



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Noviembre veintitrés (23) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2019-00488-01 (138)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Melba Marina Torres de Ascuntar
Demandados:	- Porvenir S.A. - Protección S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adicionan numerales primero y segundo
Acta No.	521

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la ley 2213 de junio de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A., AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 10 de marzo de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral 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.

MELBA MARINA TORRES DE ASCUNTAR, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de la AFP Protección S.A., y de Horizonte, hoy Porvenir S.A., producida a partir del 1º de mayo de 1999.

Que en consecuencia, se condene a Colpensiones a acoger a la demandante como afiliada del RPMPD y a Porvenir S.A. trasladar a esta todas las cotizaciones realizadas por la actora al RPM, el bono pensional recibido del I.S.S. y/o de las Cajas de Previsión social o de las entidades de seguridad social a las cuales estuvo afiliada, con la capitalización, indexación e intereses de mora; y a Colpensiones a recibir todos estos conceptos. Así mismo que se condene a todas las demandadas a pagar los perjuicios materiales y morales derivados del traslado de régimen por parte de las demandadas y a pagar las costas procesales.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 26 de junio de 1958, cotizó a Prevenir interrumpidamente desde el 6 de junio de 1977 hasta el 12 de marzo de 1984; en el ISS, desde el 1º de marzo de 1996 hasta el 30 de junio de 1999; que, el 1º de mayo de 1999 la AFP Protección S.A. promovió su traslado al RAIS, que posteriormente, fue trasladada a la AFP horizonte, hoy Porvenir S.A., que estos traslados se dieron sin brindarle ningún tipo de asesoría y sin un análisis de su situación pensional, que le dijeron que podría pensionarse a menor edad y con una pensión más alta; omitiendo brindar información sobre los efectos negativos del traslado. Sostiene que la AFP Porvenir S.A., el 2 de julio de 2019, realizó una simulación de pensión, arrojando como resultado una mesada de 1 SMLMV, lo cual corresponde al 33% de su ingreso base de cotización, estando por debajo de lo que hubiera recibido de permanecer en el RPMPD. Indica que elevó petición a Colpensiones solicitando la nulidad de la afiliación y traslado, obteniendo respuesta negativa. Además, que la falta con el deber de información por parte de las demandadas, ha ocasionado daños injustificados al no percibir una pensión digna, que se ajuste a sus necesidades.

3. 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 aceptaron y negaron unos hechos y dijeron no constarle y que deben probarse otros. Se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la vinculación y el traslado tiene plena validez, por ser el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de la demandante quien, habiendo tenido durante 21 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo. Que fue un acto válido porque el traslado y afiliación se hizo mediante suscripción voluntaria de los respectivos formularios, a PROTECCIÓN S.A., el 17 de marzo de 1999 con efectividad a partir del 1 de mayo del mismo año, a HORIZONTE, hoy Porvenir S.A., proveniente de la anterior AFP, el 24 de junio de 2008 y a PORVENIR, por fusión con HORIZONTE, desde el primero de enero de 2014. Afirma que para la fecha de los traslados los asesores le brindaron información de manera clara y no engañosa que indujera en error.

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, aceptó y negó unos hechos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen tiene plena validez, en tanto el mismo contó con la aprobación de la demandante y no se allega al plenario prueba que permita acreditar que frente a tal decisión existió engaño o vicio del consentimiento o falta de información por parte de la Administradora del RAIS; además que no es posible el retorno de aquella al RPM, toda vez que tal solicitud la realizó cuando ya tenía cumplida la edad requerida para acceder al derecho pensional. Señala que Colpensiones no tuvo incidencia en el traslado realizado por la demandante; empero que, de existir sentencia favorable a las pretensiones de la demanda, se la exonere de costas a Colpensiones.

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 PUBLICO

Al contestar la demanda manifestó que no le constan los hechos y se atiene a lo probado en el proceso; en lo que concierne a las pretensiones, luego de hacer alusión a normatividad y jurisprudencia que regula el tema de la ineficacia de traslado, sostiene que la AFP demandada deberá acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar que la afiliada contaba con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional, para que este resultara válido.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 10 de marzo de 2022, en la que declaró: **i)** La ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, 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 imposibilidad de condena en costas a Colpensiones; y no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. 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; y, que de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS deberá ser asumida de sus propios recursos por esta AFP. Además, ordenó a Porvenir S.A., y Protección S.A., que los gastos de administración los devuelvan proporcionalmente a Colpensiones e indexados durante el tiempo que la actora estuvo en cada uno y las condenó en costas.

Apoyado en basta jurisprudencial 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, precisó que la actora era beneficiaria del régimen de transición, por cumplir con el requisito de la edad que señala el artículo 36 de la ley 100 del 1993; que estuvo afiliada al RPM y se trasladó al RAIS, a través de Protección S.A., y después entre administradoras a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. Manifiesta que la AFP tenía la obligación de orientar, asesorar e informar oportunamente a la demandante las diferentes alternativas a las que podía acogerse para lograr su derecho pensional que le hubiere beneficiado y de las consecuencias que tendría su traslado o su permanencia en cualesquiera de los regímenes, las condiciones para acceder a la pensión, exhibiendo incluso cálculos aproximados en los que en los que se pudiera verificar la edad y el monto en que posiblemente se accederá a la prestación, situación que no se acredita y la carga le incumbía a las administradoras. Los asesores de Protección S.A., omitieron su deber de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado de la demandante al RAIS, el asesor de Porvenir S.A., no realizó un estudio individual de las condiciones particulares de la afiliada, no le realizó una asesoría conforme a sus necesidades, no presentó soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el RAIS, en fin, no se acreditó que se hubiera entregado a ella un estudio serio, claro y completo para que hubiese optado por trasladarse al régimen de ahorro individual.

Finalmente señala que, respecto a los perjuicios morales y materiales no se demostraron ni se cuantificaron por lo cual no hay mérito para condenar a las demandadas.

4. La apelación.

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

- PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de estas entidades, con el propósito de derruir la sentencia de primer grado manifiesta que existe un error en la interpretación

del fenómeno de la prescripción la cual debe prosperar porque se busca la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico de carácter comercial y los términos para interponer la acción desde que se realizó la afiliación hasta la fecha en que se presentó la demanda fueron ampliamente superados, tratándose de las acciones ordinarias o extraordinarias previstas en la legislación civil.

Sostiene que el fallo afecta el principio de congruencia, que el mismo incurre en contradicción, en cuanto dice que el acto jurídico de la afiliación fue ineficaz y por lo tanto no produjo efectos; y, según su apreciación, si esto fue así, tampoco se generaron rendimientos financieros ni se ha debido cobrar la administración por la producción de los mismos, prima de póliza previsional, ni el porcentaje de la pensión mínima tales rendimientos.

Señala que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera correlativa en los términos del artículo 1746 del CC. Además, la orden de devolver la prima de seguros afecta la naturaleza del contrato, porque no se puede entender que de no haber acaecido el riesgo protegido entonces hay que devolver lo que se pagó por él, lo mismo en cuanto al aporte al fondo de solidaridad que garantiza la pensión mínima.

Reprocha el acogimiento de la jurisprudencia especializada para aplicar el traslado de la carga dinámica de la prueba, porque se hace de forma general sin tener en cuenta las características de cada caso; que, tal acogimiento afecta el derecho de defensa y contradicción porque basta que la demandante diga que no se le dio información para que tenga asegurado el éxito del proceso; además que el A quo no tuvo en cuenta las documentales traídas al proceso.

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

- COLPENSIONES

Expone que no debe aceptarse el traslado; que no es posible aceptarlo porque la demandante no hizo uso del derecho de retornar al RPM dentro de los términos establecidos en la ley y la jurisprudencia constitucional; Precisa que

la jurisprudencia constitucional (cita algunas sentencias) determinó el periodo de permanencia obligatorio, limitando el traslado con el fin de preservar recursos que permitan el pago de mesadas futuras y la sostenibilidad del sistema pensional administrado por el RPM. 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. Cuestiona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, aduciendo que no puede aplicarse en forma genérica y sin ninguna ponderación, que debe aplicarse de acuerdo a las particularidades de cada evento; además en materia de traslado la libertad de escoger régimen pensional se ve menguada o adolece de algún vicio del consentimiento cuando los hechos de la controversia permitan que la persona era una parte débil debido a su calidad, lo cual no se evidencia en este caso; 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

Bajo el espectro del Decreto 806 de 2020, por auto del 19 del 2022 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, Porvenir S.A., Protección, Colpensiones y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

La demandante, con miras a que se confirme la sentencia de primer grado trae a colación un amplio discurso argumentativo apoyado en sendos criterios jurisprudenciales, tendientes a resguardar las razones sobre las cuales el A quo edificó la misma.

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 extensa 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.

El Ministerio Público, en su concepto aborda el caso concreto exponiendo las razones por las cuales estima que la decisión del A quo se ajustó a derecho en todos los aspectos que dieron lugar a la misma, en consecuencia, exhorta 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

confirmación de la sentencia.

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 de la 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 traslado al RPM, de los rendimientos financieros, los gastos de administración, el valor de las primas del seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima?

¿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. y a PROTECCIÓN?

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

A la luz de las prescripciones 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, 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 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 impugnada está henchida de razón, en cuanto concluyó que las AFP convocadas al juicio, no cumplieron con la carga de probar que suministró a la promotora 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 del formulario de afiliación a Colpensiones², el reporte de semanas cotizadas expedido por esta misma entidad³, el formulario de vinculación a Protección, con indicación que la administradora anterior fue el I.S.S.,⁴ Horizonte Pensiones y Cesantías⁵, hoy porvenir y el certificado expedido por Asofondos,⁶ que la demandante estuvo afiliada al RPM; y, que a partir del 17 de marzo de 1999, se trasladó a Protección S.A., y después a la AFP Horizonte S.A., el día 24 de junio de 2008, finalmente a Porvenir S.A., el 1º de enero de 2014, 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 de la promotora 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.

En lo concerniente a la crítica que hacen las recurrentes 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

² Folio 104 del expediente administrativo

³ Folio 123 del expediente administrativo

⁴ Folio 35 anexo a la demanda

⁵ Folio 196 de la contestación Porvenir

⁶ Folio 232 de la contestación Porvenir

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.

Tal determinación **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que deben reintegrar 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 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.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión del A quo de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del RPM al RAIS, 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, como en el sub lite operaron otros traslados entre fondos del RAIS, esto es, entre Protección S.A. y Horizontes Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., y el cognoscente guardó silencio al respecto, deviene la adición del numeral primero, en el sentido de declarar también la ineficacia del traslado entre estos dos fondos privados.

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que las convocadas **PROTECCIÓN S.A.**, y **PORVENIR S.A.**, traen un discurso argumentativo, que, en estricto sentido, está orientado a cuestionar la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos, gastos de administración, prima de seguro previsional y porcentaje de la pensión mínima, desde ya, dirá la Sala que en ningún despropósito incurrió el A quo al adoptar esta decisión, por ende se secundará, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada⁷, 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.

De otro lado, 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 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

⁷ CSJ SL-1688 de 2019.

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 2° 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 afiliados .

En lo atinente a el valor de las primas de los seguros previsionales, es juez plural se aparta de los argumentos expuestos por Porvenir S.A., para controvertir la orden de traslado de las mismas, pues, estima procedente la devolución de lo que la AFP demandada descontó de la cotización obligatoria de la demandante con destino a cubrir el valor de las primas de los seguros previsionales, en tanto reservarle a Porvenir valores que hacen parte de la cotización, implica restarle efectos a la ineficacia del traslado como figura jurídica que obliga que las cosas vuelvan al estado anterior, como si nunca hubieran existido y por eso es que la Corte Suprema de Justicia, a lo largo de su jurisprudencia, ha obligado a que la devolución se haga aún a costa de las utilidades de la AFP privada; devolución que por la misma figura de la ineficacia, debe operar para todos los valores que componen la cotización, por mencionar algunas traemos a colación, tal y como lo ha establecido en estos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514de 2021.

En cuanto a **los aportes para financiar la garantía de pensión mínima,** según lo regula el artículo 8º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016, dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; y de dicha subcuenta de cada AFP se financian estas prestaciones. Según lo establece el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Nuestro máximo órgano de cierre tiene decantada la obligación de los fondos del RAIS devolver a Colpensiones, entre otros conceptos, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados (CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207-2021).

En suma, efectuado el estudio integral del presente asunto, advierte la Sala que, aunque con acierto el A quo dispuso la devolución de los conceptos que se derivan de la declaratoria de ineficacia, omitió incluir el traslado de los bonos pensionales que efectivamente debió recibir del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque antes de trasladarse al RAIS estuvo afiliado al RPM a través del I.S.S., razón por la cual, se adicionará el numeral segundo a efectos de incluir el envío de los bonos pensionales a que haya lugar.

Aunado a lo anterior, encuentra este Colegiado que, con atinó el A quo, dispuso la devolución de los gastos de administración indexados proporcionalmente al tiempo que la demandante estuvo afiliada en ellos, sin embargo, lo propio en este caso, es que además de dicho concepto, también se ordene a Protección, reintegrar los demás conceptos que fueron ordenados a Porvenir, en la proporción que le corresponda de acuerdo al tiempo que la accionante estuvo afiliada en el mismo, tales como comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, indexados y con cargo a sus propios recursos

En cuanto la discrepancia de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional privado será confirmada, sin que resulte dable analizar el monto de esta condena, pues a voces del artículo 366 del mismo compendio adjetivo, los recursos de reposición y apelación proceden contra el auto que aprueba las costas.

De la excepción de prescripción, en lo que atañe al reparo que hacen Porvenir S.A. y Protección S.A., tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa 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 ejercerla 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, los argumentos traídos a instancia de esta recurrente no encuentran eco en esta instancia, en consecuencia, se secunda la decisión de primer grado de declarar

no probada la precitada excepción.

5. Costas

Conforme se desatan los recursos de apelación formulados por las traídas a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de las mismas y a favor del demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, para cada una de las administradoras del RAIS y para COLPENSIONES. 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. ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN 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 **MELBA MARINA TORRES DE ASCUNTAR.**, el cual quedará así:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado realizado el 17 de marzo de 1999 por la demandante MELBA MARINA TORRES DE ASCUNTAR., mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 30.713.548 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de CESANTÍAS Y PENSIONES PROTECCIÓN S.A.; así como el traslado realizado entre esta AFP y HORIZONTES PENSIONES Y CESANTÍAS HOY PORVENIR S.A."

SEGUNDO. – ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia reseñada, en el

sentido de ordenar a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES, además de todos los conceptos incluidos en el citado numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales a que haya lugar, en lo demás de conserva incólume.

TERCERO. – ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A., que además de devolver los gastos de administración indexados en la proporción que le corresponde durante el tiempo que la actora permaneció afiliada, en la misma forma traslade a COPENSIONES, comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas durante el tiempo que la actora permaneció afiliada, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO.- CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

QUINTO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a la demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000.

SEXTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 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 ÁNGEL ALFARO
Magistrado Ponente


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

(Con permiso justificado)
JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado. -