderado judicial de Protección S.A., en ejercicio de su derecho a la defensa, reiteró los argumentos esgrimidos en la

contestación a los hechos de la demanda, las razones de planteadas en las excepciones de fondo y en los alegatos presentados ante el Juez de primera instancia, concretamente respecto del punto que hace referencia a la devolución a Colpensiones de las sumas que corresponden a los gastos de administración y que incluyen el valor del seguro previsional.

Por todo lo anterior, solicita se revoque o modifique el punto que hace referencia a la devolución de los gastos de administración y declarar exonerada de esa condena a la AFP Protección S.A.

### **3.3. Alegatos de conclusión de Colpensiones:**

La apoderada de Colpensiones en ejercicio del derecho de contradicción reitera lo manifestado en la contestación de la demanda, en el sentido de que no es procedente declarar la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la actora, teniendo en cuenta que en el expediente ninguna de las pruebas que acompañan la demanda, denotan vulneración del derecho de la demandante a escoger libremente el régimen que gobierna su prestación.

Agrega que, la tesis de la CSJ ha tornado ilimitada en el tiempo la posibilidad de retornar al régimen, lo cual transgrede el principio constitucional de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Carta Política, pues termina concediéndoles beneficios a los afiliados que nunca participaron del mismo y le impone a COLPENSIONES la carga económica de aceptar a estas personas, a portas de adquirir el derecho prestacional, sin tener en cuenta que COLPENSIONES es un tercero de buena fe que no participó en el traslado que en su momento efectuó el actor.

## **4. ASPECTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES**

**COMPETENCIA:** En virtud a que la providencia de primera

instancia fue apelada por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, quienes integran la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 del CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, esta Sala de Tribunal es competente para desatar los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia.

De igual forma, se tramitará conjuntamente el grado jurisdiccional de consulta al ser desfavorable la sentencia a COLPENSIONES.

**Los sujetos procesales tienen capacidad jurídica** para actuar en este proceso y están representados por sus apoderados.

**En relación con la legitimación en la causa por activa y pasiva**, no hay objeción alguna por la Sala, porque la acción la ejerce la presunta titular del derecho reclamado, en contra de las personas jurídicas eventualmente obligadas a reconocerlo.

**El funcionario judicial que conoció del asunto es el competente** y el trámite satisfizo las exigencias de forma previstas en la ley.

Por lo tanto, se cumplen todos los presupuestos procesales, sin encontrarse nulidades insanables.

## **5. ASUNTOS POR RESOLVER**

La Sala Laboral, formula los siguientes **PROBLEMAS JURÍDICOS**:

**5.1.** En respuesta al RECURSO DE APELACIÓN propuesto por COLPENSIONES, se estudiará:

*¿Procede la declaración de ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante, del RPM administrado por el ISS hoy*

*Colpensiones, al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.?*

Como problema jurídico asociado:

*¿Es improcedente la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, al poner en riesgo la sostenibilidad financiera de Colpensiones?*

**5.2.** De ser procedente la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, en respuesta al RECURSO DE APELACIÓN de PROTECCIÓN S.A.

*¿Se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenar a Protección S.A., que además de las cotizaciones y rendimientos financieros, también traslade a Colpensiones los gastos de administración que se hubieren generado y lo correspondiente al seguro previsional?*

**5.3.** EN SEDE DE CONSULTA, se estudiará: a) si la acción se encuentra prescrita y también, en respuesta al escrito de alegatos de la parte actora, b) si hay lugar a aclarar el fallo apelado en el sentido de ordenar a Colpensiones activar la afiliación de la señora Adriana Ochoa Cadavid, así como recibir los aportes, rendimientos y demás haberes de la cuenta pensional de la demandante.

## **6. RESPUESTA AL PRIMER TEMA SOBRE LA INEFICACIA DEL TRASLADO:**

La Sala concluye que la AFP Colmena S.A., hoy Protección S.A., incumplió con el deber legal del suministro de información a la señora Adriana Ochoa Cadavid, en forma clara y suficiente, en cuanto los efectos positivos y negativos que acarrea el cambio de régimen pensional y, por lo tanto, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual - RAIS.

Se aclara, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a Protección S.A., aun cuando no participó en el acto de traslado, pero por razón de la fusión con COLMENA S.A. (antes ING), asume las consecuencias jurídicas de los actos a negocios celebrados por la fusionada, entre otros, la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual RAIS.

Como consecuencia, se debe CONFIRMAR la declaración de ineficacia del traslado proferida en la sentencia de primera instancia.

La tesis anterior se fundamenta en las siguientes premisas:

**6.1.** El legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y en desarrollo del artículo 48 de la Carta, por medio del artículo 12 de la Ley 100 de 1993, diseñó un sistema de seguridad social en pensiones tendiente a brindar protección a todos sus afiliados y a su grupo familiar ante las contingencias de invalidez, vejez o muerte, a través de dos regímenes excluyentes regidos por el principio de la solidaridad:

*(i) el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones.*

*(ii) el sistema de ahorro individual con solidaridad, bajo la tutela de las Administradoras de pensiones privadas.*

**6.2.** Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es “*aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas*”.

En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “*un fondo común de naturaleza pública*”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos

de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley<sup>1</sup>. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

**6.3.** De conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad *“es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”*.

**6.4.** En punto a la afiliación y traslado entre los dos regímenes pensionales RPM y RAIS, el legislador dispone las siguientes reglas:

*“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:*

*(... ...)*

***“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntario por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”***

Por medio del artículo 60 de la Ley 100/93, se regula las características del régimen pensional RAIS, y en lo que interesa, se resalta lo dispuesto en el literal c, en su versión original, atendiendo al hecho de que el traslado se produjo en el año 1995:

---

<sup>1</sup> Ley 100 de 1993, Artículo 32.

*c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras, y seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones;*

La reglamentación del literal c del artículo 60 en cita anterior, aparece en las siguientes normativas:

Sobre la escogencia del régimen pensional, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, original, en lo relevante para resolver, regula que:

**“Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación.** *La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.*

*La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.*

*Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora”.*

**6.5.** A su vez, en el artículo 72, literal f) del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del SF) aplicable al presente caso en su texto original, por razón del traslado en el año 1995 se dispone la obligación del deber de información, en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 72. REGLAS DE CONDUCTA DE LOS ADMINISTRADORES.** *Los administradores de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia*

*Bancaria deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales, absteniéndose de las siguientes conductas:*

*(... ...)*

***f. Abstenerse de dar la información que a juicio del Superintendente Bancario, deba obtener el público para conocer en forma clara la posibilidad que la institución tiene de atender sus compromisos. (... ...)***

**6.6. Por medio del artículo 271 de la Ley 100/93, se dispone que:**

En el evento del incumplimiento de las reglas sobre libre escogencia del régimen pensional que le asiste al trabajador, o 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 se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa... ...***

Y, además, expresamente se dispone que

***(... ...) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.***

**6.7.** En cuanto a la carga de la prueba del vicio en el consentimiento, aplica el artículo 1604 ibídem, el cual consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos, incumbe al que ha debido emplearlo.

**6.8.** Sobre casos similares al que nos ocupa, y en particular sobre el deber de información clara, amplia y suficientes sobre los aspectos positivos y negativos de cada uno de los dos

regímenes pensionales, a cargo de las AFP al momento de la afiliación y/o traslado entre regímenes, más allá de la firma del formulario, la CSJ-SL, ha desarrollado una tesis pacífica, que puede consultarse entre otras en las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicados 31989 y 31314; sentencia del 22 de noviembre de 2011 con radicado 33083; sentencia SL12136-2014; sentencia SL19447-2017; sentencias SL4964 y SL4689, ambas del 2018; sentencia SL1421-2019 y recientemente, la sentencia del 01 de julio de 2020 radicado n° 67972.

De ese criterio jurisprudencial, se resalta la sentencia CSJ SL1452-2019, donde la CSJ Sala Laboral se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional - artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.***

*(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.*

*(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.*

*(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”. (Negrilla de la Sala).*

**6.9.** En cuanto a las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, **es la ineficacia del negocio jurídico del traslado.**

Así lo consigna en la sentencia reciente del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, cuando, luego de CASAR la sentencia del Tribunal, profiere la sentencia de instancia:

*“3.2. Excepción de saneamiento de la nulidad relativa*

*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.*

*[2: La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).]*

*Por lo expuesto, resultada 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.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*[3: El artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo refiere que «No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca» el mínimo de derechos laborales. ]**[4: Los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011 «Estatuto del Consumidor», privan de efectos, de pleno derecho, a las cláusulas abusivas incluidas en los contratos celebrados con los consumidores. ]**[5: De acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el contenido de las pólizas debe "ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente Estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva".]*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*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 insanable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.*

Esta subregla viene siendo reiterada, y, recientemente, en sentencia del 01 de julio de 2020 radicado n° 67972, la CSJSL dejó claro que existe **ineficacia de la afiliación** cuando quiera que:

*“i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los*

*afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”*

En relación con las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, en esta última decisión se menciona sobre la importancia de la valoración de las condiciones de cada afiliado, la cual redundará en la satisfacción del derecho a la seguridad social.

## **6.10. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:**

**6.10.1.** Está probado con el formato denominado: “*solicitud de vinculación*”, con número 1010091091, obrante a folio 8 del expediente digital de primera instancia remitido a esta Corporación Judicial, que la señora ADRIANA OCHOA CADAVIDA solicitó ante el Fondo de Cesantías y Pensiones COLMENA el traslado de régimen pensional, el día 12 de enero de 1995.

Lo anterior, se acompaña con la información consignada en certificado de ASOFONDOS, a folio 143.

**6.10.2.** De conformidad con la respuesta suscrita por el Analista Senior, del Grupo Especializado PQR de Protección S.A., visible a folio 32 ibidem, la solicitud de traslado se hizo al fondo Colmena, el cual posteriormente pasó a ser Santander, luego ING, y, a partir del 01 de enero de 2013, PROTECCIÓN S.A., por proceso de fusión.

En virtud a lo anterior, actualmente la demandante se encuentra vinculada a PROTECCIÓN S.A., administradora del RAIS, como así se reafirma con la historia laboral del fondo de pensiones Protección S.A., a folios 39 a 47 del expediente digital.

**6.10.3.** De acuerdo con el reporte de semanas cotizadas en pensiones al ISS, hoy COLPENSIONES, a folios 48 y 49 ibidem, la señora Adriana Ochoa Cadavid aparece que estuvo afiliada al entonces ISS, desde el 24 de septiembre de 1986, hasta el 30 de enero de 1994, cotizando un total de 160,86 semanas, siendo su estado de afiliación: TRASLADADO.

Es decir, hay prueba suficiente que demuestra que la demandante antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS.

**6.10.4.** Finalmente, en la audiencia de juzgamiento de primera instancia, se recibieron los TESTIMONIOS de las señoras CARMEN ELISA ARBELAEZ TEJEDA y MARY ROJAS BERRIO, ambas ex compañeras de trabajo y amigas de la demandante Adriana Ochoa Cadavid.

La señora CARMEN ELISA ARBELAEZ TEJEDA, al explicar sobre el traslado a Protección, afirma:

*“En CARVAJAL, en la empresa que trabajábamos, en ese momento, hacía los años 90’, empezaron a ir los fondos privados a CARVAJAL a ofrecer un nuevo régimen de pensiones. Las reuniones fueron inicialmente globales, por secciones, y luego individual, entonces por eso sé que nos trasladamos a ese fondo”.*

En cuanto a las reuniones grupales, cuando se le pregunta: ¿en qué consistía el ofrecimiento que hacía el fondo de pensión privado?, dijo:

*“Ese ofrecimiento que ellos daban era que en ese momentico la base principal era que el Seguro Social estaba quebrado y se iba a acabar (...). Otra de las premisas que a uno le llamaba mucho la atención era que ellos ofrecían una muy buena rentabilidad (...), donde le decían a Usted sus aportes que pasan al fondo van a tener buena rentabilidad, tendiendo a la subida, nunca a la baja, y también decía (...) que uno*

*se podía pensionar a la edad que quisiera y que tu pensión iba a hacer mucho mejor”.*

Finalmente, la testigo niega haber recibido el plan de pensiones existentes o que se le hubiere informado también de los aspectos negativos del régimen de pensión; pues, según la señora Arbeláez Tejeda, sólo mencionaron las ventajas del mismo, pero no directrices de cómo iba a funcionar o su estructura.

Para la testigo, el fondo privado no obligaba a hacer el traslado, pero con la información que daba, ello si incidía para pasarse al fondo.

Por su parte, **la señora MARY ROJAS BERRIO**, indicó que CARVAJAL permitió en su momento que en el auditorio de la empresa los fondos privados de pensión, entre ellos COLMENA y PROTECCIÓN, les explicaran de manera general lo que cada uno ofrecía.

Respecto de ese ofrecimiento, dice que ellos – los fondos- le explicaban *“...los beneficios de pasarnos, dos, nos explicaban que la rentabilidad iba a hacer buena, de dos dígitos, y que siempre iban a hacer mejores de lo que nos estaban ofreciendo, y tres, siempre manifestaron que el Seguro Social se iba a acabar (...)”.*

Niega la testigo haber recibido un plan sobre el régimen de pensión donde se le explicara las condiciones del fondo, sólo indica haber recibido un folleto sobre las ventajas y rentabilidad del mismo.

Aclara la testigo que la decisión de traslado de fondo no fue porque la estuvieran obligando, sino por todos los beneficios que ofrecían y ante el temor de que el Seguro Social se acabara. Entonces, como lo que se ofrecía era una rentabilidad siempre al alza, donde se podían pensionar antes y les iba a devolver un valor, tales beneficios o ventajas incidieron en la toma de la decisión.

### **6.11. CONCLUSIONES:**

➤ Probado como está, que el traslado entre los dos regímenes pensionales (del RPM al RAIS) se produjo por la señora ADRIANA OCHOA CADAVID el 12 de enero de 1995, según se extrae del formato de solicitud de traslado, la historia laboral en pensiones y el certificado de ASOFONDOS, junto con los hechos aceptados al contestar la acción, la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., para esa data del año 1995, SI estaba obligada a entregar a la demandante toda la información favorable y desfavorable, así como los cálculos matemáticos y jurídicos, sobre el traslado del régimen de prima media al RAIS, de tal forma que no se viera comprometida la eficacia jurídica del acto o negocio jurídico del traslado por tal omisión, acorde con las normativas en cita y la doctrina reiterada de la CSJSL.

Con la conducta omisiva de la AFP COLMENA se dio paso a que la afiliada no pudiera establecer que era lo mejor y lo más conveniente para el disfrute de una pensión digna para su vejez.

➤ Ahora, si bien es cierto ambas testigos, en cuanto al ofrecimiento que en su momento les dieron los fondos privados, sólo dan fe de la información general que les fue suministrada en forma global a los ex trabajadores de la empresa CARVAJAL, entre ellos la demandante, y manifestaron no haber estado presente al momento en que la señora ADRIANA OCHOA CADAVID realizó el acto de traslado de régimen, en todo caso, del examen en conjunto de todos los medios de convicción aportados con la demanda y su contestación, esta Sala encuentra que en curso del proceso no se demostró que antes de la firma del formulario del traslado, los asesores de la AFP COLMENA le hubiesen dado a conocer a la demandante en forma clara, completa, veraz y con las debidas proyecciones, las ventajas y desmejoras de uno y otro régimen pensional, y con tal conducta procesal, cabe predicar que la demandante NO pudo elegir libremente y con plena conciencia, voluntad o conocimiento, cuál de los dos regímenes le resultaba más favorable.

A lo anterior se suma el hecho que la sola manifestación preimpresa en el formulario de traslado, tal como lo ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no hace cumplir con el requisito legal del deber de información, pues claro está que la sola firma no constituye un pleno conocimiento ni una voluntad libre, pues es un deber legal y constitucional por parte de las entidades, que desde el momento de la posible afiliación se debe dar una información completa clara, comprensible y veraz sobre los pro y los contras de la afiliación de un régimen a otro.

En ese orden de ideas, la consecuencia jurídica de esta conducta procesal omisiva de COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. debidamente probada, no es otra que la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sobre la **INEFICACIA JURÍDICA DEL ACTO O NEGOCIO DEL TRASLADO DEL RPM AL RAIS**, tal cual lo tiene decantado la CSJ-SL en recientes providencias.

➤ Debe aclararse, si bien la demandante efectuó su traslado dentro del RAIS a COLMENA, como la inscripción en ese esquema pensional es *una* sola, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija hoy a PROTECCIÓN S.A. como entidad a la cual está vinculada la accionante en el RAIS, aun cuando no participó en el acto de afiliación inicial, pues por fusión entre ambas entidades, PROTECCIÓN debe asumir los efectos de la declaratoria de ineficacia de ese negocio jurídico.

➤ Finalmente, en respuesta al segundo argumento que trae Colpensiones en su recurso de apelación, la Sala advierte que la decisión que se controvierte no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que debe reintegrar el fondo privado accionado a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de

que se generen erogaciones no previstas (CSJSL, sentencia SL2877-2020).

En consecuencia, procede confirmar la sentencia de primera instancia en este punto.

**7. RESPUESTA AL RECURSO DE APELACIÓN DE PROTECCIÓN S.A. sobre la oposición a la orden del traslado a Colpensiones de los gastos de administración y el pago de seguro previsional:**

La Sala no acoge los argumentos de la apelación de Protección S.A., dado que, con la declaratoria de ineficacia del acto de traslado entre los dos regímenes pensionales, las cosas retornan al estado anterior, como si tal negocio de traslado no se hubiera realizado y por lo tanto, contrario a lo alegado por el apoderado de Protección, si procede ordenar las restituciones, tanto del capital, como de los rendimientos obtenidos en favor de la afiliada, así como de los gastos de administración, acogiendo la línea jurisprudencial pacífica sobre el tema, expuesta por la CSJ-SL, con valor de doctrina probable, por su reiteración.

Es decir, el juez acertó en cuanto estableció que Protección debe retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, rendimientos financieros y gastos de administración que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora.

En cuanto a la suma por seguro previsional, no hubo condena, siendo improcedente entonces cuestionar la devolución de un valor que no se ordenó trasladar.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

**8.1.** De conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el

ahorro proveniente de las cotizaciones o aportes para pensiones y sus respectivos rendimientos financieros.

**8.2.** A su turno, según el literal a) del artículo 60 de la misma ley, el reconocimiento y pago de las prestaciones que contempla el RAIS, dependerá del capital que se obtenga de la sumatoria de los aportes de los afiliados y empleadores, más los rendimientos financieros obtenidos, que conforman la cuenta individual del afiliado, manejada por la Administradora, como lo dispone el literal b) de la misma normativa, pero bajo la naturaleza jurídica de un patrimonio autónomo del afiliado, como lo define el literal d) del mencionado artículo 60.

**8.3.** Conforme con estos parámetros legales, existe suficiente claridad, al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, éste es el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución del capital existente en la cuenta individual, se entienda incluidos los rendimientos financieros, pues el dueño de lo principal, también lo será de lo accesorio, tal cual está previsto en el literal a) del citado artículo 60.

**8.4.** En relación con la queja del apoderado de Protección, por la orden de devolución de las sumas cobradas por la administración de la cuenta individual, no tiene vocación de prosperidad, por vía de la aplicación de la doctrina probable emanada de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiterada en reciente providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, al afirmar:

***“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)***”.

En consecuencia, la orden emitida por el Juzgador de Primera Instancia, en el ordinal primero de la sentencia impugnada, se encuentra conforme a derecho, sin que tengan vocación de prosperidad los argumentos expuestos por la parte recurrente – Protección S.A.-

**8.5. En cuanto al rubro denominado “seguro previsional”** que pide PROTECCIÓN no sea trasladado a COLPENSIONES, como se trata de una suma de dinero que no ordenó devolver el juez a quo, resulta improcedente el pedimento por parte del fondo privado.

**8.6.** Para finalizar, acogiendo los argumentos del apoderado de la parte actora en sus alegatos de conclusión, esta Sala Laboral estima necesario ejercer las facultades constitucionales y legales para garantizar a la señora ADRIANA OCHOA CADAVID su derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, por la omisión del Juez de Instancia de ordenar a COLPENSIONES que reciba los aportes y demás bienes ordenados en la parte final del ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, con el fin de evitar a futuro alguna conducta renuente de parte de la demandada Colpensiones, de recibir tales bienes.

Sin embargo, considera la Sala no es necesario aclarar la sentencia para que Colpensiones reactive la afiliación de la señora Adriana Ochoa Cadavid, como lo pide el apoderado de la demandante en sus alegatos, pues, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, y, por consiguiente, ante la ineficacia del traslado al RAIS, se entiende que la demandante siempre estuvo afiliada al RPM,

administrado hoy por Colpensiones.

En consecuencia, se ordena adicionar el ordinal primero de la sentencia apelada y consultada, pero, en el sentido de ordenar a Colpensiones que reciba todos los bienes ordenados en la parte final de ese ordinal.

## **8. RESPUESTA AL TEMA DE LA PRESCRIPCIÓN, EN SEDE DE CONSULTA:**

En grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se verifica si procede la declaración de la excepción de prescripción, porque entre la fecha del traslado y la presentación de la demanda, transcurrió más de tres años del artículo 151 del CPLSS, para adelantar la presente acción de nulidad, contados desde la fecha del traslado de régimen pensional en el año 1995.

**La Sala niega la declaración de la excepción de prescripción,** como quiera, que en este caso no se declara la nulidad, sino la ineficacia del acto de traslado al RAIS, de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, no cabe establecer si tal acto o negocio jurídico de traslado está sujeto a las reglas de la prescripción, toda vez que con la declaración de INEFICACIA JURÍDICA, se entiende que tal acto o negocio jurídico jamás nació al mundo jurídico, por una parte y por otra, siguiendo la tesis de la imprescriptibilidad expuesta por la CSJ-SL, en la sentencia SL1689-2019, cuando sostiene que la solicitud de declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS es imprescriptible, ante el hecho de estar en presencia de un proceso meramente declarativo y 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.

En la sentencia en mención, se afirma:

*“Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que esa consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque, desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.*

*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» (resaltado fuera del texto original)*

***En conclusión: la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)”.***

Esta tesis ha sido reiterada en sentencias posteriores, la más reciente del 01 de julio de 2020, Radicación n.º 67972, de la CSJSL.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia anotada, no procede declarar probada la excepción de prescripción alegada por el fondo privado accionado y Colpensiones, en tanto el(la) afiliado(a) puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en cualquier momento para solicitar la declaración de ineficacia de la afiliación, y se defina en que régimen pensional se encuentra afiliado.

## **10.- COSTAS**

En aplicación del numeral 1º del artículo 365 del CGP, aplicable a los procesos laborales por virtud del artículo 145 del CPLSS, procede la condena en costas en esta instancia, a cargo de las entidades apelantes – PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, por cuanto no tuvieron prosperidad sus recursos de apelación.

De conformidad con lo consagrado en los artículos 365 y 366 del CGP, el Magistrado Ponente fijará las agencias en derecho, en la oportunidad procesal.

## **11. DECISIÓN**

En razón y mérito de lo expuesto la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de La República de Colombia y por autoridad de la ley.

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL PRIMERO** de la Sentencia Nro. 023 proferida en primera instancia el nueve (9) de julio del año dos mil veinte (2020), por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO POPAYÁN, CAUCA, dentro del proceso ORDINARIO LABORAL promovido por la señora

ADRIANA OCHOA CADAVID contra el fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. (antes COLMENA) y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en el sentido de que COLPENSIONES debe recibir de manos de PROTECCIÓN S.A. los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: En lo demás, se CONFIRMA** la sentencia de primera instancia, dentro del presente asunto ordinario laboral.

**TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA** a PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, a favor de la demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Las agencias en derecho como se dijo en la parte motiva.

**CUARTO:** La presente sentencia queda notificada a las partes por **ESTADO ELECTRÓNICO**, al cual se inserta copia de la presente providencia para conocimiento de los apoderados de las partes.

Los Magistrados:



**LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES**

Firma digitalizada válida para  
procesos judiciales y administrativos



**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
Magistrado

Popayán-Cauca



**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA**