



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Luis Eduardo Ángel Alfaro
Magistrado ponente

Abril veinticuatro (24) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105002-2020-00339-01 (393)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Germán Rodríguez Rodríguez
Demandados:	-Colpensiones -Porvenir S.A.
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia. Se adiciona numeral segundo.
Acta No.:	156

I. ASUNTO

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

GERMÁN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS promovido a través de la **AFP PORVENIR S.A.**, En consecuencia,

procura que se **CONDENE** a Porvenir trasladar y a Colpensiones recibir todas las cotizaciones que realizó en este fondo, bonos pensionales, con indexación e intereses de mora; igualmente que solicita condena a cargo de las demandadas por concepto de perjuicios morales y las costas del proceso

2. Hechos.

Señala el actor que nació el 13 de marzo de 1954, cotizó en el I.S.S., hoy Colpensiones desde el 5 de marzo de 1979 y en Porvenir desde el 1º de diciembre de 1995; que es beneficiario del régimen de transición y hasta el 6 de septiembre de 2018, fecha de corte de la historia laboral anexa a la demanda tenía cotizadas 1.829 semanas. Que el traslado del RPM al RAIS se hizo efectivo el 1º de diciembre de 1995, sin mediar asesoría e información veraz y suficiente; que un asesor de Porvenir manifestó que el ISS sería liquidado y perderían todos sus ahorros por lo que debían trasladarse para evitar esta situación; además que en este fondo se pensionaría a la edad y con el monto que quisieran, pero no analizó su situación pensional como beneficiario del régimen de transición. Indica que el fondo privado hizo una simulación de su pensión, arrojando una mesada muy inferior a la que recibiría en el RPM con base en su IBL y el número de semanas cotizadas. Que por lo anterior, está padeciendo sendos e injustos perjuicios. Elevó reclamación administrativa ante Porvenir e instauró acción de tutela contra Colpensiones con el fin de lograr la ineficacia de traslado de régimen, tanto la petición como el fallo de tutela fueron negativos.

2. Contestaciones de la demanda.

- DE PORVENIR S.A.

Al contestar la demanda frente a los hechos aceptó unos, y dijo no constarle y que deben probarse otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo la égida que la vinculación a PORVENIR S.A., se hizo efectiva el 1º de septiembre de 2003 y fue un acto válido como quiera que fue el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de la demandante quien, habiendo tenido durante 18 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo y solo lo decidió extemporáneamente cuando las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas con su posibilidad de retorno ya no lo permitían; que, no puede exigírsele a la administradora que demuestre circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad. Afirma que, para la fecha de solicitud

de traslado, proporcionaron toda la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error; que, tampoco es posible el traslado del bono pensional que no ha sido siquiera emitido, por lo tanto, no está en su poder; y, que si lo pretendido es que todo vuelva a su estado anterior y que la afiliación no produzca ningún efecto, el traslado no debe incluir rendimientos financieros ocasionados exclusivamente por su vinculación al RAIS. Con fundamento en lo anterior propuso excepciones de fondo.

-DE COLPENSIONES.

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y dijo no constarle otros. Se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado de régimen tiene plena validez, por lo cual no puede ser declarado ineficaz en la medida que el traslado contó con la debida aprobación del actor; refiere que no es posible el traslado al RPM, toda vez, que la solicitud la hizo cuando ya tenía cumplida la edad para acceder al derecho pensional, además que no existe prueba alguna en el plenario que permita acreditar que hubo engaño, vicio del consentimiento o falta de información por parte de la AFP del RAIS; indica que no es procedente condenar al pago de costas, en tanto, la administradora ha actuado bajo el principio de buena fe y no intervino en el traslado por el cual optó el demandante. Formuló como excepciones de fondo la de prescripción, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 10 de junio de 2022, en la que declaró: : i) La ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el 1º de septiembre de 2003, 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; y, ii) no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, salvo la propuesta por Colpensiones frente a la no condena en costas, que declara próspera.

En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A., a trasladar a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por el actor por concepto de saldos obrantes en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos; el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje

destinado al fondo de garantías de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos, que al momento de cumplirse la 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 justifique, y que en el evento de existir diferencias entre lo aportado en el RPM y lo transferido en el RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A. a favor de COLPENSIONES, quien se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos señalados.

Para fundamentar esta decisión, trae 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 entre regímenes; luego se pronunció sobre los medios de prueba acopiados al proceso, para concluir que en el presente caso, el actor se trasladó del RPM al RAIS el 1º de septiembre de 2003 y que Porvenir omitió, el deber de explicarle los alcances adversos que el mismo produciría, no le brindó asesoría, ni realizó un estudio individual de sus condiciones particulares, no presentó soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión en cada régimen y no acreditó haberle entregado un estudio serio, claro y completo, por lo que fue burlado por la administradora del RAIS al no haber recibido la información necesaria al momento de trasladarse al régimen de ahorro individual.

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A.

Con el propósito de derruir la sentencia de primera instancia, reprocha el manejo a la excepción de prescripción, considera que debe prosperar, dado que el plazo para ejercer las acciones ha sido superado con creces, en la medida en que ha transcurrido el término establecido para las acciones de carácter ordinario o extraordinario en la legislación civil, en cuanto, lo que se busca con este proceso es la declaración de inexistencia, invalidez o ineficacia de un acto jurídico de naturaleza civil, no la validez, existencia o reconocimiento de prestaciones de tipo laboral y menos de carácter pensional.

Señala que la decisión se toma con base en la manifestación general del demandante sobre la falta de información por parte de la administradora, pero más allá de ello, no existe prueba que se haya incurrido en alguna afectación de su voluntad frente al traslado, el que derivó de un acto o contrato válido, libre de todo vicio, que debe ser considerado eficiente y que produjo efectos. Insiste en que la entidad brindó la información que era posible suministrar y sobre la cual el actor tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen.

Tilda el fallo de contradictorio, sosteniendo *–en síntesis–* que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero contradictoriamente ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros, el porcentaje de administración y la prima por la póliza previsional por invalidez o muerte. Que al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos, y 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, que la sentencia favorece de forma desequilibrada solamente a la afiliada y desconoce el costo en que incurrió la AFP por la administración que finalmente produjo un efecto pecuniario importante en favor de la actora.

Discrepa a la orden, referente a que si faltare alguna suma para completar la pensión en el régimen de prima media debe completarse con recursos a cargo del patrimonio de la administradora, fincándose básicamente, en la diferencia de los requisitos para alcanzar la pensión, dado que en el RPM se requiere cotización de un mínimo de semanas y edad y en el RAIS, se requiere acumular un capital específico.

Cuestiona el acogimiento que hizo el juzgado respecto de la jurisprudencia relativa al traslado de la carga de la prueba, señalando que se afecta el derecho de defensa de la administradora, porque con la sola afirmación que hace el demandante sobre la falta de información, tiene asegurado el éxito del proceso, poniendo en una situación de debilidad al fondo privado.

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

- COLPENSIONES

Enfatiza que no es posible el retorno del actor al RPM, aduciendo que conforme la ley y la jurisprudencia tal traslado encuentra límite para evitar la afectación de la sostenibilidad financiera y presupuestal de este régimen, dado que la ineficacia conlleva al uso de recursos no presupuestados y que corresponden a aquellos antiguos afiliados al sistema pensional.

Expone que los consumidores financieros tienen la obligación de informarse y obtener asesoría para efectos de optar por la decisión que más les convenga en materia pensional y que su silencio frente a la afiliación hace presumir la aceptación de los efectos legales de la misma.

Cuestiona la aplicación de la carga dinámica de la prueba, dado que esta que la misma se debe analizar atendiendo las particularidades de cada caso.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Bajo el espectro del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar; hicieron uso, PORVENIR S.A., COLPENSIONES y el Ministerio Público, quienes, 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 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, por compartir en su integridad los argumentos sobre los cuales el A quo edificó su decisión, dando las razones de su asentimiento, exhorta que la misma sea confirmada.

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 Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela del 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237.

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

¿Es ajustado a derecho disponer que como efecto jurídico de la ineficacia del traslado al RPM se ordene el traslado al RPM y el envío por concepto de rendimientos financieros, gastos de administración y primas de seguros previsionales; además, que en caso de existir alguna diferencia será Porvenir quien deba asumirla con cargo a sus propios recursos??

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

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

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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 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, tal cual lo concebido la pacífica y reiterada jurisprudencia de la CJ-Sala Laboral, ente otras, la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, al asentar:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe." "..."

4. Caso en concreto

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

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente, se constata del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones¹, que el actor cotizó en esta entidad entre el 5 de marzo de 1979 y el mes de agosto de 2003; en el documento que reposa a folio 111 anexo a la contestación de Porvenir, se vislumbra que esta AFP certifica como fecha de afiliación el 1º de

¹ Ver folio 380/381 del expediente administrativo. Reporte actualizado al 15 de septiembre de 2021

septiembre de 2003, data que coincide con la vertida en la historia laboral consolidada² que la misma entidad emitió con fecha de actualización septiembre 6 de 2018, en la que relacionan cotizaciones en entidades públicas hasta el 30 de agosto de 2003 y en dicho fondo privado a partir del mes de septiembre de 2003, por tanto, queda evidenciado que estuvo afiliada al RPM.

Es de destacar, que no obra en el expediente ningún formulario de afiliación por traslado que brinde elementos de juicios para establecer como fue el movimiento entre fondos de pensiones públicos y privados, sin embargo, las probanzas sirven válidamente para verificar que existió el traslado alegado como ineficaz y que es a partir del 1º de septiembre de 2003 que el promotor fue afiliado a Porvenir, tal como lo estableció el A quo.

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el registrado del fondo público al privado, obedeció *–en lo esencial–* a falta de información y sin ningún análisis sobre la situación pensional del promotor del proceso.

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado al 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, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen pensional al RAIS.

En lo concerniente a la crítica que hacen las administradoras de pensiones 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,

² Ver folio 53 y siguientes anexos respuesta Porvenir

radicación No. 67556, reafirma que al estar frente a una negación indefinida como ocurre en este evento, en el que la actora afirma que no recibió la asesoría necesaria para decidir sobre el traslado de régimen, la carga de probar lo contrario recae sobre la AFP demandada, sin que este hecho implique ningún desequilibrio procesal como lo alega el censor; es más, lo anterior encuentra respaldo en lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, al establecer perentoriamente que las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

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

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

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., trae un discurso argumentativo orientado a cuestionar la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos, gastos de administración y primas de seguros previsionales a Colpensiones, 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 especializada³, la sanción que se impone a aquellos actos de afiliación o traslado de régimen

³ CSJ SL-1688 de 2019.

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 7º de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2º 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 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 afiliados⁴. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, radicación 68852, dejó en claro la obligación de las AFP de devolver tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración.

En lo atinente a el valor de las primas de los seguros previsionales, este 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 SL5514 de 2021.

Recapitulando, fue acertada la decisión de primer grado, al incluir dentro de las sumas a trasladar por Porvenir S.A., a Colpensiones, lo correspondiente a los rendimientos financieros, los gastos de administración y primas de seguros previsionales, aspecto que trae la administradora del RAIS dentro de sus reparos.

Aunado a lo anterior, atinó el A quo, al disponer 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 PORVENIR S.A., por ser la que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si el demandante hubiese permanecido en él, por cuanto al existir omisión en sus deberes de información y debida asesoría procedió la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado (art. 963 Código Civil y sentencia 31989 de 2008), sin que el convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico por

⁴ 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.

este concepto, en tal razón, en ningún desatino incurrió el cognoscente al disponer que dichas diferencias, de existir sean a cargo de Porvenir S.A.

Ahora, 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 ordenar el traslado de los bonos pensionales que a buen seguro debió recibir del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque antes de trasladarse al RAIS estuvo afiliado al 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.

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

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

De la excepción prescripción propuesta por Porvenir S.A.

Se memora 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, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en tanto desestimo ese medio exceptivo.

De las excepciones propuestas por Colpensiones

Respecto de los 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 con acierto el A quo declaró probada, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió.

5. Costas

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

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,

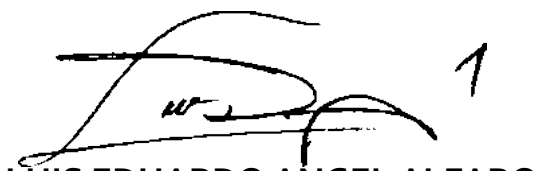
RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 10 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última administradora pensional dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **GERMÁN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, 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. **SE**

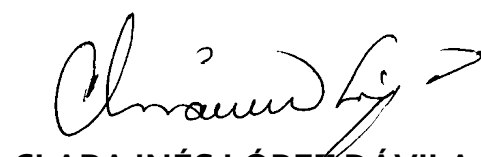
CONFIRMA la sentencia en todo lo demás.

SEGUNDO. - CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho a cargo de cada una, el equivalente a dos 2 smlmv.

TERCERO. - 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 ANGEL ALFARO
Magistrado Ponente



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada



JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado.



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Angel Alfaro

Abril veinticuatro (24) de dos mil veintitrés (2023)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105003-2021-00243-01 (419)
Juzgado de primera instancia:	Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	José Bernardo Oliva
Demandados:	- Porvenir S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve apelación y consulta de sentencia.
Acta No.:	157

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los **recursos de apelación** formulados por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia emitida el 02 de septiembre de 2022, por el Juzgado Tercero 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.

JOSÉ BERNARDO OLIVA, llamó a juicio a las referidas convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia de la afiliación a la **AFP PORVENIR S.A.**; y, que en consecuencia se condene a esta entidad trasladar, y a su turno, **COLPENSIONES** de acogerlo como afiliado al RPM, recibir la totalidad del saldo acumulado en su cuenta de ahorro individual compuesto por cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, los aportes voluntarios si los hubiese y demás emolumentos que le pertenezcan por cuenta de su afiliación; así como, los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio. Además, solicita que se condene a Porvenir a pagar los perjuicios materiales y morales causados por el traslado de régimen y procura condena en costas a caros de las demandadas.

2. Hechos.

Afirma el actor que nació el 23 de agosto de 1962, cotizó al ISS, hoy Colpensiones, desde el 1° de julio de 1982 hasta el 12 de noviembre de 1986, y del 1° de febrero de 1997 hasta el 30 de abril de 1994. A partir del 1° mayo de 1994 fue afiliado a la Administradora de Fondos Pensionales Porvenir S.A., luego que un asesor de ese fondo, le manifestó que el ISS se iba a terminar, que por tal motivo sus aportes se perderían; mientras que en el RAIS accedería a una pensión mayor, pero no le suministró ninguna asesoría en materia pensional, tampoco le explicó las ventajas, características o riesgos del traslado; que derivado de lo anterior, ha sufrido daños injustificados. Indica que el día 14 de mayo del 2021 radicó reclamación administrativa ante Colpensiones orientada a su reintegro, la cual fue rechazada.

2. Contestaciones de la demanda.

- DE PORVENIR S.A.

Respondió el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos, negó y dijo no constarle otros; se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar que la declaración de ineficacia resulta imposible, dado que el traslado tiene plena validez, al ser el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre del demandante 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, ya no lo permitían. Formuló como excepciones 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 de la causa para demandar, inexistencia del derecho, enriquecimiento sin causa, ausencia de prueba efectiva del daño, inexistencia del daño, 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 y la innominada.

-DE COLPENSIONES.

Al ejercer su derecho de defensa, frente a los hechos, aceptó y negó unos y dijo no constarle otros; se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el traslado del demandante cumplió a cabalidad con la normativa exigida al 1º de mayo de 1994, y este ha permanecido en el régimen de ahorro individual por más de 20 años, indicando su deseo de pertenecer al mismo, por tanto, no se puede declarar la ineficacia del traslado. Formuló como excepciones de falta de legitimación en causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta del derecho para pedir, por ostentar una situación pensional consolidada, ausencia de vicios del traslado, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, imposibilidad de intereses moratorios, imposibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de Ineficacia o nulidad del traslado.

3. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 02 de septiembre de 2022, en la que declaró: i) La ineficacia de traslado efectuado por JOSE BERNARDO OLIVA a la AFP Porvenir S.A., que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; y, ii) probadas las excepciones de fondo "ausencia de prueba efectiva del daño" e "inexistencia del daño" propuestas por PORVENIR S.A.; la de "imposibilidad de condena en costas" propuesta por COLPENSIONES, y no probadas las demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar y a Colpensiones

recibir los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, 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. 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. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Apoyada en copiosa jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado y en los medios de prueba acopiados al proceso, *-en síntesis-* precisó que el fondo de pensiones, no asumió la carga probatoria que le correspondía, que no hay elementos de prueba para concluir que la demandante tuvo la información clara, precisa comprensible, adecuada a su nivel de formación profesional, jamás recibió una proyección pensional, no conoció de las desventajas y tampoco del derecho a retractarse respecto de la afiliación al RAIS y por lo tanto al no existir esa información en las exigencias que establece la ley para cada una de estas etapas de información, debe declarar la ineficacia del traslado. Respecto del pago de perjuicios morales y materiales, dice que no existe prueba de perjuicios causados a la actora con el traslado, por esta razón, prospera la excepción de ausencia de prueba efectiva del daño, formulada por la demandada Porvenir S.A.

4. La apelación.

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

- PORVENIR S.A.

Con el propósito de derruir la sentencia de primera instancia, insiste en que el actor fue citado para recibir asesoría antes del tiempo límite estipulado por la ley y nunca asistió. Seguidamente, reprocha el manejo que se le dio a la excepción de prescripción al considerar que debe prosperar dado que el plazo para ejercer las acciones ha sido superado con creces, en la medida en que ha transcurrido el término establecido para las acciones de carácter ordinario o extraordinario en la legislación civil.

Advierte que no existe prueba que se haya incurrido en alguna afectación de su voluntad frente al traslado, el que derivó de un acto o contrato valido, libre de todo vicio, que debe ser considerado eficiente y que produjo efectos.

Tilda el fallo de contradictorio, porque se afirma que el acto de afiliación es ineficaz y por lo tanto no produjo ningún efecto, pero se ordena devolución o traslado de todos los dineros, incluyendo los rendimientos financieros y el porcentaje de administración; que tal devolución no es procedente porque los rendimientos son el producto de un trabajo financiero especializado y profesional; además que se debe reconocer el costo de administración que dio lugar a la productividad de los ahorros. 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.

Manifiesta que no es que se afecta el derecho de defensa de la administradora, porque la sola afirmación del demandante, en el sentido, que no se le brindó información tiene asegurado el proceso, lo cual genera un grave desequilibrio.

Finalmente se opone a la condena en costas arguyendo no solo resultan excesivas con base en el acuerdo 10554 de 2016 emanado del CSJ, sino improcedentes, toda vez que, siempre ha obrado de buena fe, respetando la Constitución, la ley y las buenas prácticas comerciales y contractuales.

- COLPENSIONES

Trae a colación la sentencia SL-413-2018 para alegar que en este tipo de procesos no se puede actuar de manera automática, y no se puede aplicar la ineficacia únicamente con la simple afirmación del afiliado respecto de la insuficiencia de información, pues según dicho precedente existen comportamientos que permiten determinar que la voluntad de un de un afiliado es pertenecer a un fondo privado. Agrega que el demandante tenía plena conciencia, conocía su estancia en el régimen de privado y además, que se le invitó a recibir información porque estaba cerca al momento de pensionarse y no asistió, lo que permite concluir que se encontraba satisfecho con su régimen de pensiones. Finaliza refiriendo que el traslado afecta la sostenibilidad económica del sistema pensional, a pesar que de trasladen la

totalidad de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Alegatos de conclusión:

Conforme lo previsto en la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para que formulen sus alegatos de conclusión, facultad de la cual hicieron uso, el demandante, las demandadas y el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

El demandante, con miras a que se confirme la sentencia de primer grado – *en términos generales*, insiste en que al momento del traslado no se le brindó la información o la asesoría idónea requerida para optar libremente por el mismo y no se demostró lo contrario y expone argumentos con los que pretende contrarrestar cada uno de los motivos de apelación, con base en ellas pretende abrigar las razones sobre las cuales el A quo edificó su veredicto.

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

El Ministerio Público, este delegado además de solicitar confirmación de la decisión adoptada en primera instancia, solicita se adicione en el sentido de indicar que el fondo privado debe asumir cualquier diferencia que se presente en el monto de los valores trasladados.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

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

También se atenderá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Colpensiones, entidad de la cual la Nación es garante conforme lo dejó

establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de tutela del 04 de diciembre de 2013, radicación No. 51237.

2. Problemas jurídicos.

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

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

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

¿Es ajustado a derecho disponer que como efecto jurídico de la ineficacia del traslado al RPM se ordene el traslado al RPM y el envío por concepto de rendimientos financieros, gastos de administración y primas de seguros previsionales?

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

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

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

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 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 transgresión 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, tal cual lo concebido la pacífica y reiterada jurisprudencia de la CSJ-Sala Laboral, ente otras, la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019, al asentar:

La consecuencia jurídica del incumplimiento de las AFP de la obligación legal de entregar la información clara y completa, antes del traslado, es la ineficacia del negocio jurídico del traslado. Así lo consigna la sentencia del 8 de mayo de 2019, SL1688-2019:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe." "..."

4. Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto concluyó que la AFP convocada al juicio, no cumplió con la carga de probar que suministró al actor 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 Colpensiones¹, que el demandante cotizó en esta entidad, del 01 de noviembre de 1982 al 30 de abril de 1994, quedando así evidenciado que estuvo afiliado al RPM.

Precisado lo referente a la afiliación del accionante al RPM, del examen efectuado a los formulario visible a folio 37 anexo a la demanda se extracta que el 19 de abril de 1994 suscribió formulario de traslado al RAIS a través de Porvenir S.A., y, según certificado de este fondo privado², dicho vinculo se hizo efectivo a partir del 1º de mayo del mismo año.

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el traslado del fondo público al privado, obedeció – *en lo esencial*- a falta de información y sin ningún análisis sobre la situación pensional del promotor del proceso.

Ante la realidad descrita, los dispositivos legales reseñados y en obediencia de los postulados de la jurisprudencia especializada ya consignados, estima el Colegiado, que procede la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, dado que es palmar la orfandad probatoria existente en el plenario de habersele suministrado al 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.

En lo concerniente a la crítica que hace la AFP Porvenir S.A., frente a la aplicación de la jurisprudencia especializada que trata el 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

¹ Fl. 79 anexo a la demanda

² Fl. 94 anexo respuesta de Porvenir

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

De otra arista, la ineficacia del traslado **no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones**, como lo afirma la demandada Colpensiones, toda vez que los recursos que le debe reintegrar la AFP PORVENIR S.A., 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 del accionante al RPM, lejos de generar una debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues la demandante cuenta con los propios recursos para soportar su derecho pensional.

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

Definido lo anterior, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A., trae un discurso argumentativo orientado a cuestionar la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos 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 especializada³, la

³ CSJ SL-1688 de 2019.

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 implica desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que debe 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 7º de la Ley 797 de 2003.

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2º 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 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 buen desempeño 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.

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, 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 afiliados⁴. 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.

Recapitulando, 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.

No obstante, efectuado el estudio integral de la sentencia apelada y consultada, advierte la Sala que, aunque con acierto la 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 en el I.S.S. hoy Colpensiones, razón por la cual, en observancia consulta que se surte a favor de esta entidad, se adicionará el numeral segundo a efectos de incluir el envío de los bonos pensionales a que haya lugar; así mismo, se dispondrá 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 PORVENIR 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 la ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuando un análisis armónico con los fundamentos de hecho en que se sustentan las pretensiones (Sentencia SL911 de 2016 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), para la Sala el fin último es obtener a futuro una pensión de vejez en un monto superior al salario mínimo, no siendo razonable que sea él, quien deba correr con los efectos negativos de la ineficacia del traslado.

En cuanto la discrepancia de PORVENIR S.A. frente a la condena en costas imputada 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

⁴ 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.

objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, 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 en estudio se mantiene.

De la prescripción propuesta por Porvenir S.A.

En lo que atañe al reparo que presenta Protección S.A., tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa, que no tiene vocación de prosperar, porque los términos de prescripción para ejercer la acción de ineficacia de la afiliación y/o traslado de régimen pensional no resultan aplicables, en tanto debe entenderse que al tratarse de una pretensión de carácter meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible. Por ende, la Sala, secunda la decisión de primer grado, en tanto desestimó ese medio exceptivo.

De las excepciones propuestas por Colpensiones

Respecto de los 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 con acierto el A quo declaró probada, los demás medios exceptivos no alcanzan prosperidad, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió.

5. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1º y 3º del artículo 365 del C.G.P., dada la no prosperidad de la apelación de la demandada, serán a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones; y se fijarán como agencias en derecho a cargo de cada una, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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,

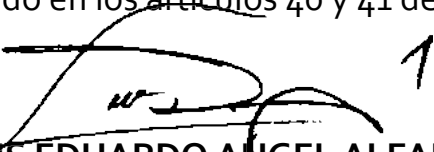
RESUELVE:

PRIMERO. - ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida el 02 de septiembre de 2022 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional a favor de esta última, dentro del proceso ordinario laboral que contra estas entidades promovió **JOSÉ BERNARDO OLIVA**, 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. Además, 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 PORVENIR S.A. con sus propios recursos a favor de COLPENSIONES S.A.

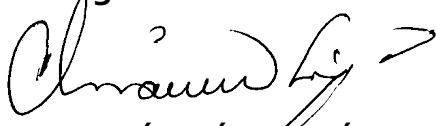
SEGUNDO. -CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

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

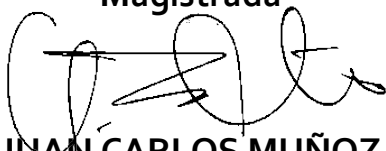
CUARTO. - NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

Magistrado Ponente


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

Magistrada


JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado.