



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio catorce (14) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2020-00083-01 (342)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	José Nicomedes Acosta Vallejo
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.	243

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

José Nicomedes Acosta Vallejo, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado efectuado el 1º de febrero de 1996, del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con

Solidaridad administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**, y la ineficacia de los posteriores traslados entre fondos administradores del RAIS. En consecuencia, que se condene a Porvenir a trasladar y a Colpensiones a acogerlo como afiliado y a recibir todas las cotizaciones con capitalización, el bono pensional recibido del I.S.S. o Cajas de Previsión donde estuvo afiliado, así mismo, perjuicios materiales y morales causados con el traslado.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones indicando que nació el 3 de octubre de 1955, cotizó al RPM a través del extinto I.S.S. hoy Colpensiones y distintas Cajas de Previsión, entre el 25 de febrero de 1974 y el 26 de enero de 1996. Que a partir del 1º de febrero de 1996, se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., ulteriormente a Colpatria.

Afirma el actor, que los fondos del RAIS forjaron el traslado sin mediar asesoría idónea o análisis de su situación pensional, incumpliendo los deberes legales de información.

3. Contestaciones de la demanda.

- DE PORVENIR S.A.

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, negó unos y dijo no constarle otros; se opuso a la prosperidad de las pretensiones insertas en el libelo inaugural, manifestando que la declaración de ineficacia resulta imposible atendiendo a que el traslado y afiliación del actor a distintas entidades administradoras del RAIS tiene plena validez, como quiera que fueron el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre del demandante quien, habiendo tenido durante 24 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo y solo lo decidió extemporáneamente cuando las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas con su posibilidad de retorno, no lo permitían. Aclara que al momento del traslado perdió automáticamente los beneficios de dicho régimen al hacerlo voluntariamente al RAIS mediante la suscripción de formularios de. Formuló excepciones, entre ellas, la de prescripción.

-DE COLPENSIONES.

Al responder la demanda, frente a los hechos, se opuso a unos, admitió como ciertos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen tiene plena validez, por lo cual no puede ser declarado ineficaz, en tanto, el mismo contó con la aprobación del demandante y no se allega al plenario prueba alguna que permita acreditar que frente a tal decisión existió engaño o vicio del consentimiento alguno o falta de información por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Además, que no es posible el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, dado que la solicitud la realizó cuando ya tenía cumplida la edad requerida para acceder al derecho pensional, desconociendo lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, y de otro lado, que no se encuentra acreditado, vicio del consentimiento o engaño en el traslado por el cual el optó, tampoco la falta de información que el actor atribuye a la Administradora del RAIS. Formuló excepciones, entre otras, la de prescripción.

-CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Manifiesta que los hechos de la demanda no le constan y no se opone a las pretensiones siempre y cuando se demuestren los presupuestos pertinentes para el caso. Trae a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en lo referente a la ineficacia del traslado por falta del deber de información; señalando que este deber procede desde la creación de las AFP con el estatuto orgánico, igualmente, la carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación recae sobre las Administradoras de los Fondos privados; y la suscripción del formulario no es prueba suficiente de que se le brindo una asesoría idónea; que, si la entidad llamada a juicio no demuestra que se brindó una asesoría pertinente, y que suministraron la información clara, oportuna y suficiente para que el traslado sea válido, este deberá declararse ineficaz. Propone como excepción de mérito la improcedencia de condena en costas a cargo de Colpensiones.

4. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 15 de julio de 2022, en la que declaró: i) La ineficacia del traslado a Porvenir S.A., que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció y continuará en el RPM conservando todos sus beneficios; y, ii)

probada la excepción de Imposibilidad de condena en costas en favor de Colpensiones y la de ausencia de prueba efectiva del daño propuesta por Porvenir S.A.; y, No probadas las demás excepciones propuestas por las demandadas. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a trasladar y a Colpensiones recibir, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta convocadas durante el tiempo en el que el actor permaneció afiliado a ella, con indexación.

Apoyado en jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, concluyó *—en síntesis—* que Porvenir S.A., no cumplió con la carga probatoria que le atañe, pues de ninguna de las pruebas que obran en el expediente es posible concluir cual fue la ilustración suministrada al demandante, además, no logró demostrar que actuó de manera diligente, por lo que la falta de información por parte de la AFP engendra la declaratoria de ineficacia del acto de vinculación, y deberá entenderse como que, el demandante nunca estuvo afiliado al RAIS.

5. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES., sustentando sus inconformidades en forma oportuna así:

- PORVENIR S.A.

Reprocha la decisión respecto la excepción de prescripción, al considerar que, en este evento, no se trata de verificar la procedencia de prestaciones sociales, o derechos laborales, ni el reconocimiento de una pensión, sino, la declaración de inexistencia de invalidez o ineficacia de un acto jurídico, civil o comercial, por lo que, ha ocurrido el fenómeno de la prescripción, toda vez, que los plazos para ejercer la acción ha sido superado con creces, dado que pasaron 20 años desde la fecha del traslado hasta de la presentación de la demanda. Sostiene que las administradoras siempre brindaron la información que era posible suministrar, pues la que ahora se pide no era obligatoria para ese entonces. Que no hay prueba alguna de afectación de la manifestación de la voluntad del demandante, que en todo caso, el traslado se derivó de la celebración de un acto a un contrato válido y libre de toda mácula. Insta que, en el evento de

confirmar la declaratoria de ineficacia, se revoque la decisión de devolver gastos de administración, porque estos son honorarios por el ejercicio para producir rendimiento, los que nunca hubieran existido en el RPM de no haberse trasladado; además, que de continuar en el RAIS, dichos gastos de administración jamás harían parte de la pensión.

Por último, se opone a la condena en costas arguyendo que no solo resultan excesivas, sino improcedentes, porque siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Enfatiza que no está facultada para aceptar el retorno del actor al RPM, por no cumplir con los términos dispuestos para su aceptación, dado que no hizo uso del derecho de migrar dentro de los términos establecidos en la ley y la jurisprudencia (cita algunas sentencias) que han determinado el periodo de permanencia obligatorio, limitando el traslado con el fin de preservar recursos de aquellos afiliados que durante toda su vida laboral han aportado al sistema, desconociendo entre otros principios, el de sostenibilidad financiera del sistema. Agrega que, si bien las administradoras tienen el deber de información, también los consumidores financieros tienen la obligación de informarse y obtener asesoría sobre lo que más le convenga en materia pensional, dado que su silencio al respecto denota el compromiso de pertenecer al RAIS.

Cuestiona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, aduciendo que no puede aplicarse en forma genérica y sin ninguna ponderación, que debe adoptarse de acuerdo a las particularidades de cada evento; y, con apoyo en un salvamento de voto¹, arguye que la declaratoria de ineficacia solo procede cuando el traslado causa perjuicios, y en este caso no se configuran

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión.

Bajo el espectro de la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado

¹ Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno respecto de la sentencia de la Corte de Suprema de Justicia SL 1452 del año 2019 radicación 68852. Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas

a las partes para alegar, facultad ejercida por el demandante y las entidades demandadas, quienes en síntesis, expusieron:

El demandante, pretende que la sentencia proferida en primera instancia sea confirmada, y se desechen los puntos de apelación planteados por pasiva, para lo cual cuestiona cada uno de los reparos concretos formulados tanto por Colpensiones como por Porvenir S.A.

Las demandadas, en procura de que se revoque la sentencia apelada, y en su lugar, sean absueltas de las pretensiones, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproducen los mismos reparos sobre los cuales sustentaron la alzada.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia en los recursos.

También se atenderá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela del 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237.

2. Problemas jurídicos.

En virtud de los planteamientos esgrimidos por los recurrentes y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Se aplicó indebidamente la inversión de la carga de la prueba?

¿Es ajustado a derecho disponer que como efecto jurídico de la ineficacia del traslado al RPM, se ordene el envío al RPM los rendimientos financieros,

gastos de administración?

¿Es objeto de prescripción la acción que versa sobre la ineficacia del traslado de régimen?

¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A.?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

La forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral consagrado en la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que involucró, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno.

En coherencia con lo que viene discurrido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos en la

sentencia SL-373 de 2021 señaló:

"En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Y en tal dirección, viene defendiendo la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de PORVENIR S.A., 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En suma, indefectiblemente la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional, además de las consecuencias del traslado, en tanto la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte, que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

La consecuencia jurídica 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 la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019:

"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." "..."

4. Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministró al promotor del proceso una información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, así como ilustrar sobre las características de cada régimen, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación del afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata que el actor cotizó en Colpensiones, antes I.S.S.², la Caja de Previsión social de Nariño³ y la Caja de Previsión Municipal de Pasto⁴, en el interregno comprendido entre el 25 de febrero de 1974 y el 29 de febrero de 1996, por tanto, queda evidenciado que estuvo afiliado al RPM.

Precisado lo referente a la afiliación del accionante al RPM, del examen efectuado a los formularios visibles a folios 57, 59 y 61 del paginario⁵ se extracta que el 13 de febrero de 1996 suscribió formulario de traslado al RAIS a través de la AFP Horizontes, proveniente del I.S.S. como administradora anterior; que el 24 de agosto de 1998, firmó su traspaso esta última a la AFP Colpatria; y a su vez, que de esta, se mutó a nuevamente a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., dada la fusión que se escenificó en estas dos entidades del RAIS, quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el traslado del fondo público al privado, obedeció – *en lo esencial y dicho de otra forma*- a falta de información y sin ningún análisis sobre la situación pensional del promotor del proceso. Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado al

² Ver reporte semanas cotizadas folio 37 expediente unido

³ Ver certificado CETIL folio 41 expediente unido

⁴ Ver certificado CETIL folio 49 expediente unido

⁵ Del expediente unido

accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Al no haberse demostrado la debida asesoría y el suministro de información tanto de los alcances positivos como negativos del traslado, tales, beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario mermas, o la pérdida del régimen de transición por ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

En lo concerniente a la crítica que hace Colpensiones frente al tópico de la inversión de la carga de la prueba, estima la Sala que en ningún desacierto incurrió la célula judicial de primer nivel. Es más, este Colegiado con sujeción a lo previsto por la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL4373 del 28 de octubre de 2020, radicación No. 67556, reafirma que al estar frente a una negación indefinida como ocurre en este evento, en el que el actor afirma que no recibió la asesoría necesaria para decidir sobre el traslado de régimen, la carga de probar lo contrario recae sobre la AFP demandada, sin que este hecho implique ningún desequilibrio procesal como lo alega el censor; es más, lo anterior encuentra respaldo en lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, al establecer perentoriamente que las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

De otra arista, la ineficacia del traslado **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento 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. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A Quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, acogiendo la inversión de la carga de la prueba con sujeción de los precedentes de la jurisprudencia especializada, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto.

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., pretende que se revoque la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, desde ya dirá la Sala que tal pedimento no encuentra eco en esta instancia, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada⁶, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, que no es otra cosa, que desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiere existido.

La declaratoria de ineficacia trae aparejada, en lo posible, la obligación de efectuar entre los contratantes, las respectivas restituciones mutuas, tal y como lo prevé el artículo 1746 del Código Civil, para el caso de las declaratorias de nulidad, que en sus efectos es predicable por analogía a los casos de ineficacia. Luego entonces, tales restituciones implican para el caso de preservar la afiliación en el RPM, que se reintegre a éste, los valores que el citado régimen debió recibir, de no haberse generado el traslado, es decir, el valor íntegro de la cotización que por disposición legal se calcula en igual porcentaje en ambos regímenes pensionales, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, después de la modificación introducida por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que 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 y sus respectivos rendimientos financieros. A su turno, los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones que consagra el RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores y de los **rendimientos financieros**; aportes de

⁶ CSJ SL-1688 de 2019.

los cuales, una parte se **capitalizará** en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado.

La razón para que se estime que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado se encuentra conformada por el capital ahorrado y sus rendimientos, es porque las administradoras de fondos privados de pensiones son los únicos que están autorizados a usar el dinero de los aportes para hacer inversiones en diferente activos y títulos valores, luego entonces, es claro que al ser los rendimientos o utilidades producto de la inversión de un capital que pertenece al afiliado, sea éste el beneficiario de los mismos y por eso, cuando se ordena la devolución de lo existente en la cuenta, se entiendan incluidos los rendimientos, lo contrario, implicaría refrendar un enriquecimiento de carácter injustificado, máxime, cuando tratándose de administradora de fondos privados de pensiones, la intermediación que éstas realizan, se efectúa a título de administración, que no comporta en sí, derecho alguno de propiedad sobre los dineros que le son entregados a título de cotizaciones, mucho menos, sobre los rendimientos que aquellas llegaren a producir.

En este punto, es importante recordar que al tenor de lo previsto en el literal m) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, después de la adición realizada por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a las entidades que los administran, lo que es indicativo de que bajo ningún punto de vista es admisible, so pretexto de la buena fe o un bien desempeñó en la administración, que los recursos, entre los que se encuentran los rendimientos financieros en el RAIS, dejen de pertenecer al sistema, para pasar a incorporarse al patrimonio de la entidad administradora.

También Importa aclarar, que en virtud de lo consagrado en el literal b) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993, una de las características del RPM es la existencia de rendimientos que, junto con los aportes de los afiliados, son los que constituyen el fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes adquieren la calidad de pensionados. Rendimientos que es claro que por calcularse sobre todos los recursos que constituyen el fondo común, generan también una rentabilidad, que es la que trata de compensarse al ordenársele a la AFP que traslade al RPM, los rendimientos financieros que produjo el capital del afiliado, para de esa manera preservar el equilibrio financiero del régimen público que se vio privado de las cotizaciones del afiliado indebidamente trasladado.

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados⁷. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejó en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración.

En suma fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por PORVENIR S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros y los gastos de administración indexados.

Ahora, efectuado el estudio integral de la sentencia de primer grado, advierte la Sala que, aunque con acierto el A quo dispuso el traslado de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, omitió incluir lo concerniente al porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima y comisiones, razón por la cual, por vía de consulta, **se adicionará y modificará el numeral segundo** a efectos de incluir dichos conceptos debidamente indexados, acogiendo lo establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021; y, que en el evento de existir diferencias

⁷ Artículos 2.2.7.4.1 y 2.2.7.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que compiló los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, la suma correspondiente sea asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A, por ser la que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si el demandante hubiese permanecido en él, por cuanto al existir omisión en sus deberes de información y debida asesoría procedió la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado (Art. 963 Código Civil y sentencia 31989 de 2008), sin que el convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que al solicitar el actor en el petitum de la acción, la nulidad de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener la ineficacia del traslado y a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea él, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado.

En cuanto la discrepancia de PORVENIR S.A. frente a la condena en costas impuesta a su cargo, no entrará la Sala en mayores elucubraciones, para desestimar este punto de reparo, como quiera que, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso que haya propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso. En consecuencia, los argumentos expuestos por el vocero judicial de estas entidades, no tienen la virtualidad fracturar la condena en costas irrogada.

De la excepción prescripción.

En lo que atañe al reparo que presenta Porvenir S.A., tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa, que este Colegiado ya tiene sentado su criterio frente a la improsperidad del mismo, como quiera que la línea jurisprudencial que actualmente impera, prevé que

los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en tanto desestimó ese medio exceptivo.

Finalmente, en lo concerniente a las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de **imposibilidad de condena en costas**, que con acierto el A quo declaró probada, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P., dada la no prosperidad de la apelación de las demandadas, serán a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones; y se fijarán como agencias en derecho para cada una, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

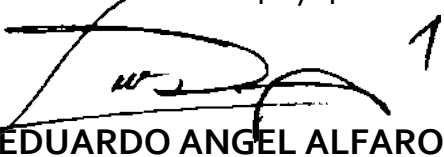
PRIMERO. MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 15 de julio del 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **JOSÉ NICOMEDES ACOSTA VALLEJO**, el que quedará así:

"SEGUNDO.- CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver de la cuenta individual del demandante JOSÉ NICOMEDES ACOSTA VALLEJO, a la cuenta global administrada por COLPENSIONES-, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimiento y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido esta administradora durante el tiempo en que el actor permaneció afiliado a ella, suma que se trasladará debidamente indexada; además, las comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, en forma indexada con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el accionante permaneció afiliado a ella, y al momentos de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado en la parte considerativa de esta providencia"

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

TERCERO. - CONDENAR en COSTAS en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a cargo de cada una, el equivalente a dos 2 smlmv. Sin lugar a costas en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO. NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la ley 2213 del 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

Magistrado Ponente



PAOLA ANDREA ARCILA SÁLDARRIAGA

Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado.



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Junio catorce (14) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2020-00151-01 (457)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Héctor Alfredo Bucheli Espinosa
Demandados:	Porvenir S.A., Protección S.A., Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.	240

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por el demandante y la demandadas **Colpensiones**, contra la sentencia emitida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado. También se atiende el grado jurisdiccional de consulta que sobre aquel pronunciamiento se surte en favor de Colpensiones.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Héctor Alfredo Bucheli Espinosa, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE**: i) la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de las AFP Porvenir S.A., y

Protección S.A.; ii) que es beneficiario del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; iii)

Que en consecuencia se condene a Protección S.A. a trasladar y a Colpensiones a aceptar su traslado y recibir la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta individual, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, así como bonos pensionales. Así mismo que se condene a los fondos privados a devolver a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos, los valores correspondientes a gastos de la administración, debidamente indexados, en forma proporcional al tiempo en el cual permaneció afiliado en ellos, y los perjuicios morales causados por el traslado. Adicionalmente que se condene a Colpensiones a pagarle retroactivo pensional desde la fecha de cumplimiento de los requisitos de la pensión, junto con los intereses moratorios (art. 141 Ley 100/93) y a todas las convocadas a pagar las costas procesales.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones indicando que nació el 26 de diciembre de 1953, laboró en el sector público y privado, cotizando al régimen de primera media desde el 3 de abril de 1990, hasta el mes de agosto de 2000, data en la que fue afiliado a la AFP Horizontes, hoy Porvenir S.A., sin que la entidad suministrara información veraz, suficiente, completa y comprensible acerca de los riesgos de la afiliación desconociendo este deber.

Que, en una reunión los representantes de dicho fondo privado, expusieron que podrían pensionarse a cualquier edad, que el monto de la pensión no sería inferior a la del RPM, que el I.S.S. hoy Colpensiones no tenía recursos para cubrir pensiones futuras y que el régimen de prima media iba a desaparecer; no informaron que con el traslado se perdían las prerrogativas del régimen de transición, por tanto, su afiliación fue producto de un engaño, en cuanto, Horizontes hoy Porvenir S.A. omitió información sesgando y tergiversando las consecuencias del cambio de régimen. Informa que en diciembre de 2004, fue trasladado a la AFP Protección S.A. con similares argumentos.

Que la proyección de su pensión en el RPM es superior al del RAIS, situación que lo ha afectado principalmente en sus expectativas legítimas de acceso a su pensión digna conforme a su nivel de vida, afectando sus planes de ahorro, además de tener que iniciar toda clase de diligencias administrativas,

acudiendo a profesionales del derecho para el reconocimiento de su derecho de pensión acorde a los salarios.

2. Contestaciones de la demanda.

- DE PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Por conducto del mismo apoderado judicial, en similar sentido al contestar la demanda frente a los hechos aceptaron y negaron unos y dijeron no constarle otros. Se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que tanto la declaratoria de nulidad resulta imposible dado que el traslado del actor a distintas administradoras del RAIS, tiene plena validez, como quiera que fueron el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de la demandante quien, habiendo tenido durante 20 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo y solo lo decidió extemporáneamente cuando las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas con su posibilidad de retorno ya no lo permitían; que debe quedar claro, que al momento del traslado perdió automáticamente los beneficios de dicho régimen al trasladarse voluntariamente al RAIS a través de PORVENIR, mediante la suscripción de formularios de vinculación. Sostiene que, para la fecha de los traslados, le brindaron toda la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; además, que el actor cuenta con diferentes canales a través de los cuales puede analizar la información sobre las disposiciones legales que regulan la pensión de vejez en el RAIS y, además, su situación particular que fue la que analizó al momento de trasladarse desde el RPM.

Formularon como excepciones de fondo las de buena fe del demandado, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño e 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.

-DE COLPENSIONES.

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó y negó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado de régimen tiene plena validez, por lo cual, no puede ser

declarado ineficaz, pues, el mismo contó con la aprobación del señor HECTOR ALFREDO BUCHELI ESPINOSA y no se allega al plenario prueba que permita acreditar que frente a tal decisión existió engaño, vicio del consentimiento o falta de información por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que no es posible el retorno del demandante al RPM, toda vez que tal solicitud la realizó cuando ya tenía cumplida la edad requerida para acceder al derecho pensional, desconociendo lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad de condena en costas y, falta de legitimación en la causa por pasiva.

-DEL MINISTERIO PÚBLICO

En su concepto manifestó que si en el curso del proceso se prueba que HORIZONTE no cumplió con la obligación de informar al actor sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional que realizó dese el 1º de septiembre de 2000 significa que su decisión careció de conocimiento por lo que no fue consiente, en consecuencia el traslado del RPM al RAIS y el cambio horizontal a PROTECCIÓN S.A., serian INEFICACES y esta entidad tendría que pasar a COLPENSIONES los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante provenientes de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir de sus propios recursos y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías, y que lo mismo debería hacer PORVENIR S.A.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 10 de agosto de 2022, en la que declaró: **i)** La ineficacia del traslado a Protección S.A., que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; **ii)** Probada de oficio la excepción de ausencia de prueba efectiva del daño y petición antes de tiempo en favor de Protección S.A.; y, **iii)** la de imposibilidad de condena en costas formulada por Colpensiones.

Consecuencialmente, condenó a COLPENSIONES a recibir y a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES devolver de la cuenta individual del actor, a la cuenta global administrada por COLPENSIONES, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración que hubiere recibido durante el tiempo que el actor permaneció afiliado a ella, debidamente indexada. Condenó en costas a PROTECCIÓN y la absolvió de las demás pretensiones. Eximió de todas las pretensiones a PORVENIR S.A., igualmente de condena en costas.

Apoyado en criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas al deber de las Administradoras del RAIS de brindar una información clara, completa y comprensible, adujo que la información suministrada por en un inicio por Horizonte hoy Porvenir y luego Protección S.A., fue incompleta e indujo a error al actor. Aclara que siendo Protección S.A, la última administradora a cargo de actor, es la que debía demostrar que la afiliación o el traslado que hoy se demanda como ineficaz cumplió con los requerimientos, para que surta plenos efectos jurídicos; pero que, no cumplió con el deber de información que le correspondía, no arrió los medios probatorios tendientes a acreditar que el accionante recibió asesoría previa a su traslado, que, verificado el material demostrativo, obrante en el proceso.

3. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron el demandante y COLPENSIONES.

-La parte demandante.

Manifiesta su desacuerdo parcial, en tanto, únicamente enrostra la decisión contenida en el ordinal primero de la sentencia, arguyendo que existe un error sustancial, en razón a que la declaratoria de ineficacia de la afiliación, se debe hacer frente al primer acto de afiliación al RAIS, efectuado a través de Horizonte hoy Porvenir S.A.

Aduce que no tiene sentido absolver a este fondo, cuando fue el que directamente entregó la información sesgada, faltando el deber de información, por lo que la declaratoria de nulidad debe hacerse respecto del

traslado a esta entidad, a partir del mes de julio de 2002.

- Colpensiones

Expone que se ratifica en lo expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, enfatizando que no es dable el retorno del demandante hacia el RPM, porque no hizo uso del derecho a migrar en los términos de lo dispuesto por la Corte Constitucional. Que aceptar traslados por fuera de los términos establecidos en la ley, puede afectar al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional; que, si bien es cierto, en cabeza de los fondos privados se encuentra el deber de información, también lo está en cabeza de los consumidores financieros el de asesorarse y obtener informaciones a efectos de optar por la decisión que más le convenga en materia pensional. Que al haberse traslado entre diferentes administradoras se colige que conocía las condiciones y beneficios de su decisión y que al no haber sido así hubiera optado por retronar al RPM; con apoyo en un salvamento de voto¹, arguye que la declaratoria de ineficacia solo procede cuando el traslado causa perjuicios, y en este caso no se configuran

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Bajo el espectro de la Ley 2213 de 2022 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, Colpensiones y el Ministerio Público, exponiendo, en síntesis:

Colpensiones, en procura de que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se declaren probadas la excepciones que propuso, en sus alegaciones en forma amplia disertan sobre las razones por las que consideran que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproduce los mismos reparos sobre los cuales sustentó la alzada.

El Ministerio Público, además de solicitar la confirmación de la sentencia apelada y consultada, exhorta para que se adicione indicando que el fondo privado está en la obligación de asumir con cargo a sus propios recursos cualquier diferencia que se presente en el monto trasladado, así como la

¹ Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno respecto de la sentencia de la Corte de Suprema de Justicia SL 1452 del año 2019 radicación 68852. Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas

devolución de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, más el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. De igual manera, se debe condenar a la AFP Porvenir a la devolución del porcentaje de los gastos de administración debidamente indexados, que se generaron durante la permanencia en dicho fondo.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá las materias objeto de discrepancia en los recursos.

También se ocupará del grado jurisdiccional de consulta a favor de la Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela del 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237.

2. Problemas jurídicos.

En virtud de los planteamientos esgrimidos por los recurrentes y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

¿Fue acertado declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

¿Erro el A quo al absolver a Porvenir S.A. de las pretensiones de la demanda?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

La forma como fue concebido el Sistema de Seguridad Social Integral consagrado en la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes que involucró, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación por escrito que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

Al respecto, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno.

En coherencia con lo que viene discurrido, el precedente judicial de la Sala de Casación Laboral - entre ellos, uno de los más recientes vertidos en la sentencia SL-373 de 2021 señaló:

"En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

Y en tal dirección, viene defendiendo la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»

(CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

En suma, indefectiblemente la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional, además de las consecuencias del traslado, en tanto la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte, que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

La consecuencia jurídica 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 la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019:

"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." "..."

4. Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto concluyó que los fondos privados convocados al juicio, no cumplieron con la carga de probar que suministraron al promotor del proceso una información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, así como ilustrar sobre las características de cada régimen, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata que el actor cotizó aportes para pensiones en la Caja de Previsión de la Universidad de Nariño entre el 5 de mayo de 1984 y el 17 de junio de 1986², en

² Ver folio 19 expediente unido

Colpensiones del 3 de abril de 1990 al 31 de julio de 2000³, por tanto, queda evidenciado que estuvo afiliado al RPM.

Precisado lo referente a la afiliación del accionante al RPM, del examen efectuado a los formularios visibles a folios 190 y 252 del paginario se extracta que el 13 de julio de 2000 suscribió formulario de traslado al RAIS a través de Horizontes hoy Porvenir S.A., proveniente del I.S.S. como administradora anterior; y, que el 15 de octubre de 2004 suscribió formulario de traslado de dicho fondo privado a Santander Pensiones y Cesantías S.A. hoy Protección S.A., con efectividad a partir del 1º de diciembre de ese año, movimiento de traslados que se verifica en el certificado de Asofondos⁴, quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el traslado del fondo público al privado, obedeció – *en lo esencial*- a falta de información y sin ningún análisis sobre la situación pensional del promotor del proceso. Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado a la accionante la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Al no haberse demostrado la debida asesoría y el suministro de información tanto de los alcances positivos como negativos del traslado, tales, beneficios que proporciona el régimen, la proyección del monto de la pensión que se podría recibir, la diferencia en el pago de los aportes, los perjuicios o consecuencias que podría afrontar si los dineros de la cuenta no generaban rendimientos y por el contrario mermas, o la pérdida del régimen de transición por ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS, decisión que **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que deben reintegrar la PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento 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

³ Ver folio 31 y 82 expediente unido

⁴ Ver folio 253 expediente unido

erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. Argumento ratificado en sede de tutela a través fallo STL11947- 2020 del 16 de diciembre de 2020, radicación No. 61500. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual de la accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, acogiendo la inversión de la carga de la prueba con sujeción de los precedentes de la jurisprudencia especializada, por tanto, deviene la confirmación de la sentencia frente a este aspecto; sin embargo, teniendo en cuenta que el A quo bajo la egida de haber sido el último al que estuvo afiliado el pretendiente, se limitó a hacerlo solo respecto de Protección S.A. y nada dijo del primigenio traslado de RPM que se suscitó de Colpensiones a Porvenir S.A., deviene la modificación del numeral primero, en el sentido, de declarar también la ineficacia del traslado efectuado por el señor HÉCTOR ALFREDO BUCHELI ESPINOSA de COLPENSIONES a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y el que se consumó entre este fondo y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. Implica lo anterior, que la Sala comparte la postura del demandante en este puntual aspecto, luego entonces, su alzada encuentra eco en esta instancia.

Ahora, efectuado el estudio integral de la sentencia de primer grado, advierte la Sala que, aunque con acierto el A quo dispuso el traslado de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, omitió incluir la devolución de lo concerniente al porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima y comisiones, razón por la cual, por vía de consulta, **se adicionará el numeral segundo** a efectos de incluir la devolución de los mismos, durante el tiempo que el accionante permaneció afiliado a dichos fondos, con la debida indexación con cargo a sus propios recursos, acogiendo lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de*

los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen” como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021, y, que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, la suma correspondiente sea asumida de sus propios recursos por PROTECCIÓN S.A, por ser la que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si el demandante hubiese permanecido en él, por cuanto al existir omisión en sus deberes de información y debida asesoría procedió la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado (Art. 963 Código Civil y sentencia 31989 de 2008), sin que el convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

Es de advertir que, en este caso particular y concreto, sin mayores argumentos, El A quo, absolvió a PORVENIR S.A. de las pretensiones, y así lo consignó en el ordinal NOVENO, decisión que se emitió ignorando el compromiso que le compete a este fondo, lo cual desfavorece a Colpensiones, entidad a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta, por tanto, **se revocara dicho ordinal** y en aras de adoptar la medida que se ajuste a derecho, se complementará la adición del **numeral segundo**, condenando también a este fondo privado a devolver el porcentaje de gastos de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas durante el tiempo que el actor permaneció afiliado en su seno, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; y, por lo motivado en precedencia, en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, deberá asumirlas de su peculio. De contera, se impone adicionar el numeral tercero, para exhortar a Colpensiones a recibir también los mencionados conceptos respecto de este fondo del RAIS.

Lo anterior, no implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia, consagrados en los artículos 66A del C.P.T.S.S. y 281 del C.G.P., toda vez que se trata de aspectos que favorecen a COLPENSIONES a favor de quien se surte la consulta; y, porque al solicitar la demandante en el *petitum* de la acción, la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea él, quien deba correr con los efectos negativos de la

ineficacia del traslado.

Como el A quo no condenó en costas a Porvenir S.A., y tal ítem no fue apelado, este Colegiado está vedado a infligirlas, pues hacerlo sería sorprender a esta entidad con una decisión que le afecta y frente a la cual no tuvo oportunidad de pronunciarse mediante el recurso de alzada.

Finalmente, en lo concerniente a las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de **imposibilidad de condena en costas**, que con acierto el A quo declaró probada, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P., dada la no prosperidad de la apelación de COLPENSIONES se condenará en costas y se fijarán como agencias en derecho a su cargo suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. No se impondrán costas a cargo de la parte demandada, dada la prosperidad de su alzada.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por el demandante y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **HECTOR ALFREDO BUCHELI**, el cual quedará así:

"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor HECTOR

ALFREDO BUCHELI de COLPENSIONES a HORIZONTES hoy PORVENIR S.A. y el que se suscitó entre este fondo y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo, siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.”

SEGUNDO. – MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia, el que quedará así:

"SEGUNDO. - CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar de la cuenta individual del señor **HECTOR ALFREDO BUCHELI** a la cuenta global administrada por **COLPENSIONES**, todos los valores que hayan sido depositados por concepto de cotizaciones, junto con sus rendimientos y bonos pensionales. Igualmente, **PROTECCIÓN S.A.** deberá devolver el porcentaje de gastos de administración, las comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, que hubiere recibido durante el tiempo que el accionante permaneció afiliado debidamente indexada con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma la asumirá la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, con sus propios recursos y en forma proporcional, de acuerdo al tiempo que hubiere permanecido el actor en cada fondo, como se indicó en la parte considerativa de esta providencia.

Así mismo, **CONDENAR** a **PORVENIR** a devolver el porcentaje de gastos de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas durante el tiempo que el actor permaneció afiliado, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.”

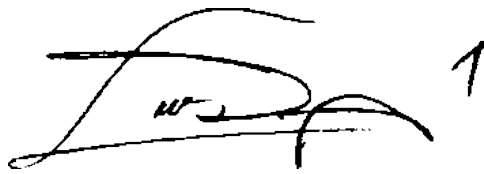
TERCERO. - ADICIONAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, el que quedará así: **"CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir los todos los montos que resulten del traslado del demandante desde el Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.** y los conceptos enunciados en el numeral anterior respecto de **PORVENIR S.A.**

CUARTO. REVOCAR el ordinal **NOVENO** de la parte resolutive del fallo impugnado y consultado.

QUINTO.- CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

SEXTO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia COLPENSIONES, a favor de la parte demandante. Se fijan, las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) smlmv a cargo de cada una de estas entidades.

SEPTIMO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la ley 2213 del 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS



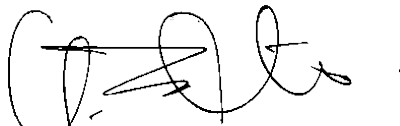
LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

Magistrado Ponente



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado.