



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala
Laboral**

Luis Eduardo Angel Alfaro
Magistrado Ponente:

Febrero veintiuno (21) de dos mil veinticuatro (2024)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2022-00318-01 (235)
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Ayda Anita Arcos Rubio
Demandados:	Protección S.A. Colpensiones
Asunto:	Se resuelve consulta de sentencia.
Acta No.	030

I. ASUNTO

Siguiendo los lineamientos del artículo 13 de la ley 2213 de junio de 2022, se resuelve sobre el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES respecto de la sentencia emitida el 31 de mayo de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral de Pasto, dentro del proceso ordinario laboral reseñado.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

AYDA ANITA ARCOS RUBIO, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Protección S.A. Que, en consecuencia, se ordene a Protección S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores de su cuenta de ahorro individual, constituida por todos los aportes pensionales, cuota de manejo, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses; y, que se ordene a esta última recibir todos los

valores trasladados. Deprecó también condena en costas a cargo de las convocadas.

2. Hechos.

Los hechos con relevancia jurídica en los que la promotora del juicio funda sus pretensiones se sintetizan así. Que nació el 21 de abril de 1964; cotizó en el RPM a través de la Caja de Previsión social del Departamento de Nariño desde julio de 1992 hasta junio de 1995, en julio de ese año, fue trasladada al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., sin una información cierta, clara suficiente y oportuna, respecto de las características, ventajas, riesgos y consecuencias del traslado de régimen, se omitió por parte de la promotora de este fondo privado realizar proyecciones, los cálculos de liquidación de los dos regímenes para comprender las condiciones de su situación pensional y adoptar la decisión más conveniente; elevó reclamaciones ante las dos entidades para lograr a ineficacia del traslado obteniendo respuestas negativas.

3. Contestaciones de la demanda.

-DE PROTECCIÓN S.A.

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, acepto unos y negó otros; se opuso a la prosperidad de las pretensiones insertas en el libelo inaugural, al considerar que la declaración de ineficacia resulta imposible atendiendo a que el traslado y afiliación de la actora a la entidad tiene plena validez, como quiera que fue el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de quien, habiendo tenido durante 27 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 permiten. Que, para la fecha de solicitud de traslado, se le proporcionó la información, de manera clara y no engañosa que lo indujera en error. Formuló excepciones, entre ellas, la de prescripción.

-DE COLPENSIONES.

Al contestar la demanda, frente a los hechos aceptó total y parcialmente unos hechos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones, arguyendo que el traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual de la demandante, conserva incólume su presunción de validez y surte plenamente sus efectos en el mundo jurídico, ya que fue expedido por la autoridad competente, observando la ritualidad exigida para su creación. Sostiene que no se ha acreditado efectivamente alguna causal de nulidad, haciendo improcedente su declaratoria y que la demandante no utilizó su derecho a trasladarse hasta 21 de abril

de 2011 cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Formulo excepciones entre ellas la de prescripción.

4. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 31 de mayo de 2023, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad verificado a través de Colmena S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., efectuado a partir del 1º de julio de 1995, 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 la excepción de “ausencia de prueba efectiva del daño” e “inexistencia del daño” esgrimidas por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.; y, la de imposibilidad de condena en costas formulada por Colpensiones; y no probadas las demás excepciones incoadas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó PROTECCIÓN S.A. a trasladar y a COLPENSIONES recibir el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. Que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Además, condenó en costas a Protección S.A.

Para fundamentar esta decisión, trajo a colación la normatividad y precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas respectivamente a la libertad de escogencia de régimen y sobre la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, luego se pronunció sobre los hechos y las pretensiones de la demanda, así mismo frente a los fundamentos de defensa de la pasiva, para concluir que el fondo privado no asumió la carga probatoria que le corresponde, al no aportar ningún elemento de prueba que acredite que al momento de la afiliación brindó la información suficiente, en las condiciones establecidas en la Ley 100 de 1993 y en el Estatuto del Sistema Orgánico Financiero que debía brindarle a su nuevo afiliado.

Contra la anterior decisión ninguna de las partes interpuso recurso de apelación. En tal razón, arriba al conocimiento del Tribunal para que se surta consulta a favor de Colpensiones.

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Admitido el grado jurisdiccional de consulta, bajo el espectro de la Ley 2213 de 2022 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual sólo hicieron uso la demandante, Colpensiones y el Ministerio Público, los que en síntesis expusieron,

LA PARTE DEMANDANTE. Luego de exponer *in extenso* consideraciones de hecho y derecho, referirse a los precedentes jurisprudenciales emanados de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y hacer alusión a los medios de prueba acopiados al proceso, todo dirigido a reforzar la decisión de primer grado, solicita acoger las pretensiones de la demanda.

COLPENSIONES, trae un amplio escrito de alegaciones, contentivo de criterios jurisprudenciales referidos al traslado de régimen y reproduce los argumentos sobre los cuales edificó la defensa al contestar la demanda, con lo que procura persuadir sobre la revocatoria de la sentencia de primer grado.

El Ministerio Público, en su concepto exhorta la confirmación de la sentencia en su integridad, con tal finalidad, para ese efecto, trae a colación apartes de criterios jurisprudenciales y normatividad, y expone las razones por las cuales estima que la decisión de primer nivel en todo su contexto se ajusta a derecho.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Del grado jurisdiccional de consulta

La decisión de primer grado no fue objeto de apelación, de modo, que en observancia a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 6g del CPTSS, por ser la sentencia adversa a Colpensiones, entidad en la que la Nación es garante, corresponde a la Sala pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta.

2. Problemas jurídicos.

Atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar

¿La decisión de la A quo de declarar la ineficacia del acto de traslado de la demandante del RPM al RAIS, se ajusta a la legalidad?

3. Respuesta al problema jurídico planteado.

A la luz de la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes del sistema pensional, esto es, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación escrita 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.

En esa dirección, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, la persona natural o jurídica que por cualquier forma impida o atente 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 e igualmente el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por ello, 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 1994, 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».

La alta Corporación viene defendiendo la tesis 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).

Luego, la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones ha de ser libre y voluntaria por el afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional, exigencia que se hace extensiva respecto 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 está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministró a la actora 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 y para lo que interesa a este asunto, se constata de la certificación electrónica de tiempos laborados –

CETIL¹ que la demandante como empleada pública, cotizó en el Régimen de Prima Media a través de la Caja de Previsión Social de Nariño, entre el 9 de julio de 1992 y el 30 de junio de 1995, por tanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994 se colige que estuvo vinculada al RPM. Además, el artículo 128 de la ley 100, estableció en favor de los servidores públicos la libertad de afiliarse al ISS o continuar en esas cajas, pero en ambos bajo el régimen de prima media² con lo que queda ratificado que estuvo afiliada a dicho régimen, por tanto, ningún impedimento legal existe para que regrese al mismo, ahora a cargo, en forma exclusiva de Colpensiones (antes I.S.S.), en tanto, el artículo 4º del citado decreto, reguló:

"Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.

Los servidores públicos que al 1º de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales."

Conforme a lo anterior, y en consideración a que la entidad a la que estaba afiliada la demandante al momento del traslado de régimen se encuentra liquidada, por ser Colpensiones la entidad del régimen de prima media que asumió las funciones del anterior ISS, le corresponde aceptarla como vinculada y recibir todos los valores que le sean trasladados por el fondo del RAIS.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen efectuado a la Historia Laboral expedida por Protección S.A.³ se extracta que efectuó su primera cotización a este fondo del RAIS del mes de julio de 1995, quedando así demostrados, que en efecto existió el traslado cuya ineficacia se pretende; son entonces, 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 idónea sobre la situación pensional del promotor del proceso.

¹ Fls 40 y siguientes archivo 01 anexos a la demanda

² Al respecto se puede consultar las Sentencias SL2208-2021 y SL1305- 2021.

³ Ver folio 26 y ss archivo 01

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 si fuera beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión de la A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y el consecuente traslado de todos los conceptos económicos a Colpensiones; sin embargo, evidencia la Sala que en la forma como fue redactado el ordinal segundo de la sentencia, se percibe que la indexación recae sin discriminación sobre todos los conceptos objeto de devolución dentro de los cuales están, los rendimientos, y los bonos pensionales; y, comoquiera que tal disposición resulta improcedente, en cuanto los aportes o lo que es igual el capital acumulado, como los bonos pensionales se devuelven con rendimientos, no hay lugar a indexación, pues ello conllevaría a una doble condena en lo que atañe a la actualización del valor económico. De modo que, se impone aclarar dicho ordinal, en el sentido de precisar que la indexación no opera sobre esos conceptos.

En suma, analizada en su integridad la sentencia consultada, clara y palmariamente se vislumbra que es una decisión que refleja el acogimiento de los criterios de nuestro máximo órgano de cierre, que esta Corporación también vienen adoptando en sus pronunciamientos, por tratarse de una sólida línea jurisprudencial que promulga que como efecto de la ineficacia del traslado se deben trasladar a Colpensiones todos los conceptos que en este caso ordenó el juzgado; sin que exista en este caso ningún reparo frente a la orden emitida esta entidad de recibir en su integridad todo lo que le deberá trasladar PROTECCIÓN S.A.

No sobra agregar que la postura de la A quo, no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PROTECCIÓN 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. Y siguiendo esta línea de pensamiento, en uno de sus más recientes pronunciamientos, precisó:

"También se descarta una lesión al principio de sostenibilidad financiera, en tanto el efecto de la multicitada declaratoria es que las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban; esto es, como si el traslado nunca hubiera ocurrido; de allí, la subsecuente orden de reintegrar a Colpensiones todos los recursos, para el reconocimiento de la pensión conforme a las reglas del régimen de prima media con prestación definida (CSJ SL 127-2023).

Con todo, aunque con acierto se dispuso la devolución de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, en atención a la consulta que se surte a favor de Colpensiones, se adicionará el numeral segundo a efectos de disponer que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PROTECCIÓN S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A.

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 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 ella, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado.

5. De las excepciones propuestas por Colpensiones.

En cuanto a la excepción de prescripción los términos de este medio exceptivo para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables - *bien sean los de las leyes laborales y/o civiles*, 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 lo desestimó, pues la declaratoria de la ineficacia del acto de afiliación puede solicitarse en cualquier tiempo. (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360- 2019, CSJ SL373-2021 y SL 3871-2021).

Respecto de los demás medios exceptivos formulados por esta entidad, a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta, salvo la de imposibilidad de condena en costas que prosperaron en primera instancia, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad pues con ellos se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió.

6. Costas

Se prescinde de imponer costas en esta instancia, puesto que el grado jurisdiccional de consulta opera por ministerio de la ley.

V. 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. ACLARAR Y ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia objeto del grado jurisdiccional de consulta proferida el 31 de mayo de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso promovido por AYDA ANITA ARCOS RUBIO contra PROTECCIÓN y COLPENSIONES. Se aclara en el sentido, de precisar que la condena por indexación no recae sobre bonos pensionales, capital acumulado, ni rendimientos financieros; y, se adiciona para disponer que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida por PROTECCIÓN S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A.

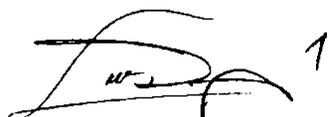
SEGUNDO. - CONFIRMAR la sentencia consultada, en todo lo demás.

TERCERO. – SIN COSTAS, por estar ante el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, 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.

QUINTO. - REMITIR el expediente al juzgado de origen.



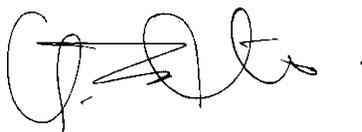
LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

Magistrado Ponente



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado