



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Sala Laboral

Magistrado Ponente:
Luis Eduardo Ángel Alfaro

Marzo cinco (5) de dos mil veinticuatro (2024)

Clase de proceso:	Ordinario Laboral
Radicación:	520013105001-2021-00274-01 (199)
Juzgado de primera instancia:	Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Demandante:	Diógenes Cesar Aurelio Martínez Álvarez
Demandados:	- Porvenir S.A. - Protección S.A. - Colpensiones
Asunto:	Se resuelve consulta y apelación sentencia
Acta No.	038

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de junio de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación formulado por la demandada PORVENIR S.A., contra la sentencia emitida el 8 de mayo de 2023 por el Juzgado Primero 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.

Diógenes Cesar Aurelio Martínez Álvarez, llamó a juicio a las referidas

convocadas con el propósito que se **DECLARE** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo de Cesantías y Pensiones Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

En consecuencia, se condene a Protección S.A., por ser el fondo al cual está afiliado, a enviar todos los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración y demás emolumentos a que haya lugar; y, a Colpensiones, además de aceptar su regreso al RPM, a recibir todos los conceptos en mención, además que las convocadas sean condenadas a pagar las costas del proceso.

2. Hechos.

Los hechos con relevancia jurídica en los que el actor funda sus pretensiones se sintetizan así. Que nació el 5 de abril de 1963, cotizó en el I.S.S., hoy Colpensiones del 15 de enero de 1983 al 2 de junio de 1994, fecha en la que promotores del Colpatria hoy Porvenir S.A., con asesorías falsas sobre beneficios inexistentes, omitiendo el deber de suministrar información completa, veraz y comprensible respecto de las ventajas y desventajas del RAIS Solidaridad frente al RPM en el que se encontraba afiliado, lograron que accediera a efectuar su traslado, suscribiendo el formulario de afiliación y trasladándose el 3 de junio de ese año.

Indica que le relacionaron los beneficios de afiliarse al fondo privado (los relaciona), pero que, nunca le advirtieron sobre las desventajas del traslado, tampoco se le hicieron una proyección o cálculo individual del monto pensional, mucho menos se le indicaron que el monto de su pensión dependería de lo ahorrado en su cuenta individual y que la cifra a ahorrar tendría que superar determinados valores para apenas acceder a una pensión mínima y que para el mejoramiento de su pensión debía realizar aportes voluntarios.

Da cuenta que en noviembre de 1997 se trasladó a la AFP Davivir, la que luego se convirtió en ING AFP; y que, en febrero de 2001 a la AFP Protección S.A., fondo del RAIS donde primigeniamente estaba afiliado. Presenta un comparativo del monto de la pensión que recibiría en el fondo del RPM y del RAIS, evidenciando la merma que tendría en este último, además, da cuenta

de las reclamaciones que elevó ante las convocadas en aras de lograr la ineficacia de sus traslados.

3. Contestaciones de la demanda.

DE PROTECCIÓN S.A.

Al contestar la demanda, frente a los hechos aceptó unos y dijo no constarle otros. En cuanto a las pretensiones, se allanó a la primera, referente a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS a través de Porvenir S.A., aduciendo que no es de su conocimiento las circunstancias que dieron lugar a dicha afiliación y aclara que, aunque tal pretensión se resuelva en favor del demandante, su afiliación con Protección se mantendría vigente porque siempre es, ha sido y seguirá siendo completamente válida y eficaz. Solicita tener en cuenta que el demandante no buscó satisfacer su necesidad de información si es que la tenía, lo cual afirman que no, dado que solamente 27 años después del traslado demuestra su inconformidad con su decisión. Formuló las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

DE PORVENIR S.A.

Al ejercer su derecho de defensa demanda, frente a los hechos aceptó y negó unos, dijo no constarle y que deben probarse otros. Se opuso a todas las pretensiones del libelo primigenio, argumentando que la vinculación a PORVENIR S.A., tiene plena validez, como quiera que fue el resultado de una decisión voluntaria, autónoma y libre de la demandante quien, habiendo tenido durante 27 años la posibilidad de regresar al RPM, nunca lo hizo. Que se afilió mediante suscripción libre, consciente y voluntaria de los respectivos formularios así a COLPATRIA, el 3 de junio de 1994, con efectividad desde el 1º de septiembre del mismo año; a DAVIVIR el 19 de septiembre de 1997, con efectividad desde el 1º de noviembre del mismo año y a PROTECCIÓN el 5 de febrero de 2001, con efectividad desde el 1º de abril del mismo año. Que, para la fecha de solicitud de traslado, se le proporcionó la información, de manera clara y no engañosa que indujera en error. Con fundamento en lo anterior formuló las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

-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, en tanto el mismo contó con la aprobación de la demandante y no se allega al plenario prueba que permita acreditar que frente a tal decisión existió engaño o vicio del consentimiento o falta de información por parte de la Administradora del RAIS; además que no es posible el retorno al RPM, toda vez que tal solicitud la realizó cuando ya le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para acceder al derecho pensional. Refiere que en este caso se puede colegir la voluntad del actor de pertenecer al RAIS, dado que estando afiliado al RPM promovió su traslado al RAIS a través de distintos fondos privados. Señala que Colpensiones no tuvo incidencia en el traslado realizado por la demandante; empero que, de existir sentencia favorable a las pretensiones de la demanda, se la exonere de costas a Colpensiones. Formuló sendas excepciones entre otras la de prescripción.

4. Decisión de primera instancia.

El juzgado de conocimiento dictó sentencia en audiencia del 8 de mayo de 2023, en la que declaró: i) La ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. efectuado el 3 de junio de 1994, así como el realizado ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. el 19 de septiembre de 1997 y el 05 de febrero de 2001, en consecuencia, que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RAIS por lo que siempre permaneció en el RPM conservando todos sus beneficios; ii) probada la excepción de imposibilidad de condena en costas a Colpensiones; y no probadas las demás excepciones formuladas por las demandadas.

Consecuencialmente, condenó PORVENIR S.A. a devolver de la cuenta individual del actor y a COLPENSIONES a recibir de este fondo privado, los aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas durante el tiempo que el actor permaneció en el RAIS, ante COLMENA, HOY PORVENIR S.A. y DAVIVIR S.A. HOY PROTECCIÓN S.A. debidamente indexados y con cargo a sus propios

recursos. Advirtiendo que, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos sean discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique; y que, si luego de este ejercicio financiero aun existiera diferencia entre esta suma de dinero y la que debería existir en la cuenta global del RPM, en el caso de que el actor hubiere permanecido en él, PROTECCIÓN S.A. deberá asumir dicha diferencia con sus propios recursos por ser la última entidad administradora del RAIS a la que estuvo afiliado el demandante.

Apoyado en basta jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia referidas a la causa que da lugar a la ineficacia del traslado, y en los medios de prueba acopiados al proceso, concluye que la administradora de pensiones del RAIS demandada no demostró que actuó de manera diligente para determinar que en la generación del cambio de régimen pensional del actor, brindó un estudio detallado para que conociera no sólo los beneficios de dicha decisión sino la consecuencias negativas de la misma, esto es que la obtención de su pensión no puede lograrse a la edad esperada y conforme a la tasa de reemplazo más alta y/o con un monto superior al que pudiera haber accedido en el RPM; que esto constituye un yerro de parte de la administradora del RAIS convocada que da lugar a la ineficacia del acto de vinculación.

5. La apelación.

La interpuso el apoderado de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., aclarando que solo apela en nombre del primer fondo mencionado. Como sustento de la alzada, insiste en que en este caso ocurrió el fenómeno de la prescripción, toda vez que el plazo para ejercer la acción fue superado teniendo en cuenta que desde la fecha en que se celebró el acto de afiliación hasta la fecha en que fue presentada la demanda se superaron todos los términos de carácter ordinario y extraordinario en la normatividad civil.

Señala que la decisión se toma con base en la manifestación general de la 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. Agrega que la falta de información no puede considerarse como la única circunstancia, ni la más eficiente de las circunstancias que dieron lugar a la afiliación, porque existen otras circunstancias que rodearon la afiliación.

Tilda el fallo de contradictorio, afirmando, en lo esencial, 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; y, sobre todo que, al no haber acto jurídico, tampoco hay lugar a reintegrar estos conceptos. 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.

Enrostra el acogimiento que de la jurisprudencia, al considerar que genera una grave afectación del derecho de defensa de la entidad, pues con la sola afirmación que la demandante hace en el sentido en que no se le dio cierta información tiene garantizado el éxito del proceso, lo cual afecta su derecho de defensa, porque no se tiene en cuenta que realmente le fue brindada la información y que no consta en documento escrito porque para ese entonces no existía norma jurídica alguna que así lo exigiera.

Finalmente se opone a la condena en costas aduciendo que resultan improcedentes porque ha obrado conforme a las buenas prácticas comerciales y contractuales establecidas dentro de su objeto social, sin que hasta este momento haya sido requerida por parte del ente de control alguna recomendación o requerimiento respecto de buenas relaciones comerciales con los afiliados.

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Bajo el espectro de la Ley 2213 de 2022 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, derecho del cual hicieron uso, la parte demandante, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, además el Ministerio Público, quienes, en síntesis, expusieron:

La parte demandante. Expone las razones por las que considera que los reparos de Porvenir S.A., no están llamados a prosperar, por tanto, confirmar íntegramente la sentencia por encontrarse ajustada a Derecho considerando que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada como la que ocurrió en el presente caso, es la ineficacia o exclusión de todo efecto derivado del traslado y la orden de devolución de los recursos que en el RAIS se encuentren a nombre del Demandante, mismos que hoy están en su último y actual fondo de pensiones que corresponde a PROTECCIÓN S.A.

Porvenir S.A. Procura que se revoque la sentencia de primer apelada, en esa dirección en forma extensa diserta sobre las razones por las que considera que debe invalidarse, pero en últimas, sustancialmente, reproduce los argumentos expuestos al momento de sustentar la alzada.

Colpensiones. Solicita que se revoque la sentencia de primer grado, con tal propósito inicia aclarando que no tuvo incidencia en el traslado de régimen pensional por el cual optó la demandante, advierte que es obligación de las administradoras de pensiones a las cuales decidan trasladarse los afiliados, realizar sus actividades en la buena fe, transparencia y garantizando a sus posibles afiliados toda la información para que adopten la decisión más conveniente, y que en el sub iudice, se observa que se omitieron dichas obligaciones.

El Ministerio Público. Exponer que con las pruebas que hacen parte del proceso, se concluye que las Administradoras de Fondos de Pensiones demandadas no informaron al actor sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional que estaba realizando ante COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., DAVIVIR y PROTECCIÓN S.A., por tanto, sus decisiones no fueron conscientes y por consiguiente el traslado de régimen al RAIS y posteriores cambios son ineficaces. Agrega que COLPENSIONES debe aceptar y habilitar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media, sin solución de continuidad.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia

En obsecuencia a lo ordenado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el Tribunal atenderá la materia objeto de discrepancia en el recurso de apelación. 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 gastos de administración?

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

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

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

A la luz de las prescripciones de la Ley 100 de 1993, la selección de uno de los dos regímenes del sistema pensional, esto es, el RPM y/o RAIS debe obedecer a una decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual conforme lo establece el literal b) del artículo 13 de la referida ley, se materializa con la manifestación escrita que al momento de la vinculación o traslado hace el trabajador o servidor público a su empleador, y que de obviarse, acarrea consecuencias no sólo de tipo pecuniario sino también en cuanto a la validez del acto.

En esa dirección, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagra que, la persona natural o jurídica que por cualquier forma impida o atente contra el derecho del

trabajador a su afiliación y selección de organismos o instituciones del sistema de seguridad social integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones.

Por lo anterior, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de seguridad social en pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de afiliación, por lo que su inobservancia trae como consecuencia la ineficacia del acto, no solo porque así lo dispuso el legislador en la parte final del artículo 271 de la Ley 100 de 1994, sino también porque es esa la consecuencia que al tenor de lo previsto en el artículo 1501 del Código Civil se ha establecido respecto del negocio jurídico que no cumple con la determinación de aquellas cosas que son de su esencia, y sin las cuales, aquel no puede producir efecto alguno.

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

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

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).

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.

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." "..."

Caso en concreto

De entrada, anticipa la Sala que la sentencia impugnada está henchida de razón, en cuanto en este caso, no se acreditó que al promotor del juicio, previó a adoptar la decisión de mutar del RPM al RAIS, las entidades obligadas a ello, cumplieron con la carga de probar que le suministraron información completa clara y comprensible de todas las etapas del proceso de afiliación hasta la determinación de las condiciones para disfrutar el derecho pensional, así como ilustrar sobre las características de cada régimen, ventajas y desventajas para garantizar el derecho de hacer una escogencia de régimen pensional más adecuado a la situación de cada afiliado, por lo siguiente:

Al auscultar los medios de prueba que militan en el expediente y para lo que

interesa a este asunto, se constata del reporte se semanas cotizadas expedido por Colpensiones¹, que el demandante cotizó en el Régimen de Prima Media a través de Colpensiones, en forma interrumpida, desde el 15 de enero de 1983 hasta el 11 de octubre de 1991.

Precisado lo referente a la afiliación de la accionante al RPM, del examen efectuado a los formularios visibles a folios 113, 114 y 115 del archivo 01 del expediente se extracta respectivamente que el 3 de junio de 1994 suscribió traslado al RAIS a través de Cesantías y Pensiones Colpatria HOY Porvenir S.A.² el 19 de septiembre de 1997, se trasladó de este fondo a la AFP Pensiones y Cesantías Davivir³, y, que el 5 de febrero de 2001, muto DE afp Santander antes Davivir a Protección S.A., quedando así demostrados estos hechos medulares para lo que interesa a este asunto.

Como quedó expuesto, para efectos de cuestionar el referido traslado, en la demanda se esgrime que el traslado del fondo público al fondo del RAIS 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 por ser beneficiario del mismo, deviene forzosa la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Se concluye entonces que fue acertada la decisión de la A quo de declarar la

¹ Ver folio 132 archivo 01

² Colpatria, realizó una fusión con el grupo financiero BBVA de España, por ende, pasó a ser BBVA Horizonte, esto en año 2000; para el año 2012 Porvenir S.A. compra a BBVA Horizonte, que se había fusionado con Colpatria, por lo que para todos los efectos legales debe entenderse que la aquí demandada es Porvenir S.A.

³ Este fondo fue adquirido por el grupo Santander en 1999, para conformar la AFP SANTANDER.

ineficacia del traslado de régimen pensional del RPM al RAIS, 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 aplicación de la jurisprudencia de la Corte que regula lo concerniente a la inversión de la carga de la prueba y la decisión de ordenar el traslado de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, desde ya dirá la Sala que en ningún despropósito incurrió la operadora judicial al adoptar esta decisión, por las siguientes razones:

En lo concerniente a la crítica que hace este fondo privado, 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 tanto, 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 las AFP demandadas, sin que este hecho implique ningún desequilibrio como lo alega el censor; es más, esa perspectiva encuentra respaldo en lo consagrado en la parte final del artículo 167 del CGP, al establecer que las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Tal determinación no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del Sistema General de Pensiones, toda vez que los recursos que debe reintegrar la AFP PROTECCIÓN S.A. a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento y financiamiento del derecho pensional, con base en las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. Ello ha sido decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2877-2020 del 29 de julio de 2020, radicación No. 78667. 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.

Ahora, en cuanto a la inconformidad que Porvenir S.A., expresa frente a la

orden del traslado de los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, debe decir la Sala que, 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 mediados por el suministro de la adecuada y correcta información, es la declaratoria de ineficacia, lo que implica desconocer los efectos jurídicos del acto desde el mismo momento de su nacimiento, de manera que deba entenderse como si el negocio jurídico jamás hubiese existido.

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

En cuanto a los rendimientos financieros, importa señalar que de conformidad con lo consagrado en el inciso 2° del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros. A su turno, los literales a) y b) del artículo 60 de la misma ley, contemplan que el reconocimiento y pago de las prestaciones que consagra el RAIS dependerá, entre otras cosas, de los aportes de los afiliados y empleadores y de los rendimientos financieros; aportes de los cuales, una parte se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado.

La razón para que se estime que la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado se encuentra conformada por el capital ahorrado y sus rendimientos, es porque las administradoras de fondos privados de pensiones son los únicos que están autorizados a usar el dinero de los aportes para hacer inversiones en 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.

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 privó de las cotizaciones del afiliado indebidamente trasladado.

Frente a los gastos de administración, si bien no se desconoce que tanto en el RPM de como en el RAIS, toda la cotización no está destinada a hacer parte del fondo común de naturaleza pública o de la cuenta de ahorro individual pensional del afiliado, como quiera que la ley habilita que del 3% de la misma se paguen las respectivas comisiones por concepto de administración, no por ello es dable entender, so pretexto del principio de la buena fe o de una buena gestión en la administración, que dichos rubros queden por fuera de las restituciones mutuas, por una parte, porque se tratan de montos que pertenecen al respectivo régimen, y por ello son necesarios para su funcionamiento, y por otra parte, porque es la indebida conducta de la AFP, al

no suministrar la debida información a través de sus asesores, el hecho que además de generar la declaratoria de ineficacia, hace que deba asumir con cargo a su patrimonio, los perjuicios que se causen a los afiliados . 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.

Es más, copiosamente la jurisprudencia especializada ha definido la obligación de devolver los aludidos gastos de administración, por citar alguna, traemos a colación la SL 5292 de 2021 en la que se precisó: "Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones"

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.

Con todo, examinada la condena impuesta en primera instancia como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, se advierte del ordinal segundo, una serie de impropiedades que impiden la inteligibilidad del mandato, de tal modo que el mismo debe ser modificado, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN S.A. por haber sido la última entidad a la que se afilió el actor; que no a PORVENIR S.A., como lo hizo la A quo, a devolver a Colpensiones todos los conceptos objeto de traslado ahí enlistados. Ahora, se evidencia que, aunque inicia ordenando solo a *Porvenir S.A.*, devolver "*aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, así como los rendimientos financieros y utilidades obtenidas, las cuotas de administración y comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima*" enseguida completa la orden diciendo "*percibidas por ella, durante el tiempo que el actor permaneció en el RAIS, ante COLMENA (sic), HOY PORVENIR S.A. Y DAVIVIR S.A. HOY PROTECCIÓN S.A. debidamente indexados*, con lo cual, se emite, se entiende que, la orden va dirigida a que sean los dos fondos del RAIS, los que trasladen todos los conceptos en cita, lo cual no es jurídicamente procedente, en tanto, dado el traslado que operó entre estos, a PORVENIR SA,

únicamente le compete trasladar, los gastos de administración, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas durante el tiempo que la el actor permaneció afiliado en este fondo, en la proporción que le corresponda, y con cargo a sus propios recursos, por tanto así se modificará la orden de la A quo; de paso, como de la redacción de dicho ordinal se percibe que la indexación va sin discriminación sobre todos los conceptos objeto de devolución dentro de los cuales están los aportes, los rendimientos financieros, y los bonos pensionales, se hará la adecuación pertinente.

De la prescripción propuesta por PORVENIR S.A.

En lo que atañe al reparo que presenta PORVENIR S.A., tendiente a lograr ante esta instancia la prosperidad de este medio exceptivo, se precisa, que 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.

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.

De las excepciones formuladas por Colpensiones.

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 de la

demandante y ello en el sub examine no ocurrió.

4.- Costas

Conforme se desata el recurso de apelación formulados por **Porvenir S.A.**, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 365 del CGP, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de esta entidad y a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR Y ACLARAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada proferida el 8 de mayo de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto dentro del proceso promovido **Diógenes Cesar Aurelio Martínez Álvarez contra Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones**, el cual quedará así:

SEGUNDO. - CONDENAR a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** a trasladar de la cuenta individual del señor **DIÓGENES CESAR AURELIO MARTÍNEZ ÁLVAREZ** a la cuenta global administrada por **Colpensiones**, los aportes pensionales, bonos pensionales si los hubiere, rendimientos financieros y utilidades obtenidas; así mismo, este fondo privado, y la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** deberán trasladar a **Colpensiones** las cuotas de administración, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima en forma indexada con cargo a sus propios recursos durante el tiempo que el actor permaneció afiliado en cada fondo. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique

SEGUNDO. – CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO. - CONDENAR en COSTAS en esta instancia a **PORVENIR S.A.** Se fijan como agencias en derecho a su cargo el equivalente a 2 smlmv.

CUARTO. – 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.

QUINTO. - Ejecutoriada esta providencia, remitir el expediente al juzgado de origen.



LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO

Magistrado Ponente



PAOLA ANDREA ARCILA SALDARRIAGA

Magistrada

(En uso de permiso)

JUAN CARLOS MUÑOZ

Magistrado.