



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:

Luis Eduardo Angel Alfaro

Noviembre veintinueve (29) de dos mil veintidós (2022)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2020-00055-01 (143)
Juzgado de primera instancia:	Primero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Jaime Javier Gutiérrez Barreneche
Demandados:	- Porvenir S.A. - Protección S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona y modifica
Acta No.	53º

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de junio de 2022 por la cual se establece la vigencia permanente del decreto 806 de 2020, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 11 de marzo 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.

JAIME JAVIER GUTIÉRREZ BARRENECHE, llamó a juicio a las referidas

convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., y Santander Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A., realizada a partir del 1º de mayo de 2001.

Que en consecuencia se condene a Colpensiones a acogerlo como afiliado del RPMPD; y, a Protección S.A. trasladarle todas las cotizaciones realizadas por el actor desde el 1º de mayo de 2001 hasta la fecha de su retorno efectivo al RPM, con la capitalización, indexación pertinente e intereses de mora; así mismo el bono pensional recibido del ISS y/o cajas de previsión social o entidades de seguridad social a las cuales estuvo afiliado, con la indexación pertinente e intereses de mora. Además, que se reconozca y paguen los perjuicios materiales y morales derivados del traslado de régimen por parte de las AFP demandadas. Solicita condena en costas a la parte pasiva.

2. Hechos.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 14 de julio de 1958, cotizó al ISS interrumpidamente desde el 1º de noviembre de 1980 hasta el 31 de mayo de 2001; que, la AFP Porvenir S.A. sin mediar asesoría en material pensional, promovió su traslado al RAIS, con efectividad a partir del 1º de mayo de 2001, luego fue trasladada a la AFP Protección S.A., también sin ningún tipo de asesoría y sin un análisis de su situación pensional, pero si le dijeron que podría pensionarse a menor edad y con una pensión más alta, omitiendo brindar información sobre los efectos negativos del traslado. Que los fondos privados omitieron información sesgando y tergiversando las consecuencias del traslado. Que elevó reclamación ante Colpensiones solicitando la ineficacia de su afiliación al RAIS, sin obtener respuesta y que la falta con el deber de información por parte de las demandadas, le ha ocasionado daños injustificados al considerar la imposibilidad de acceder a una pensión.

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 y que deben probarse otros. Se opusieron a la prosperidad de las pretensiones,

que la vinculación a Protección S.A., fue un acto válido en la medida en que el demandante suscribió solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., el 18 de abril de 2001 con efectividad a partir del 1 de junio del mismo año, a ING SANTANDER, hoy Protección S.A., proveniente de la anterior AFP Porvenir, el 26 de marzo de 2003, de manera libre, consciente y voluntaria. Afirma que, no puede exigírsele a la administradora que demuestre circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad alguna como argumento para responsabilizarse sobre circunstancias que son solo responsabilidad de la demandante, quien tomó la decisión debidamente informada, pues para la fecha de solicitud de traslado, proporcionaron toda la información, de manera clara y sin engaños.

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 unos y dijo no constarle y negó 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 JAIME JAVIER GUTIERREZ BARRENECHE 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 le faltaban menos de diez años para cumplir 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 no se encuentra acreditados vicios en el consentimiento o engaño en el traslado. 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

En su concepto manifestó que no le constan los hechos y se atiene a lo probado en el proceso; y, en lo que concierne a las pretensiones no se opone siempre que se demuestren los presupuestos pertinentes en cada caso; luego de hacer alusión a normatividad y jurisprudencia que regula el tema de la ineficacia de traslado, sostiene que si las administradoras del fondo privado no demuestran que brindaron la asesoría pertinente y que suministraron la información clara, oportuna y suficiente para que el traslado sea válido, este deberá declararse ineficaz. Propone la excepción de mérito de improcedencia de condena en costas a cargo de Colpensiones.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 11 de marzo de 2022, en la que declaró: **i) La ineficacia del 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 ausencia de prueba efectiva del daño incoada por Protección S.A., cobro de lo no debido propuesta por Porvenir y la de imposibilidad de condena en costas formulada por Colpensiones; iii) No probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas.**

Consecuencialmente, condenó a COLPENSIONES a recibir y a PORVENIR S.A.¹ (**sic**) a trasladar a 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 esta administradora durante el tiempo en el que el actor permaneció afiliado a ella, debidamente indexada. Condeno en costas a Protección. Y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones.

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 Protección no cumplió

¹ Aquí se detecta un lapsus calami del juzgador de instancia, en cuanto conforme las consideraciones, las pretensiones en contra de Porvenir no tuvieron vocación de prosperidad y declaró probada la excepción de cobro de lo no debido a su favor. Por lo tanto, debe entender que en este punto se refiere a Protección S.A.

con el deber de información que le correspondía , no arrimó los medios probatorios tendientes a acreditar que el accionante recibió asesoría previa a su traslado, que, verificado el material probatorio, obrante en el proceso, la entidad demandada no cumplió con la carga probatoria que le atañe, pues de ninguna de las pruebas que obran en la expediente, es posible deducir cuál fue la ilustración suministrada al demandante al momento de su traslado al RAIS.

4. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

-PORVENIR Y PROTECCIÓN S.A.

La apoderada de estas convocadas, trajo como sustento de la alzada para las dos entidades los mismos argumentos y con el propósito de derruir la sentencia de primer grado, manifiesta que en este caso ha ocurrido el fenómeno de la prescripción dado desde la fecha en que se celebró el acto de afiliación hasta la de presentación de la demanda se han superado, todas las acciones de carácter ordinario o extraordinario previstas en la normatividad civil.

Agrega que la falta de información no puede considerar como única razón, y que existen otras circunstancias que pueden considerarse frente a la decisión de traslado, como laborales, académicas o familiares de la demandante, pero no fueron estudiadas en el proceso.

De otro lado, sostiene que el fallo incurre en afectación al principio de congruencia, que se contradice porque se dice que el acto jurídico de la afiliación fue ineficaz y por lo tanto no produjo efectos. Dice la censura que, si lo anterior fue así, tampoco se generaron rendimientos financieros ni se ha debido cobrar la administración por la producción de tales rendimientos; sin embargo, se ordenó el traslado de estos conceptos. Que al ser evidente que se produjeron unos efectos patrimoniales y pecuniarios, estos deben ser reconocidos de manera equilibrada en los términos del artículo 1746 del CC.

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 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 lo habilita para retornar en cualquier tiempo; que, si bien es cierto, en cabeza de los fondos privados se encuentra el deber de información, también lo es en cabeza del demandante está 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.

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 voto², 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 del Decreto 806 de 2020, por auto del 19 de abril de 2022 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, Porvenir S.A., Protección S.A., Colpensiones y el Ministerio Público, las que, en síntesis, expusieron:

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

² 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

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, esta delegada, además de solicitar la confirmación de la sentencia apelada y consultada, exhorta para que se precise que la ineficacia recae sobre todos los actos de traslado entre los fondos privados y que la responsable de la devolución de todos los valores existentes en la cuenta individual, es la AFP Protección S.A., por ser el último fondo al cual se encuentra vinculado el actor y no la AFP Porvenir como se dijo en la sentencia. Así mismo, se adicione que, (iii) la devolución comprende también las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, igualmente que, (iv) el fondo privado debe asumir cualquier diferencia en el monto de los valores trasladados y (v) que la AFP Porvenir S.A. está en la obligación de devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia.

II. 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 y el envío por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración?

¿Los gastos de administración deben ser trasladados del RAIS al RPM debidamente indexados?

¿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 PROTECCIÓN 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 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».

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 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 reporte se semanas cotizadas expedido por Colpensiones³, la historia laboral emitida por Protección S.A.⁴ y el certificado de Asofondos,⁵ que el demandante estuvo afiliado al RPM; y, de este último certificado se logra extractar el primer traslado del RAIS al RPM a través de Porvenir S.A., con efectividad a partir del 1º de junio de 2001, según el formulario de solicitud de afiliación por traslado⁶, se evidencia que de Porvenir se trasladó a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A., quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

³ Folio 32 y ss. del expediente unido 1

⁴ Folio 45 y ss. Exp. Unido 1

⁵ Folio 143 y ss Exp. Unido 1

⁶ Folio 44 Exp. Unido 1

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 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.

Tal decisión **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, toda vez que los recursos que debe 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 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 se limitó a declararla solo respecto de Protección S.A. y nada dijo del primigenio traslado de RPM que se dio 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 JAIME JAVIER GUTIÉRREZ de COLPENSIONES a PORVENIR S.A. y el que se dio entre este fondo y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A

En atención que Porvenir S.A. y Protección S.A., de manera conjunta cuestionan la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos financieros y gastos de administración, desde ya dirá la Sala que en ningún despropósito incurrió el A Quo al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

En virtud de los lineamientos fijados por la jurisprudencia especializada, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen pensional que no han estado asistidos por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, lo que acarrea desconocer los efectos jurídicos del acto desde el momento de su nacimiento, debiéndose entender que el negocio jurídico jamás existió.

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 diferentes 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 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 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, al decir:

"Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro

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.

*individual con solidaridad a devolver los **gastos de administración y comisiones** con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989- 2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".*

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

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 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 la 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 la 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, decidió declarar probada la excepción de cobro de lo no debido formulada por PORVENIR, y así lo consignó en el numeral SEXTO; sin

embargo, en el numeral SEGUNDO, irrogó la condena a cargo de este fondo privado, cuando a buen seguro, conforme las consideraciones del fallo y el contenido del numeral sexto, todo apuntaba a que la condena recaería a cargo de PROTECCIÓN, por lo que siendo que, a buen seguro, se trató de un lapsus calami, deviene procedente subsanar este aspecto, como se indicará más adelante.

Recapitulando, siendo Palmar que la decisión de dar prosperidad al mentado medio exceptivo, se emitió ignorando el compromiso que le compete a Porvenir S.A., lo cual desfavorece a Colpensiones, entidad a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta **se revocara el numeral sexto**; y en aras de adoptar la medida que se ajuste a derecho y subsanar cualquier impropiedad en la que se haya incurrido, se complementará la adición del **numeral segundo**, condenando también 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. De contera, se impone adicionar el numeral tercero, para exhortar a Colpensiones a recibir también estos conceptos respecto de PORVENIR 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 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 ella, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado, en consecuencia, deviene plausible la decisión del Juez A Quo, que estableció que en caso de presentarse diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, de haber permanecido el pretendiente en él, corre PROTECCIÓN S.A. a cargo de ello con sus propios recursos, por ello se mantendrá incólume.

De otro lado, comoquiera que Porvenir S.A., propuso la excepción de **ausencia de prueba efectiva del daño**, con análogos fundamentos, sobre los cuales

Protección edificó el mismo medio exceptivo que prosperó en primera instancia; y, las razones expuestas por el A quo para darle prosperidad, no merecen ningún reparo de este Colegiado, las mismas se adoptan válidamente para el éxito de la referida excepción traída por Porvenir S.A., por tanto, se adicionará el numeral cuarto de la sentencia, declarándola probada.

Ahora, en atención a que se revocará el numeral sexto de la resolutive de la decisión apelada y consultada, **para en su lugar declarar no probada la excepción de cobro de lo no debido**, siendo menester por este motivo pronunciarse sobre los demás medios exceptivos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 282 del CGP, la Sala se remite a las consideraciones plasmadas a lo largo de este pronunciamiento para, salvo la excepción de falta de prueba efectiva del daño que por lo dicho en precedencia resulta exitosa, desestimar las restantes. En este sentido se adicionará el numeral quinto de la resolutive del fallo en cuestión

En cuanto la discrepancia de 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, los argumentos expuestos por el vocero judicial de estas entidades, no tienen la virtualidad fracturar la condena en costas irrogada.

Cabe anotar que, como el A quo no condenó en costas a Porvenir S.A., y este punto por obvias razones no fue apelado por esta entidad, 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.

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 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, 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.

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

Conforme de 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 dos (2) smlmv a cargo cada una, PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, dada la no prosperidad de sus apelaciones. 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 11 de marzo de 2022 por el Juzgado Primero 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 **JAIME JAVIER GUTIÉRREZ BARRENECHE**, el cual quedará así:

"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor JAIME JAVIER GUTIÉRREZ de COLPENSIONES a PORVENIR S.A. y el que se dio entre este fondo y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 demandante JAIME JAVIER GUTIÉRREZ BARRENECHE 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, 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 y 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 deberá ser asumida por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., con sus propios recursos, de acuerdo con lo indicado 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. - ADICIONAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia objeto de alzada y de consulta, así: *"DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., denominada como AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO, por las consideraciones vertidas en la parte motiva de esta sentencia.*

QUINTO.- ADICIONAR el numeral quinto de la resolutive del fallo apelado y consultado, el cual quedará así: *"DECLARAR NO PROBADAS LAS restantes excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., por las consideraciones vertidas en la parte motiva de esta providencia.*

SEXTO.- REVOCAR el numeral **SEXTO** de la parte resolutive del fallo impugnado y consultado, para en lugar declarar no probada la excepción de cobro de lo no debido.

SEPTIMO.- CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

OCTAVO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y 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. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

NOVENO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la ley 2213 del 2022 por la cual se establece la vigencia permanente

del 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



EUIS EDUARDO ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente

(En uso de permiso justificado)
CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.