



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE YOPAL
NOTIFICACIÓN POR ESTADO~ PROCESOS CIVILES –LABORAL~ FAMILIA
ESTADO No. 96

Numero Expediente	Clase de Proceso	Subclase	Demandante / Denunciante	Demandado / Procesado	Actuación	Fecha del Auto	Fechas		Cuaderno
							Inicial	V/miento	
85001310500120190020901	Ordinario	Ordinario Sentencia	HUMBERTO JOSE ALVARADO	FONDO COLPENSIONES	Sentencia confirmada	09/10/2020	09/10/2020	09/10/2020	
85001310500120190028301	Ordinario	Ordinario Sentencia	JORGE CHAPARRO RIVERA	FONDO COLPENSIONES	Sentencia confirmada	09/10/2020	09/10/2020	09/10/2020	
85001310500220190026501	Ordinario	Ordinario Sentencia	ROCIO INES SENA LEON	FONDO COLPENSIONES	Sentencia confirmada	09/10/2020	09/10/2020	09/10/2020	

Para notificar debidamente a las partes, se fija el presente *estado electrónico* en la página del Tribunal, hoy 9 de octubre del año 2020 a las 7 de la mañana y se desfijará a las 5 de la tarde, en razón a las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la judicatura con el fin de evitar la propagación del virus denominado COVID – 19.

NOTA: Se implementa el trámite en segunda instancia, de manera virtual para los procesos de la jurisdicción ordinaria, en las especialidades civil, laboral y familia, con las modificaciones en cuanto a procedimiento para el trámite del recurso de apelación.

En materia **civil y familia**, la sustentación del recurso de apelación se deberá hacer por ESCRITO, en los términos de que trata el art. 14 del Decreto 806. Surtido el traslado al no recurrente, la Sala proferirá la sentencia por ESCRITO.

En materia **LABORAL**, los alegatos del recurrente y no recurrente se presentarán POR ESCRITO, en los términos del art. 15.

La sentencia se proferirá por ESCRITO.

Todo escrito y sus anexos que dirijan al Tribunal con destino a un proceso, deben remitir copia de las demás partes procesales “*simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a la autoridad judicial*” Art. 3 - Inciso Primero.

En materia **PENAL**, las audiencias de lectura de fallo, se realizarán de manera virtual, salvo circunstancias absolutamente excepcionales, donde se realizará de manera presencial en la Sala correspondiente de la Corporación.

Las notificaciones y traslados se continuarán realizando por medio de la Página Web de la Rama Judicial (Tribunal Superior de Yopal - Email: sectsyopal@cendoj.ramajudicial.gov.co).





República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior Distrito Judicial de Yopal
Sala Única de Decisión

Yopal, nueve (09) de octubre de dos mil veinte (2020)

Proceso ordinario laboral.

Parte demandante: Humberto José Alvarado Maldonado.

Parte demandada: Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

Radicación: 85001-31-05-001-2019-00209-01.

M.P.: Gloria Esperanza Malaver de Bonilla.

Discutido y aprobado mediante acta No.023 del nueve (09) de octubre de dos mil veinte (2020)

1. ASUNTO

Resolver grado de **CONSULTA** en atención a que la decisión de primera instancia fue adversa a Colpensiones, quien recurrió parcialmente la providencia y en consecuencia desatar la **APELACIÓN** interpuesta por Colpensiones y Porvenir contra la sentencia del 19 de junio del 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal.

2. ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Demanda.

HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO, promovió demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y el fondo de pensiones Protección S.A; procurando las siguientes pretensiones:

- Declarar ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad realizado por el demandante a la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, así como también el traslado realizado al Fondo de Pensiones Protección S.A.
- Condenar a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Porvenir y al Fondo de Pensiones Protección S.A, a trasladar los aportes realizados y los rendimientos financieros por las cotizaciones del demandante a Colpensiones.
- Se condene a Colpensiones a tener al demandante como si nunca hubiere sido desafiliado del régimen de prima media con prestación definida.

- Se condene a Colpensiones al pago de la pensión de jubilación o vejez con la asignación más favorable en su momento oportuno.
- Condenar en costas procesales y agencias en derecho a que haya lugar.

2.2 Hechos relevantes.

- El accionante nació el 9 de octubre de 1962, actualmente se encuentra cotizando al Sistema General de Pensiones, inicialmente a través del RPM, hoy administrado por Colpensiones y posteriormente en el RAIS con Protección S.A. y Porvenir S.A.
- A partir del 28 de julio 1997 el demandante cambió de régimen pensional, inicialmente con Protección S.A. y desde el año 2009 hasta la fecha con Porvenir S.A; sin que en ninguno de los dos fondos mencionados se le informara de manera veraz, clara y honesta, los beneficios y desventajas que traería consigo el tránsito, por lo anterior, afirma que es beneficiario del régimen de transición.
- No obstante haber solicitado a Porvenir S.A. y Colpensiones, que el demandante fuera trasladado del RAIS al RPMPD, ninguna de las dos entidades dio respuesta a dicha solicitud.

2.3 Admisión y contestaciones.

Mediante auto del 29 de agosto de 2019, fue admitida la demanda por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal.

2.3.1 Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

El entonces representante judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones dio respuesta a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones descritas por considerarlas infundadas, contrarias a derecho y sin respaldo probatorio.

Formuló las siguientes excepciones de fondo (i) presunción de validez del traslado de régimen pensional, (ii) inexistencia del derecho y de la obligación del traslado de régimen – en cualquier tiempo, (iii) inexistencia del derecho y de la obligación del reconocimiento del Régimen de Transición, y (iv) buena fe por parte de Colpensiones.

2.3.2 Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Porvenir SA.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro

individual con solidaridad, goza de plena validez, al haberse efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo debidamente asesorado.

Formuló como excepciones de fondo: (i) falta de causa para pedir; (ii) inexistencia de la obligación a cargo de Porvenir S.A; (iii) buena fe (iv) innominada o genérica.

2.3.3 Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Protección SA.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, goza de plena validez, al haberse efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo debidamente asesorado.

Como excepciones de merito propuso: (i) falta de causa para pedir; (ii) inexistencia de la obligación a cargo de Protección S.A; (iii) Cobro de lo no debido; (iv) buena fe (v) innominada o genérica.

3. SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* en sentencia del 19 de junio de 2020, declaró ineficaz los traslados realizados por el accionante a la AFP Porvenir SA y al Fondo de pensiones Protección S.A.; como consecuencia dispuso retorne al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones, la cual debe recibir al demandante como si nunca hubiere sido desafiliado, trasladando sus aportes al fondo público.

Lo anterior, con fundamento en las pruebas allegadas al proceso por la parte actora y las accionadas, que dan cuenta que faltó información oportuna y veraz, para que Humberto José Alvarado Maldonado tomara una determinación adecuada sobre el traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, considerando que no le fueron suministrados datos certeros acerca de las consecuencias del tránsito de régimen pensional, ni se le informaron los beneficios y desventajas que ello conllevaría.

Finalmente, condenó en costas a las demandadas en un 60% y como agencias en Derecho fijó el equivalente a un millón de pesos en favor del actor y a cargo de cada una de las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A., y Colpensiones.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Colpensiones

Solicita tener en cuenta la buena fe de Colpensiones a fin de revocar la condena en costas impuesta, pues ha obrado de acuerdo a la ley y la jurisprudencia, así mismo

indica no ser el actor principal del caso resaltando además la observancia del principio de la sostenibilidad financiera.

4.2. Porvenir S.A.

Solicita revisar la totalidad del material probatorio allegado al expediente dado que el fallo es erróneo en razón a la omisión probatoria con base en las documentales allegadas por Protección y Porvenir. El demandante hizo un traslado en el 1997 y en el 2009, a su vez el demandante tuvo y manifestó que no se le había indicado nada frente al régimen de transición, pero al revisar la carpeta administrativa se le hace la mención clara frente al particular. Resalta la firma de formulario hecha por el actor. Solicita tener en cuenta la aclaración de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia de radicado 68852, del mes de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Finalmente, pide que se revoque la condena en costas impuesta en su contra y en consecuencia dar aplicación al artículo 365 numeral quinto, en atención a que se accedió parcialmente a las pretensiones, haciendo hincapié en el hecho de que siempre ha actuado de buena fe, y en todo caso medió una justa causa para acudir ante la jurisdicción

5. CONSIDERACIONES

5.1. Grado de consulta.

La consulta es un grado jurisdiccional, en virtud del cual, el superior jerárquico del juez que ha proferido una sentencia en ejercicio de su competencia funcional, se encuentra habilitado para examinar de manera oficiosa el fondo de lo resuelto; no existe necesidad que alguna parte solicite la mentada decisión, sino que es la ley la que dispone en qué eventos especiales procede ese control judicial automático.

En el ámbito laboral encuentra su fundamento normativo en el artículo 69 del CPTSS, el cual dispone:

“Artículo 69. Procedencia de la consulta. <Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. El nuevo texto es siguiente:> Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”.

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.”

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.

El aparte subrayado, “las sentencias de primera instancia” fue declarado *condicionalmente* exequible por la Corte Constitucional por los cargos analizados en sentencia C-424 del 8 de julio de 2015., M.P. Mauricio González Cuervo, donde señaló:

“Entendiéndose que también serán consultadas ante el correspondiente superior funcional, las sentencias de única instancia cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario”.

5.2. Problema jurídico.

Corresponde a esta sala determinar: **(i)** si es ineficaz el traslado realizado por la parte demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad en Porvenir, y **(ii)** si se impusieron las costas procesales adecuadamente.

5.3. Ineficacia de los traslados de régimen pensional.

En desarrollo del artículo 48 Superior, a través de la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Seguridad Social y concibió 2 regímenes pensionales excluyentes que coexisten, a saber: el solidario de prima media con prestación definida – RPMPD y el de ahorro individual con solidaridad - RAIS; en el primero conforme al artículo 32 de la mencionada norma, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “*un fondo común de naturaleza pública*”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley; bajo esta modalidad, los afiliados obtienen la pensión de vejez cuando cumplen las exigencias legales de edad y semanas cotizadas.

A su vez, de acuerdo al canon 59 de la Ley 100 de 1993 y sucesivos, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los aportes son depositados en una cuenta individual de ahorro, que tiene rendimientos financieros, existiendo una relación directa entre el capital de los usuarios y la pensión, circunstancia que comporta que el monto de la pensión no sea fija, ni esté previamente definida como en el régimen de prima media; asimismo, para alcanzar la pensión de vejez, es necesario haber contribuido al fondo el capital necesario para financiarla, sin que sea indispensable, como en el sistema de prima media con prestación definida, el cumplimiento de una edad determinada o un número mínimo de semanas de cotización.

De otro lado, como previo al Estatuto de Seguridad Social existían varios regímenes pensionales, con exigencias de edad y/o tiempo de servicio o semanas cotizadas diversas, que fueron derogados por la Ley 100 de 1993, el artículo 36 *ibídem*, estableció el *régimen de transición*, que tiene por fin amparar las *expectativas*

legítimas de los trabajadores, que por regla general¹, se encontraran en cualquiera de estos eventos al 1º de abril de 1994: (i) los hombres que tuvieran más de 40 años, (ii) las mujeres mayores de 35 años, y (iii) los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de 15 años de servicio cotizados. Cabe agregar, que éste sistema no es aplicable a los sujetos que libre y voluntariamente se hayan acogido al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni para quienes, encontrándose en este último, decidan cambiarse al de prima media con prestación definida².

Ahora bien, para que opere la pérdida del régimen de transición o el tránsito entre alguna de las 2 modalidades de pensión aludidas, jurisprudencialmente se ha establecido³, que los preceptos mencionados deben estudiarse en armonía con el **literal b) del artículo 13** del Estatuto de Seguridad Social, en virtud del cual, “[l]a selección de uno cualquiera de los regímenes previstos... es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”; adicionalmente el canon 114 *ibídem*, que dispone “[l]os trabajadores y servidores públicos que... se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”; también el artículo 272 de la misma norma, que ordena la inaplicación de disposiciones lesivas de los asociados, cuando menoscaben la libertad, dignidad humana y derechos de los trabajadores; del **artículo 11 del Decreto 692 de 1994**, según el cual, “[l]a selección de uno cualquiera de los regímenes... es libre y voluntaria por parte del afiliado”, y del **numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993** - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que impuso a la AFP el deber de “*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*”. (La negrilla y el subrayado fue agregado por el Tribunal)

Asimismo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de fecha 9 de septiembre de **2008**, con radicados 31314⁴ y 31989⁵, resaltó la relevancia de lo referido, manifestando que (i) existen regímenes pensionales de naturaleza distinta, que comportan, en unos casos, pensiones con un valor eventual y en otros,

¹ En virtud del parágrafo único del artículo 151 de la Ley 100 de 1993, contempla una excepción, así: “[e]l Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental”.

² Incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

³ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL9519-2015, radicado No. 55050, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

⁴ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31314, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁵ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31989, M.P. Eduardo Adolfo López Villegas.

un monto cierto, en los que incluso la edad para la jubilación varía, y que **(ii)** las administradoras de pensiones tienen una doble condición, de sociedades que **prestan servicios financieros y entidades de servicio público**, razón por la que su comportamiento y determinaciones deben estar orientados no solo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haber ocurrido sobre sí alguna de las contingencias que ampara la seguridad social en pensiones.

Significa lo anterior, que dada la importancia del traslado de régimen pensional y las particularidades descritas que ubican a las aseguradoras de pensiones en el campo de la *responsabilidad profesional*, la Corte⁶ consideró que éstas tienen los siguientes deberes y obligaciones en los casos de traslados entre regímenes pensionales:

- (i) Información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional;
- (ii) 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;
- (iii) Una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como es la elección del régimen pensional, que trasciende el simple deber de información, y
- (iv) Como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el *deber del buen consejo*, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

En ese contexto, existe responsabilidad de las administradoras de pensiones, *por acción y omisión*, que conlleva a configurar un engaño a sus afiliados, cuando la información falaz y/o insuficiente, genera el cambio o pérdida de régimen, en la medida que se adopta una decisión sin el pleno conocimiento de las consecuencias que ella implica.

⁶ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL17595-2017, radicado No. 46292, de fecha 18 de octubre de 2017, M.P. Fernando Castillo Cadena, en donde reiteró el criterio de la sentencia con radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008.

Como resultado, ha dicho el máximo Tribunal de la justicia laboral⁷, que si bien las reglas jurídicas generales imponen demostrar la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse en los casos de pérdida de régimen pensional, supuesto en que se **traslada la carga de la prueba** del afiliado a la administradora demandada, atendiendo la importancia y entidad del derecho que se discute (art. 48 de la Constitución), que el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio de la seguridad social, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada; además, porque los jueces deben acudir a una hermenéutica que se avenga con los principios que inspiran el sistema y los regímenes pensionales.

Impera precisar, que esta postura ha sido avalada también por las sentencias con radicados 33083 del 22 de noviembre de 2011⁸, 31314 del 6 de diciembre de 2011⁹, 46292 del 3 de septiembre de 2014¹⁰, 47125 del 27 de septiembre de 2017¹¹ y 47125 del 14 de noviembre de 2018¹² y 1452 del 3 de abril de 2019¹³.

La definición de esta clase de litigios inicialmente estuvo orientada por la **nulidad** del cambio de régimen pensional, y hoy por la figura de la **ineficacia** del traslado¹⁴, pero en esencia, lo que siempre se ha resaltado y es determinante, es que medie una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y exenta de cualquier apremio. Así por ejemplo, en la sentencia con radicado No. 31989¹⁵ de fecha 9 de septiembre de 2008, cuando no existe una determinación en estas condiciones, la Corte Suprema afirmó:

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, [es] no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

⁷ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL12136-2014, con radicado No. 46292, de fecha 3 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁸ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 33083, de fecha 22 de noviembre de 2011, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁹ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31314, de fecha 6 de diciembre de 2011, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

¹⁰ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 46292, de fecha 3 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

¹¹ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 47125, de fecha 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

¹² Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 47125, de fecha 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

¹³ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sentencia con radicado No. 1452 de fecha 3 de abril de 2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹⁴ Al respecto, es oportuno recordar que en sentencias como la 33089 del 22 de noviembre de 2011 y la 46292 del 18 de octubre de 2017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se trata de igual modo las figuras de ineffectia y nulidad del traslado de régimen pensional.

¹⁵ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31989, de fecha 9 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo Adolfo López Villegas.

(...) Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado..., ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social (...) la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna.

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

(...) Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.

Por último, es oportuno traer a colación las hipótesis que en criterio de la Sala de Casación Laboral generan la **ineficacia del traslado de régimen**, que fueron sintetizadas en la sentencia del 27 de septiembre de 2017, bajo radicado **47125**¹⁶, así:

- (i) La insuficiencia de la información que genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho;
- (ii) No es suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad;
- (iii) En los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

¹⁶ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL19447, radicado No. 47125, de fecha 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

5.4. Caso concreto.

El accionante acude al presente mecanismo, aduciendo que nació el 9 de octubre de 1962, a partir del 28 de julio de 1997 el demandante cambió de régimen pensional, inicialmente con Protección y posteriormente con Porvenir S.A. desde el año 2009 hasta la actualidad, esto sin que ninguna de las dos administradoras de pensiones en mención le suministrara información veraz, clara y honesta de los beneficios y desventajas que traería el tránsito aludido.

La AFP Porvenir SA, Protección SA y Colpensiones al dar respuesta al escrito introductorio expresaron que en efecto HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y que el mismo operó al haberse realizado de manera libre y voluntaria.

Sosteniendo que al trabajador no se le brindó información necesaria, pertinente y veraz sobre el cambio de régimen, la primera instancia acogió la pretensión de declarar ineficaz el traslado de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, realizado en 1997; ordenó a Colpensiones recibir al accionante como si nunca hubiere sido desafiliado de ese fondo y a Porvenir SA y Protección SA remitir los saldos de la cuenta individual junto con los rendimientos financieros al fondo de prima media con prestación definida.

Porvenir SA censura la anterior decisión, argumentando que hubo una indebida valoración probatoria, toda vez que demostró que no existió vicio alguno de consentimiento en la afiliación, ni faltó al deber de veracidad, lo cual se evidenció en la firma del formulario de inscripción. El funcionario de Porvenir que atendió al demandante le indicó que se acabaría el ISS, tendría un mayor monto de pensión y se jubilaría en un menor tiempo si se vinculaba al RAIS, dicho que no es falaz; además, sin que en término el accionante ejerciera el derecho de retractación que tenía habiendo sido debidamente informado de ello.

Respecto de estas críticas, en primer lugar se traerá a colación la declaración vertida en el juzgamiento, para determinar si con base en esta, hubo una indebida valoración probatoria.

En tal sentido, se cuenta con declaración de parte del demandante Humberto José Alvarado Maldonado, quien manifestó ser Ingeniero Eléctrico y laborar como Gerente de la Subasta Ganadera Casanare. Frente a los hechos de la demanda indicó que cuando se cambió de régimen para aquel entonces ya era profesional recién egresado. Conocía que Colpensiones era el único fondo para la época y por ende se afilió allí, indicó que el motivo de su traslado obedeció a que en la empresa en la que trabajaba, fue visitado por un asesor el cual expuso una serie de elementos los cuales daban cuenta que el fondo privado era mejor; los ahorros eran personales y a juicio del asesor el fondo público no era conveniente, tenía fallas de corrupción y estabilidad financiera, posiblemente se iba a quebrar. Argumentó que no tenía

inconformidades con Colpensiones y que la decisión del cambio de régimen fue basada en la desinformación del asesor, resaltando que dicha persona no fue clara en la asesoría. Finalmente concluyó que no le informaron ventajas y desventajas, solo le dijeron que el fondo público se iba a quebrar y que el fondo privado era mucho mejor, no le hicieron comparativos y no le informaron que se podía trasladar de un régimen a otro.

Esta versión junto con las documentales allegadas son instrumentos de convicción coherentes y consistentes, en dar cuenta que para el momento en que el accionante empezó a cotizar en Protección y posteriormente en Porvenir SA, no le fueron informadas todas las etapas del proceso, desde la antesala de afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, relevando que debía tratarse de información comprensible para una persona no versada en el tema, en donde entendiera las consecuencias que traería su elección de régimen pensional, no solo con las ventajas, sino como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, cumpliendo el deber del buen consejo, donde se hicieran ver las distintas alternativas con que se contaba e inclusive los inconvenientes o desventajas que el cambio de régimen conllevaba.

No obstante, lo que se evidencia de los medios de conocimiento que obran en el plenario, es que la razón principal por la que el demandante se afilió a Porvenir y a Protección, fue una promesa somera de una mejor y más pronta pensión, así como el temor inculcado al demandante por cuanto le dijeron que se quebraría el fondo público donde estaba cotizando; es por ello que su decisión carecía de una determinación consciente de lo que implicaba el cambio de régimen; era necesario el debido asesoramiento. Es por ello, que se concluye que Porvenir y Protección faltaron a su obligación de suministrar información veraz y suficiente, pues ninguna de las dos administradoras acreditó lo contrario en el plenario.

Así las cosas, no tiene vocación de prosperidad la indebida valoración probatoria endilgada, puesto que Porvenir SA y Protección SA incumplieron con los deberes y obligaciones que les correspondía a la hora de afiliar al demandante a un régimen de ahorro individual; contexto en el que surge la responsabilidad profesional que la jurisprudencia ha decantado y que tiene a partir de los deberes de información impuestos por el ordenamiento; es el incumplimiento de estos deberes el que genera las consecuencias desfavorables de esta acción.

Ahora, si bien se allegaron los formatos de solicitud de afiliación a Porvenir y a Protección – Archivo adjunto al OneDrive, donde reposan los CDs con los anexos de las dos demandadas en mención-, y se encuentra la casilla denominada “Voluntad de Afiliación”, rubricadas por el demandante y se hace constar que la selección del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones; lo cierto es, que el fondo privado de pensiones no cumplió con la carga de demostrar con suficiencia, como se ha indicado jurisprudencialmente, que el actor tomó una decisión libre, consciente, voluntaria y debidamente informada de las consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen pensional. De hecho, al revisar el material

probatorio allegado al proceso, a excepción de los documentos mentados, no se encuentra prueba alguna que demuestre que esa entidad documentó clara y suficientemente al accionante sobre los efectos de trasladarse del RPMPD al RAIS; por el contrario, escuchando al demandante Humberto José Alvarado Maldonado, se corroboró que no se brindaron datos idóneos para tomar una determinación de tal naturaleza, y su versión no pudo ser desvirtuada por las demandadas con los medios aportados.

A su vez, se memora que las obligaciones de información que tienen las aseguradoras de pensiones, surgen de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, los que eran totalmente exigibles para el momento del traslado de régimen pensional del demandante.

En lo que atañe al planteamiento del recurso de apelación, relacionado con el estudio de la aclaración de voto emitida dentro de la sentencia SL68852 de abril del año 2019, cuya Magistrada Ponente fue la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde los magistrados Jorge Luis Quiroz Alemán y Roberto Echeverri Bueno consideraron acertada la de decisión tomada, pero bajo el entendido de que la ineficacia del traslado depende de la afectación de garantías específicas de los afiliados. Allí nada se dijo acerca de la postura relacionada con la suficiencia de información requerida a los Fondos para efectuar el proceso de traslado, siendo ese precisamente el eje del debate en el presente asunto.

Es decir, frente al caso en particular lo que se evidencia es la carencia de información la cual ha sido la constante por parte de los fondos de pensiones privados, quienes no hicieron claridad sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, no hicieron comparativos, no le informaron la pensión aproximada que podría recibir, así como tampoco documentaron de manera clara y precisa a la demandante en el caso particular.

Con esta decisión, no se desconocen los requisitos que legal y jurisprudencialmente se han establecido para los traslados de régimen, pues lo aquí discutido es la libertad y voluntad de afiliación al Sistema General de Pensiones, que es previa y diferente a los traslados entre regímenes allí previstos.

Así las cosas, la declaración de ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad adoptada por el *a quo*, en el presente caso, no merece reparo alguno, debiendo ser confirmada.

5.5. De la condena en costas.

El *a quo* impuso costas procesales en contra de las demandadas, Porvenir S.A. y Colpensiones, ambas recurren tal decisión. La Administradora de Pensiones Porvenir S.A. argumenta no haber actuado de mala fe dentro del proceso y asegura

haber brindado una información eficaz y necesaria al momento de realizar la afiliación del demandante; así mismo indica que media una justa causa para acudir ante la jurisdicción. Colpensiones por su parte, solicita tener en cuenta la buena fe en su actuar a fin de revocar la condena en costas impuesta, asegurando haber obrado de acuerdo a la ley y la jurisprudencia, así mismo indica no ser el actor principal del caso.

Al respecto, la condena en este caso no partió de la apreciación subjetiva del juzgador de instancia, sino basado en el conocimiento de los argumentos que soportaron la decisión, y aplicando objetivamente el artículo 365, numeral 1° del Código General del Proceso, que en virtud de la integración normativa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, precisando que estos no dependen de un obrar temerario o de mala fe, como lo manifiesta Porvenir; por ello se recuerda que las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Derredor del tema, la Corte Constitucional en la sentencia C-089 de 2002, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, develó el carácter objetivo de las costas:

El ordenamiento procesal civil adopta un criterio objetivo, no sólo para la condena, pues “se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento”, sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chiovenda, “la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)”. En efecto, aún cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó, su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador...

A su vez, se resalta que la condena respecto de las demandadas se da por haber resultado vencidas en el juicio, donde expresaron oposición al cambio de régimen del actor. Por demás, la falta de información de Porvenir, sobre los efectos del cambio de régimen pensional, fue la causa del litigio, y a esa falta al deber de información se opuso en el plenario, planteando excepciones y ejerciendo plenamente una contradicción. Así mismo Colpensiones niega el retorno del afiliado, aun cuando se le remitió la respectiva solicitud; al contestar la demanda igualmente propone excepciones y presenta en el transcurso del proceso una oposición constante.

Así mismo, frente a la solicitud de dar aplicación al numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, con el fin de exonerar en costas a la recurrente

Porvenir, se resalta que la petición del reconocimiento de la pensión en el presente caso es una solicitud que se deriva de una pretensión principal, que es la ineficacia del traslado, que es lo que ha sido reconocido en el proceso; de manera que no es que las pretensiones hayan prosperado parcialmente y por eso se deba exonerar de la condena en costas. El reconocimiento del derecho de pensión, no era el objetivo central de este litigio, y si no se accedió solo fue por falta haber agotado la reclamación administrativa, no porque se haya hecho un estudio de fondo del derecho y el demandante no tenga el derecho.

En consecuencia, la condena impuesta en primera instancia a Porvenir SA y a Colpensiones se mantiene. Como quiera que resultan vencidas en la apelación, en esta instancia se condenarán en las costas aquí causadas.
Se confirmará integralmente la decisión recurrida y consultada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

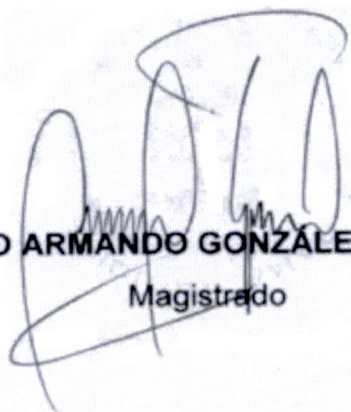
PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida el 19 de junio de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal.

SEGUNDO. Condenar en costas de esta instancia a Porvenir SA y a Colpensiones. Como agencias en derecho se fija un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Notifíquese esta decisión conforme al procedimiento establecido en el Decreto 806 de 2020.


GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada


ALVARO VINCOS URUEÑA
Magistrado


JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior Distrito Judicial de Yopal
Sala Única de Decisión

Yopal, nueve (09) de octubre de dos mil veinte (2020)

Proceso ordinario laboral.

Parte demandante: Jorge Chaparro Rivera.

Parte demandada: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicación: 85001-31-05-001-2019-00283-01.

M.P.: Gloria Esperanza Malaver de Bonilla.

Discutido y aprobado mediante acta No.023 del nueve (09) de octubre de dos mil veinte (2020)

1. ASUNTO

Resolver grado de **CONSULTA** en atención a que la decisión de primera instancia fue adversa a Colpensiones, y en consecuencia desatar la **APELACIÓN** interpuesta por Colpensiones y Porvenir contra la sentencia del 24 de junio del 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal.

2. ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Demanda.

JORGE CHAPARRO RIVERA, promovió demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. procurando las siguientes pretensiones:

- Declarar ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad realizado por el demandante a la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir.
- Condenar a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Porvenir, a trasladar los aportes realizados y los rendimientos financieros por las cotizaciones del demandante a Colpensiones.
- Se condene a Colpensiones a tener al demandante como si nunca hubiere sido desafiliado del régimen de prima media con prestación definida.

- Se condene a Colpensiones al pago de la pensión de jubilación o vejez con la asignación más favorable en su momento oportuno.
- Condenar en costas procesales y agencias en derecho a que haya lugar.

2.2 Hechos relevantes.

- El accionante nació el 6 de septiembre de 1956, actualmente se encuentra cotizando al Sistema General de Pensiones, inicialmente a través del RPM, hoy administrado por Colpensiones y posteriormente en el RAIS con Porvenir S.A.
- A partir del 5 de septiembre 1994 el demandante cambió de régimen pensional con Porvenir S.A, sin que en el fondo mencionado se le informara de manera veraz, clara y honesta, los beneficios y desventajas que traería consigo el tránsito, por lo anterior, afirma que es beneficiario del régimen de transición.
- No obstante haber solicitado a Porvenir S.A. y Colpensiones, que el demandante fuera trasladado del RAIS al RPMPD, ambos fondos de pensiones negaron dicha solicitud.

2.3 Admisión y contestaciones.

Mediante auto del 16 de octubre de 2019, fue admitida la demanda por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal.

2.3.1 Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

El entonces representante judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones dio respuesta a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones descritas.

Formuló las siguientes excepciones de fondo (i) presunción de validez del traslado de régimen pensional, (ii) inexistencia del derecho y de la obligación del traslado de régimen – en cualquier tiempo, (iii) inexistencia del derecho y de la obligación del reconocimiento del Régimen de Transición, (iv) buena fe por parte de Colpensiones y (v) declaratoria de otras excepciones.

2.3.2 Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Porvenir SA.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, goza de plena validez, al haberse efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo debidamente asesorado.

Formuló como excepciones de fondo: (i) falta de causa para pedir; (ii) inexistencia de la obligación a cargo de Porvenir S.A; (iii) buena fe (iv) innominada o genérica.

3. SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* en sentencia del 24 de junio de 2020, declaró ineficaz el traslado realizado por el accionante a la AFP Porvenir y como consecuencia de ello dispuso el retorno al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones, la cual debe recibir al demandante como si nunca hubiere sido desafiliado, trasladando sus aportes al fondo público.

Lo anterior, con fundamento en las pruebas allegadas al proceso por la parte actora y las accionadas; las cuales dan cuenta que faltó información oportuna y veraz, para que Jorge Chaparro Rivera tomara una determinación adecuada sobre el traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, considerando que no le fueron suministrados datos certeros acerca de las consecuencias del tránsito de régimen pensional, ni se le informaron los beneficios y desventajas que ello conllevaría.

Finalmente, condenó en costas a las demandadas en un 60% y como agencias en Derecho fijó el equivalente a un millón de pesos en favor del actor y a cargo de cada una de las demandadas Porvenir S.A y Colpensiones.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Colpensiones

Solicita tener en cuenta la buena fe de Colpensiones a fin de revocar la condena en costas impuesta, pues ha obrado de acuerdo a la ley y la jurisprudencia; así mismo indica no ser el actor principal del caso resaltando además la observancia del principio de la sostenibilidad financiera.

4.2. Porvenir S.A.

Solicita revisar la totalidad del material probatorio, así como también las obligaciones que le correspondían a las partes, pues el despacho omitió que aun con la amplia y clara información dada por los asesores el demandante no actuó con diligencia, pues en sus declaraciones manifestó que fruto de su descuido no averiguó la posibilidad de cambiarse de régimen nuevamente. El despacho omitió las obligaciones del afiliado, se dejan de un lado las responsabilidades que debe asumir el demandante respecto de su afiliación.

Solicita tener en cuenta la aclaración de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia de radicado 68852, del mes de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Finalmente, pide que se revoque la condena en costas impuesta en su contra, haciendo hincapié en el hecho de que Porvenir S.A. siempre

ha actuado con probidad y de manera transparente, alegando además que media una justa causa para acudir ante la jurisdicción y mediando la buena fe de la demandada.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Grado de consulta.

La consulta es un grado jurisdiccional, en virtud del cual, el superior jerárquico del juez que ha proferido una sentencia en ejercicio de su competencia funcional, se encuentra habilitado para examinar de manera oficiosa; el fondo de lo resuelto; no existe necesidad que alguna parte solicite la mentada decisión, sino que es la ley la que dispone en qué eventos especiales procede ese control judicial automático.

En el ámbito laboral encuentra su fundamento normativo en el artículo 69 del CPTSS, el cual dispone:

“Artículo 69. Procedencia de la consulta. <Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. El nuevo texto es siguiente:> Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”.

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.”

*También **serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación**, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.*

El aparte subrayado, “las sentencias de primera instancia” fue declarado *condicionalmente* exequible por la Corte Constitucional por los cargos analizados en sentencia C-424 del 8 de julio de 2015., M.P. Mauricio González Cuervo, donde señaló:

“Entendiéndose que también serán consultadas ante el correspondiente superior funcional, las sentencias de única instancia cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario”.

5.2. Problema jurídico.

Corresponde a esta sala determinar: (i) si es ineficaz el traslado realizado por la parte demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad en Porvenir, y (ii) si se impusieron las costas procesales adecuadamente.

5.3. Ineficacia de los traslados de régimen pensional.

En desarrollo del artículo 48 Superior, a través de la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Seguridad Social y concibió 2 regímenes pensionales excluyentes que coexisten, a saber: el solidario de prima media con prestación definida – RPMPD y el de ahorro individual con solidaridad - RAIS; en el primero conforme al artículo 32 de la mencionada norma, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “*un fondo común de naturaleza pública*”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley; bajo esta modalidad, los afiliados obtienen la pensión de vejez cuando cumplen las exigencias legales de edad y semanas cotizadas.

A su vez, de acuerdo al canon 59 de la Ley 100 de 1993 y sucesivos, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los aportes son depositados en una cuenta individual de ahorro, que tiene rendimientos financieros, existiendo una relación directa entre el capital de los usuarios y la pensión, circunstancia que comporta que el monto de la pensión no sea fija, ni esté previamente definida como en el régimen de prima media; asimismo, para alcanzar la pensión de vejez, es necesario haber contribuido al fondo el capital necesario para financiarla, sin que sea indispensable, como en el sistema de prima media con prestación definida, el cumplimiento de una edad determinada o un número mínimo de semanas de cotización.

De otro lado, como previo al Estatuto de Seguridad Social existían varios regímenes pensionales, con exigencias de edad y/o tiempo de servicio o semanas cotizadas diversas, que fueron derogados por la Ley 100 de 1993, el artículo 36 *ibidem*, estableció el *régimen de transición*, que tiene por fin amparar las *expectativas legítimas* de los trabajadores, que por regla general¹, se encontraran en cualquiera de estos eventos al 1º de abril de 1994: (i) los hombres que tuvieran más de 40 años, (ii) las mujeres mayores de 35 años, y (iii) los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de 15 años de servicio cotizados. Cabe agregar, que éste sistema no es aplicable a los sujetos que libre y voluntariamente se hayan acogido al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni para quienes, encontrándose en este último, decidan cambiarse al de prima media con prestación definida².

Ahora bien, para que opere la pérdida del régimen de transición o el tránsito entre alguna de las 2 modalidades de pensión aludidas, jurisprudencialmente se ha

¹ En virtud del parágrafo único del artículo 151 de la Ley 100 de 1993, contempla una excepción, así: “[e]l Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental”.

² Incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

establecido³, que los preceptos mencionados deben estudiarse en armonía con el **literal b) del artículo 13** del Estatuto de Seguridad Social, en virtud del cual, “[l]a selección de uno cualquiera de los regímenes previstos... es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”; adicionalmente el canon 114 *ibídem*, que dispone “[l]os trabajadores y servidores públicos que... se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”; también el artículo 272 de la misma norma, que ordena la inaplicación de disposiciones lesivas de los asociados, cuando menoscaben la libertad, dignidad humana y derechos de los trabajadores; del **artículo 11 del Decreto 692 de 1994**, según el cual, “[l]a selección de uno cualquiera de los regímenes... es libre y voluntaria por parte del afiliado”, y del **numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993** - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que impuso a la AFP el deber de “*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*”. (La negrilla y el subrayado fue agregado por el Tribunal)

Asimismo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de fecha 9 de septiembre de **2008**, con radicados 31314⁴ y 31989⁵, resaltó la relevancia de lo referido, manifestando que **(i)** existen regímenes pensionales de naturaleza distinta, que comportan, en unos casos, pensiones con un valor eventual y en otros, un monto cierto, en los que incluso la edad para la jubilación varía, y que **(ii)** las administradoras de pensiones tienen una doble condición, de sociedades que **prestan servicios financieros y entidades de servicio público**, razón por la que su comportamiento y determinaciones deben estar orientados no solo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haber ocurrido sobre sí alguna de las contingencias que ampara la seguridad social en pensiones.

Significa lo anterior, que dada la importancia del traslado de régimen pensional y las particularidades descritas que ubican a las aseguradoras de pensiones en el campo

³ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL9519-2015, radicado No. 55050, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

⁴ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31314, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁵ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31989, M.P. Eduardo Adolfo López Villegas.

de la *responsabilidad profesional*, la Corte⁶ consideró que éstas tienen los siguientes deberes y obligaciones en los casos de traslados entre regímenes pensionales:

- (i) Información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional;
- (ii) 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;
- (iii) Una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como es la elección del régimen pensional, que trasciende el simple deber de información, y
- (iv) Como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el *deber del buen consejo*, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

En ese contexto, existe responsabilidad de las administradoras de pensiones, *por acción y omisión*, que conlleva a configurar un engaño a sus afiliados, cuando la información falaz y/o insuficiente, genera el cambio o pérdida de régimen, en la medida que se adopta una decisión sin el pleno conocimiento de las consecuencias que ella implica.

Como resultado, ha dicho el máximo Tribunal de la justicia laboral⁷, que si bien las reglas jurídicas generales imponen demostrar la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse en los casos de pérdida de régimen pensional, supuesto en que se **traslada la carga de la prueba** del afiliado a la administradora demandada, atendiendo la importancia y entidad del derecho que se discute (art. 48 de la Constitución), que el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio de la seguridad social, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada; además, porque los jueces deben acudir a una hermenéutica que se avenga con los principios que inspiran el sistema y los regímenes pensionales.

⁶ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL17595-2017, radicado No. 46292, de fecha 18 de octubre de 2017, M.P. Fernando Castillo Cadena, en donde reiteró el criterio de la sentencia con radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008.

⁷ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL12136-2014, con radicado No. 46292, de fecha 3 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Impera precisar, que esta postura ha sido avalada también por las sentencias con radicados 33083 del 22 de noviembre de 2011⁸, 31314 del 6 de diciembre de 2011⁹, 46292 del 3 de septiembre de 2014¹⁰, 47125 del 27 de septiembre de 2017¹¹ y 47125 del 14 de noviembre de 2018¹² y 1452 del 3 de abril de 2019¹³.

La definición de esta clase de litigios inicialmente estuvo orientada por la **nulidad** del cambio de régimen pensional, y hoy por la figura de la **ineficacia** del traslado¹⁴, pero en esencia, lo que siempre se ha resaltado y es determinante, es que medie una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y exenta de cualquier apremio. Así por ejemplo, en la sentencia con radicado No. 31989¹⁵ de fecha 9 de septiembre de 2008, cuando no existe una determinación en estas condiciones, la Corte Suprema afirmó:

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, [es] no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

(...) Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado..., ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social (...) la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se

⁸ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 33083, de fecha 22 de noviembre de 2011, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁹ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31314, de fecha 6 de diciembre de 2011, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

¹⁰ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 46292, de fecha 3 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

¹¹ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 47125, de fecha 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

¹² Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 47125, de fecha 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

¹³ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sentencia con radicado No. 1452 de fecha 3 de abril de 2019 M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹⁴ Al respecto, es oportuno recordar que en sentencias como la 33089 del 22 de noviembre de 2011 y la 46292 del 18 de octubre de 2017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se trata de igual modo las figuras de ineficacia y nulidad del traslado de régimen pensional.

¹⁵ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31989, de fecha 9 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo Adolfo López Villegas.

presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna.

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

(...) Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.

Por último, es oportuno traer a colación las hipótesis que en criterio de la Sala de Casación Laboral generan la **ineficacia del traslado de régimen**, que fueron sintetizadas en la sentencia del 27 de septiembre de 2017, bajo radicado **47125**¹⁶, así:

- (i) La insuficiencia de la información que genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho;
- (ii) No es suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad;
- (iii) En los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

5.4. Caso concreto.

El accionante acude al presente mecanismo, aduciendo que nació el 6 de septiembre de 1954, a partir del 5 de septiembre de 1994 el demandante cambió de régimen pensional con Porvenir S.A.; desde el año 1994 hasta la actualidad ha estado vinculado a dicho fondo, esto sin que la administradora de pensiones en

¹⁶ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL19447, radicado No. 47125, de fecha 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

mención le suministrara información veraz, clara y honesta de los beneficios y desventajas que traería el tránsito aludido.

La AFP Porvenir SA y Colpensiones al dar respuesta al escrito introductorio expresaron que en efecto JORGE CHAPARRO RIVERA se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y que el mismo operó al haberse realizado de manera libre y voluntaria.

Sostienen que al trabajador no se le brindó información necesaria, pertinente y veraz sobre el cambio de régimen, la primera instancia acogió la pretensión de declarar ineficaz el traslado de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, realizado en 1994; ordenando a Colpensiones recibir al accionante como si nunca hubiere sido desafiliado de ese fondo, y a Porvenir SA remitir los saldos de la cuenta individual junto con los rendimientos financieros al fondo de prima media con prestación definida.

Porvenir SA censura la anterior decisión, argumentando que hubo una indebida valoración probatoria, toda vez que demostró que no existió vicio alguno de consentimiento en la afiliación, ni faltó al deber de veracidad, lo cual se evidenció en la firma del formulario de inscripción. Las funcionarias de Porvenir que atendieron al demandante le indicaron que se acabaría el ISS, tendría un mayor monto de pensión y se jubilaría en un menor tiempo si se vinculaba al RAIS, dicho que no es falaz; además, sin que en término el accionante ejerciera el derecho de retractación que tenía.

Respecto de estas críticas, en primer lugar se traerá a colación la declaración vertida en el juzgamiento, para determinar si con base en esta, hubo una indebida valoración probatoria.

En tal sentido, se cuenta con interrogatorio de parte practicado al demandante Jorge Chaparro Rivera quien manifestó ser empleado en la empresa Mellan S.A. Cuando hizo el traslado de régimen tenía estudios primarios, conocía que sus aportes se hacían al Seguro Social, el cambio de régimen obedeció a que en su lugar de trabajo en Monterrey llegaron unas asesoras y reunieron a varios de los trabajadores informando que el Seguro Social se iba a acabar, que el Gobierno iba a terminar dicho fondo y por tal motivo debían trasladarse a los fondos privados. Estas personas no informaron sobre la posibilidad de trasladarse de fondo nuevamente, argumentando que el fondo público se iba a terminar. A su vez señaló que, de acuerdo a las asesorías brindadas por las asesoras de Horizonte, en los fondos privados se iban a pensionar a mas temprana edad y con mejores beneficios, al igual que podían negociar su pensión y obtendrían más facilidades. No le explicaron los pros ni los contras, no le hicieron comparaciones entre la pensión probable entre uno y otro régimen, lo que dieron a entender fue que lo que iba a regir eran los fondos privados. No tenía inconformidades, se sintió engañado y por eso mismo se cambió a Horizonte.

Esta declaración junto con las documentales allegadas son instrumentos de convicción coherentes y consistentes, en dar cuenta que para el momento en que el accionante empezó a cotizar en Porvenir SA, no le fueron informadas todas las etapas del proceso, desde la antesala de afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, relievando que debía tratarse de información comprensible para una persona no versada en el tema, en donde entendiera las consecuencias que traería su elección de régimen pensional, no solo con las ventajas, sino como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, cumpliendo el deber del buen consejo, donde se hicieran ver las distintas alternativas con que se contaba e inclusive los inconvenientes o desventajas que el cambio de régimen conllevaba.

No obstante, lo que se evidencia de los medios de conocimiento que obran en el plenario, es que la razón principal por la que el demandante se afilió a Porvenir, fue la terminación del ISS, una promesa somera de una mejor y más pronta pensión, así como el inculcamiento de temores al demandante por cuanto le dijeron que se quebraría el fondo público, es por ello que su decisión careció de una determinación consciente de lo que implicaba trasladarse de régimen; no fue debidamente asesorado, no le presentaron los pro y los contra del cambio. Es por ello, que se concluye que Porvenir faltó a su obligación de suministrar información veraz y suficiente; la administradora de pensiones en mención no acreditó lo contrario en el proceso.

En este estado de cosas, no tiene vocación de prosperidad la indebida valoración probatoria endilgada, puesto que Porvenir SA incumplió con los deberes y obligaciones que le correspondían a la hora de afiliar al demandante en esa administradora, contexto en que surge la responsabilidad profesional que la jurisprudencia ha decantado y que tiene a partir de los deberes de información impuestos por el ordenamiento, es el incumplimiento de estos el que genera las consecuencias desfavorables de esta acción.

Ahora, si bien se allegó el formato de solicitud de afiliación a (Horizonte) hoy Porvenir– Archivo adjunto, donde reposa el CD con la carpeta administrativa del demandante en Porvenir-, en donde se encuentra la casilla denominada “Voluntad de Afiliación”, rubricadas por el demandante haciendo constar que la selección del RAIS no fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones; el fondo privado de pensiones no cumplió con la carga de demostrar, como se ha indicado jurisprudencialmente, que el actor tomó una decisión libre, consciente, voluntaria y debidamente informada de las consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen. De hecho al revisar el material probatorio allegado al proceso, a excepción del documento mentado, no se encuentra prueba alguna que demuestre que esa entidad documentó clara y suficientemente al accionante sobre los efectos de trasladarse del RPMPD al RAIS; por el contrario, con la declaración de José Chaparro Rivera, se corroboró que no se brindaron datos idóneos para tomar una determinación de cambio de régimen a sabiendas de lo que realmente ello implicaba sobre su derecho pensional.

A su vez, se memora que las obligaciones de información que tienen las aseguradoras de pensiones, surgen de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, eran totalmente exigibles para el momento del traslado de régimen pensional del demandante.

En lo que atañe al planteamiento del recurso de apelación, relacionado con el estudio de la aclaración de voto emitida dentro de la sentencia SL68852 de abril del año 2019, cuya Magistrada Ponente fue la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde los magistrados Jorge Luis Quiroz Alemán y Roberto Echeverri Bueno, consideraron acertada la de decisión tomada, pero bajo el entendido de que la ineficacia del traslado depende de la afectación de garantías específicas de los afiliados. Nada se dijo acerca de la postura relacionada con la suficiencia de información requerida a los Fondos para efectuar el proceso de traslado, siendo ese precisamente el eje del debate en el presente asunto.

Es decir, frente al caso en particular lo que se evidencia es la carencia de información la cual ha sido la constante por parte de los fondos de pensiones privados, quienes no hicieron claridad sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, no hicieron comparativos, no le informaron la pensión aproximada que podría recibir, así como tampoco documentaron de manera clara y precisa a la demandante en el caso particular.

Con esta decisión, no se desconocen los requisitos que legal y jurisprudencialmente se han establecido para los traslados de régimen, pues lo aquí discutido es la libertad y voluntad de afiliación al Sistema General de Pensiones, que es previa y diferente a los traslados entre regímenes allí previstos.

Así las cosas, la declaración de ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad adoptada por el *a quo*, en el presente caso, no merece reparo alguno, debiendo ser confirmada.

5.5. De la condena en costas.

El *a quo* impuso costas procesales en contra de las demandadas las cuales recurren tal decisión. La Administradora de Pensiones Porvenir S.A. argumenta no haber actuado de mala fe dentro del proceso y asegura haber brindado una información eficaz y necesaria al momento de realizar la afiliación del demandante, así mismo indica que media una justa causa para acudir ante la jurisdicción. Colpensiones por su parte solicita tener en cuenta la buena fe en su actuar a fin de revocar la condena en costas impuesta, asegurando haber obrado de acuerdo a la ley y la jurisprudencia; así mismo indica no ser el actor principal del caso.

Al respecto ha de indicarse, la condena en costas en este tipo de actuaciones no deriva de la buena o mala fe de las partes, sino de las resultas del juicio. Objetivamente el artículo 365, numeral 1° del Código General del Proceso, que por remisión normativa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social resulta aplicable en esta materia, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso; luego la condena no depende de un obrar temerario o de mala fe, como lo manifiesta Porvenir; por ello se recuerda que las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Derredor del tema, la Corte Constitucional en la sentencia C-089 de 2002, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, develó el carácter objetivo de las costas:

El ordenamiento procesal civil adopta un criterio objetivo, no sólo para la condena, pues “se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento”, sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chiovenda, “la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)”. En efecto, aún cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó, su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador...

A su vez, se resalta que la condena respecto de las demandadas se da por la oposición a la pretensión de ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, puesto que Porvenir insistió en haber dado información cabal al demandante sobre los efectos del cambio de régimen, aspecto que precisamente fue desvirtuado en el proceso. Así mismo, Colpensiones niega el retorno del afiliado, expresando oposición a las pretensiones mediante la proposición de excepciones. Vencidos como demandados, lo procedente es la condena en costas por el desgaste que debió sufrir el actor al tener que acudir al aparato judicial para buscar garantía, respeto y protección a sus derechos. Este Tribunal ha mantenido esta postura respecto de la condena en costas al litigante vencido, dado los argumentos expuestos ut supra.

En consecuencia, la condena impuesta en primera instancia a Porvenir SA y a Colpensiones es adecuada y como quiera que emplearon el recurso de apelación que les fue desfavorable, este Tribunal también condenará en costas a dichas administradoras en esta instancia. Se confirmará integralmente la decisión recurrida y consultada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

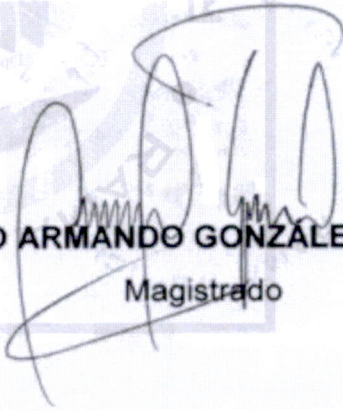
PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida el 24 de junio de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal.

SEGUNDO. Condenar en costas de esta instancia a Porvenir SA y a Colpensiones, como agencias en derecho 1 salario mínimo legal mensual vigente a cargo de las recurrentes.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Notifíquese esta decisión conforme al procedimiento establecido en el Decreto 806 de 2020.


GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada


ALVARO VINCOS URUEÑA
Magistrado


JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior Distrito Judicial de Yopal
Sala Única de Decisión

Yopal, nueve (09) de octubre de dos mil veinte (2020)

Proceso ordinario laboral.

Parte demandante: Rocío Inés Seña León.

Parte demandada: Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

Radicación: 85001-31-05-002-2019-00265-01.

M.P.: Gloria Esperanza Malaver de Bonilla.

Discutido y aprobado mediante acta No.023 del nueve (09) de octubre de dos mil veinte (2020)

1. ASUNTO

Resolver grado de **CONSULTA** en atención a que la decisión de primera instancia fue adversa a Colpensiones, quien no recurrió la providencia, y desatar el recurso de **APELACIÓN** interpuesta por Porvenir contra la sentencia del 16 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Yopal.

2. ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Demanda.

ROCÍO INÉS SEÑA LEÓN, promovió demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y el fondo de pensiones Protección S.A; procurando las siguientes pretensiones:

- Declarar ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad realizado por la demandante a la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, así como también el traslado realizado al Fondo de Pensiones Protección S.A.
- Condenar a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Porvenir a trasladar los aportes realizados y los rendimientos financieros por las cotizaciones de la demandante a Colpensiones.
- Se condene a Colpensiones a tener a la demandante como si nunca hubiere sido desafiliada del régimen de prima media con prestación definida.
- Se condene a Colpensiones al pago de la pensión de jubilación o vejez con la asignación más favorable en su momento oportuno.

- Condenar en costas procesales y agencias en derecho a que haya lugar.

2.2 Hechos relevantes.

- La accionante nació el 24 de julio de 1964, actualmente se encuentra cotizando al Sistema General de Pensiones como trabajadora de la Caja de Compensación Familiar de Casanare, inicialmente a través del RPM, hoy administrado por Colpensiones y posteriormente en el RAIS con Protección S.A. y Porvenir S.A.
- A partir del 15 de enero de 1997 la demandante cambió de régimen pensional, inicialmente con Protección S.A. y desde el 30 de noviembre de 2002 hasta la fecha con Porvenir S.A.; sin que en ninguno de los dos fondos mencionados se le informara de manera veraz, clara y honesta, los beneficios y desventajas que traería consigo el tránsito, por lo anterior, afirma que es beneficiaria del régimen de transición.
- No obstante haber solicitado a Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, que la demandante fuera trasladada del RAIS al RPMPD, Porvenir emitió respuesta el 9 de septiembre de 2019 la cual negó la solicitud incoada, y tanto Colpensiones como Protección no dieron respuesta a dicha solicitud.

2.3 Admisión y contestaciones.

Mediante auto del 9 de octubre de 2019, fue admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Yopal.

2.3.1 Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

El entonces representante judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones dio respuesta a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones descritas por considerarlas infundadas, contrarias a derecho y sin respaldo probatorio.

Formuló las siguientes excepciones de fondo (i) presunción de validez del traslado de régimen pensional, (ii) inexistencia del derecho y de la obligación del traslado de régimen – en cualquier tiempo, (iii) inexistencia del derecho y de la obligación del reconocimiento del Régimen de Transición, y (iv) buena fe por parte de Colpensiones (v) declaratoria de otras excepciones.

2.3.2 Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Porvenir SA.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro

individual con solidaridad, goza de plena validez, al haberse efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo debidamente asesorado.

Formuló como excepciones de fondo: (i) falta de causa para pedir; (ii) inexistencia de la obligación a cargo de Porvenir S.A; (iii) buena fe (iv) innominada o genérica.

2.3.3 Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Protección SA.

Se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda, en el mismo sentido que Porvenir, argumentando que el traslado de la demandante, goza de plena validez, al haberse efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo debidamente asesorado.

Formuló las siguientes excepciones de fondo: (i) falta de causa para pedir; (ii) inexistencia de la obligación a cargo de Protección S.A; (iii) buena fe (iv) innominada o genérica.

3. SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* en sentencia del 16 de julio de 2020, declaró ineficaz los traslados realizados por la accionante a la AFP Porvenir SA y al Fondo de pensiones Protección S.A. y como consecuencia de ello ordenó el retorno al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones, la cual debe recibir a la demandante como si nunca hubiere sido desafiliada, trasladando sus aportes al fondo público.

Lo anterior, con fundamento en las pruebas allegadas al proceso por la parte actora y las accionadas, que dan cuenta que faltó información oportuna y veraz, para que ROCÍO INÉS SEÑA LEÓN tomara una determinación adecuada sobre el traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, considerando que no le fueron suministrados datos certeros acerca de las consecuencias del tránsito de régimen pensional, ni se le informaron los beneficios y desventajas que ello conllevaría.

Finalmente, condenó en costas a la demandada Protección y como agencias en Derecho fijó el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente en favor de la demandada y a cargo de Protección. A las demás demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones las absolvió.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Porvenir S.A.

Solicita revisar la totalidad del material probatorio allegado al expediente dado que dentro de las documentales aportadas se encuentra la solicitud de re-asesoría hecha

a la demandante. Indica que el fallo es contradictorio por cuanto exoneró de costas a Porvenir con base en la prueba mencionada, pero finalmente se declaró la ineficacia. Indicó que, si con relación a Protección se declaró la ineficacia por falta de información, con relación a Porvenir se debió declarar la eficacia del traslado, pues se brindó una información verás, clara y oportuna.

Señala que no se están valorando las circunstancias de modo y lugar de cada caso en específico, y se está aplicando de manera general el precedente judicial.

El despacho no tiene en cuenta el concepto del 15 de enero de 2020, de radicado de la Superintendencia Financiera al ordenar devolver lo correspondiente a los gastos de administración, dineros que son destinados a la primas de reaseguro Fogafin y a las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, circunstancias que son anómalas y que deben asegurársele a los afiliados, dineros que no pueden ser devueltos por cuanto se desconoce el artículo 20 de la ley 100 de 1993 e implicaría un enriquecimiento sin justa causa.

Finalmente, solicita tener en cuenta la aclaración de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia de radicado 68852, del mes de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, el cual habla precisamente de la aplicación general del precedente, sin tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, máxime cuando en el presente asunto se le informó a la demandante la posibilidad del traslado y por su omisión y descuido no lo realizó.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Grado de consulta.

La consulta es un grado jurisdiccional, en virtud del cual, el superior jerárquico del juez que ha proferido una sentencia en ejercicio de su competencia funcional, se encuentra habilitado para examinar de manera oficiosa el fondo de lo resuelto; no existe necesidad que alguna parte solicite la mentada decisión, sino que es la ley la que dispone en qué eventos especiales procede ese control judicial automático.

En el ámbito laboral encuentra su fundamento normativo en el artículo 69 del CPTSS, el cual dispone:

“Artículo 69. Procedencia de la consulta. <Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. El nuevo texto es siguiente:> Además de estos recursos existirá un grado de jurisdicción denominado de “consulta”.

Las sentencias de primera instancia, cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueren apeladas.”

También serán consultadas las sentencias de primera instancia cuando fueren adversas a la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas

entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante. En este último caso se informará al Ministerio del ramo respectivo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al superior.

El aparte subrayado, “las sentencias de primera instancia” fue declarado *condicionalmente* exequible por la Corte Constitucional por los cargos analizados en sentencia C-424 del 8 de julio de 2015., M.P. Mauricio González Cuervo, donde señaló:

“Entendiéndose que también serán consultadas ante el correspondiente superior funcional, las sentencias de única instancia cuando fueren totalmente adversas a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario”.

5.2. Problema jurídico.

Corresponde a esta sala determinar: **(i)** si es ineficaz el traslado realizado por la parte demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad en Porvenir, y **(ii)** si fruto de ineficacia el fondo privado debe devolver lo correspondiente a los gastos de administración, como parte de los aportes a transferir a Colpensiones.

5.3. Ineficacia de los traslados de régimen pensional.

En desarrollo del artículo 48 Superior, a través de la Ley 100 de 1993, se creó el Sistema General de Seguridad Social y concibió 2 regímenes pensionales excluyentes que coexisten, a saber: el solidario de prima media con prestación definida – RPMPD y el de ahorro individual con solidaridad - RAIS; en el primero conforme al artículo 32 de la mencionada norma, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen “*un fondo común de naturaleza pública*”, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley; bajo esta modalidad, los afiliados obtienen la pensión de vejez cuando cumplen las exigencias legales de edad y semanas cotizadas.

A su vez, de acuerdo al canon 59 de la Ley 100 de 1993 y sucesivos, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los aportes son depositados en una cuenta individual de ahorro, que tiene rendimientos financieros, existiendo una relación directa entre el capital de los usuarios y la pensión, circunstancia que comporta que el monto de la pensión no sea fija, ni esté previamente definida como en el régimen de prima media; asimismo, para alcanzar la pensión de vejez, es necesario haber contribuido al fondo el capital necesario para financiarla, sin que sea indispensable, como en el sistema de prima media con prestación definida, el cumplimiento de una edad determinada o un número mínimo de semanas de cotización.

De otro lado, como previo al Estatuto de Seguridad Social existían varios regímenes pensionales, con exigencias de edad y/o tiempo de servicio o semanas cotizadas diversas, que fueron derogados por la Ley 100 de 1993, el artículo 36 *ibídem*, estableció el *régimen de transición*, que tiene por fin amparar las *expectativas legítimas* de los trabajadores, que por regla general¹, se encontraran en cualquiera de estos eventos al 1º de abril de 1994: (i) los hombres que tuvieran más de 40 años, (ii) las mujeres mayores de 35 años, y (iii) los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de 15 años de servicio cotizados. Cabe agregar, que éste sistema no es aplicable a los sujetos que libre y voluntariamente se hayan acogido al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni para quienes, encontrándose en este último, decidan cambiarse al de prima media con prestación definida².

Ahora bien, para que opere la pérdida del régimen de transición o el tránsito entre alguna de las 2 modalidades de pensión aludidas, jurisprudencialmente se ha establecido³, que los preceptos mencionados deben estudiarse en armonía con el **literal b) del artículo 13** del Estatuto de Seguridad Social, en virtud del cual, “[l]a selección de uno cualquiera de los regímenes previstos... es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”; adicionalmente el canon 114 *ibídem*, que dispone “[l]os trabajadores y servidores públicos que... se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”; también el artículo 272 de la misma norma, que ordena la inaplicación de disposiciones lesivas de los asociados, cuando menoscaben la libertad, dignidad humana y derechos de los trabajadores; del **artículo 11 del Decreto 692 de 1994**, según el cual, “[l]a selección de uno cualquiera de los regímenes... es libre y voluntaria por parte del afiliado”, y del **numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993** - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que impuso a la AFP el deber de “suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”. (La negrilla y el subrayado fue agregado por el Tribunal)

¹ En virtud del párrafo único del artículo 151 de la Ley 100 de 1993, contempla una excepción, así: “[e]l Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental”.

² Incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

³ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL9519-2015, radicado No. 55050, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

Asimismo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de fecha 9 de septiembre de **2008**, con radicados 31314⁴ y 31989⁵, resaltó la relevancia de lo referido, manifestando que **(i)** existen regímenes pensionales de naturaleza distinta, que comportan, en unos casos, pensiones con un valor eventual y en otros, un monto cierto, en los que incluso la edad para la jubilación varía, y que **(ii)** las administradoras de pensiones tienen una doble condición, de sociedades que **prestan servicios financieros y entidades de servicio público**, razón por la que su comportamiento y determinaciones deben estar orientados no solo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haber ocurrido sobre sí alguna de las contingencias que ampara la seguridad social en pensiones.

Significa lo anterior, que dada la importancia del traslado de régimen pensional y las particularidades descritas que ubican a las aseguradoras de pensiones en el campo de la *responsabilidad profesional*, la Corte⁶ consideró que éstas tienen los siguientes deberes y obligaciones en los casos de traslados entre regímenes pensionales:

- (i) Información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional;
- (ii) 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;
- (iii) Una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como es la elección del régimen pensional, que trasciende el simple deber de información, y
- (iv) Como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el *deber del buen consejo*, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

⁴ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31314, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁵ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31989, M.P. Eduardo Adolfo López Villegas.

⁶ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL17595-2017, radicado No. 46292, de fecha 18 de octubre de 2017, M.P. Fernando Castillo Cadena, en donde reiteró el criterio de la sentencia con radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008.

En ese contexto, existe responsabilidad de las administradoras de pensiones, *por acción y omisión*, que conlleva a configurar un engaño a sus afiliados, cuando la información falaz y/o insuficiente, genera el cambio o pérdida de régimen, en la medida que se adopta una decisión sin el pleno conocimiento de las consecuencias que ella implica.

Como resultado, ha dicho el máximo Tribunal de la justicia laboral⁷, que si bien las reglas jurídicas generales imponen demostrar la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse en los casos de pérdida de régimen pensional, supuesto en que se **traslada la carga de la prueba** del afiliado a la administradora demandada, atendiendo la importancia y entidad del derecho que se discute (art. 48 de la Constitución), que el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio de la seguridad social, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada; además, porque los jueces deben acudir a una hermenéutica que se avenga con los principios que inspiran el sistema y los regímenes pensionales.

Impera precisar, que esta postura ha sido avalada también por las sentencias con radicados 33083 del 22 de noviembre de 2011⁸, 31314 del 6 de diciembre de 2011⁹, 46292 del 3 de septiembre de 2014¹⁰, 47125 del 27 de septiembre de 2017¹¹ y 47125 del 14 de noviembre de 2018¹² y 1452 del 3 de abril de 2019¹³.

La definición de esta clase de litigios inicialmente estuvo orientada por la **nulidad** del cambio de régimen pensional, y hoy por la figura de la **ineficacia** del traslado¹⁴, pero en esencia, lo que siempre se ha resaltado y es determinante, es que medie una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada y exenta de cualquier apremio, donde se le ponga de presente al afiliado los beneficios, pero también las desventajas de cada uno de los regímenes. Así por ejemplo, en la sentencia con

⁷ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL12136-2014, con radicado No. 46292, de fecha 3 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁸ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 33083, de fecha 22 de noviembre de 2011, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

⁹ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31314, de fecha 6 de diciembre de 2011, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

¹⁰ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 46292, de fecha 3 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

¹¹ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 47125, de fecha 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

¹² Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 47125, de fecha 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

¹³ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sentencia con radicado No. 1452 de fecha 3 de abril de 2019 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

¹⁴ Al respecto, es oportuno recordar que en sentencias como la 33089 del 22 de noviembre de 2011 y la 46292 del 18 de octubre de 2017 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se trata de igual modo las figuras de ineficacia y nulidad del traslado de régimen pensional.

radicado No. 31989¹⁵ de fecha 9 de septiembre de 2008, cuando no existe una determinación en estas condiciones, la Corte Suprema afirmó:

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, [es] no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

hy

(...) Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado..., ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social (...) la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna.

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

(...) Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.

Por último, es oportuno traer a colación las hipótesis que en criterio de la Sala de Casación Laboral generan la **ineficacia del traslado de régimen**, que fueron sintetizadas en la sentencia del 27 de septiembre de 2017, bajo radicado **47125**¹⁶, así:

¹⁵ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia con radicado No. 31989, de fecha 9 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo Adolfo López Villegas.

¹⁶ Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL19447, radicado No. 47125, de fecha 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

- (i) La insuficiencia de la información que genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho;
- (ii) No es suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad;
- (iii) En los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

5.4. Caso concreto.

La accionante acude al presente mecanismo, aduciendo que nació el 24 de julio de 1964, a partir del 15 de enero de 1997 cambió de régimen pensional, inicialmente con Protección y posteriormente con Porvenir S.A. desde el 30 de noviembre del 2002 hasta la actualidad, sin que ninguna de las dos administradoras de pensiones en mención le suministrara información veraz, clara y honesta de los beneficios y desventajas que traería el tránsito aludido.

La AFP Porvenir SA, Protección SA, y Colpensiones al dar respuesta al escrito introductorio expresaron que en efecto ROCÍO INÉS SEÑA LEÓN se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y que el mismo operó al haberse realizado de manera libre y voluntaria.

Sosteniendo que a la trabajadora no se le brindó la información necesaria, pertinente y veraz sobre el cambio de régimen, la primera instancia acogió la pretensión de declarar ineficaz el traslado de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, realizado en 1997 y 2002; ordenando a Colpensiones recibir a la accionante como si nunca hubiere sido desafiliado de ese fondo y a Porvenir SA remitir los saldos de la cuenta individual junto con los rendimientos financieros al fondo de prima media con prestación definida.

Porvenir SA censura la anterior decisión, argumentando que hubo una indebida valoración probatoria, toda vez que demostró que no existió vicio alguno de consentimiento en la afiliación, ni faltó al deber de veracidad, lo cual se evidenció en la firma del formulario de inscripción y en la constancia de reasesoría. El funcionario de Porvenir que atendió a la demandante le indicó que tendría un mayor monto de pensión y se jubilaría en un menor tiempo si se vinculaba al RAIS, dicho que no es falaz; además, sin que en término la accionante ejerciera el derecho de retractación que tenía habiendo sido debidamente informada de ello.

Respecto de estas críticas, en primer lugar se traerá a colación la declaración vertida en el juzgamiento, para determinar si con base en esta, hubo una indebida valoración probatoria.

En tal sentido, se cuenta con declaración de parte de la demandante Rocío Inés Seña León, quien manifestó ser licenciada en administración educativa; respecto a los hechos de la demanda indicó que para el momento en que decidió hacer el traslado de fondo era profesional, resaltó que al iniciar su vida laboral los aportes se hacían al Seguro Social, la decisión de su traslado obedeció a unas garantías que ofrecieron en el nuevo fondo, le informaron que tendría mayor rentabilidad y dicha rentabilidad se la retornarían, no le informaron sobre la posibilidad de retornar al fondo público. La manifestación de voluntad fue libre, su interés de cambio obedeció a las garantías que ofrecieron en dicho momento; finalmente, señaló que no fueron totalmente claros.

Esta declaración junto con las documentales allegadas son instrumentos de convicción coherentes y consistentes, en dar cuenta que para el momento en que la accionante empezó a cotizar en Protección y posteriormente en Porvenir SA, no le fueron informadas todas las etapas del proceso, desde la antesala de afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, relevando que debía tratarse de información comprensible para una persona no versada en el tema, en donde entendiera las consecuencias que traería su elección de régimen pensional, no solo con las ventajas, sino como lo tiene sentado la Corte Suprema de Justicia, cumpliendo el deber del buen consejo, donde se hicieran ver las distintas alternativas con que se contaba, e inclusive los inconvenientes o desventajas que el cambio de régimen conllevaba.

No obstante, lo que se evidencia de los medios de conocimiento que obran en el plenario, es que la razón principal por la que la demandante se afilió en su momento a PROTECCION, fue la terminación del ISS, una promesa somera de una mejor y más pronta pensión, pero nunca le fueron explicados los factores negativos del cambio; en esa medida no fue una determinación consciente de lo que implicaba el traslado; no fue debidamente asesorada. Es por ello, que se concluye que Porvenir y Protección faltaron a su obligación de suministrar información veraz y suficiente, pues ninguna de las dos administradoras acreditó lo contrario, especialmente para el momento que surge el cambio de régimen.

Resaltando por demás, que el documento enviado a la demandante el 29 de octubre de 2010, denominado asesoría “11 años” en nada acredita la suficiencia de información con la que debía contar la actora al momento del cambio de régimen, pues es éste el momento en el que al pretender hacer el traslado se debe informar de manera suficiente a los afiliados no solo sobre los beneficios, sino también sobre las complicaciones y desventajas del nuevo régimen.

En este estado de cosas, no tiene vocación de prosperidad la indebida valoración probatoria endilgada, puesto que Protección SA y PORVENIR incumplieron con los deberes y obligaciones que les correspondían a la hora de afiliar a la demandante en

esas administradoras, contexto en que surge la responsabilidad profesional que la jurisprudencia ha decantado, y que tiene a partir de los deberes de información impuestos por el ordenamiento; es el incumplimiento de estos el que genera las consecuencias desfavorables de esta acción.

Ahora, si bien se allegó el formato de solicitud de afiliación a Porvenir y a Protección – Archivo adjunto al OneDrive denominados “CD Expediente Protección” y “CD Expediente Porvenir”, en donde se encuentran las casillas denominadas “Voluntad del Afiliado”, las cuales se encuentran rubricadas por la demandante, y allí se hace constar que la selección del RAIS no fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones; el fondo privado de pensiones no cumplió con la carga de demostrar, como se ha indicado jurisprudencialmente, que la actora haya tomado una decisión libre, consciente, voluntaria y debidamente informada de las consecuencias que le acarrearía el cambio de régimen. De hecho, al revisar el material probatorio allegado al proceso, a excepción del documento mentado y la asesoría “11 años”, no se encuentra prueba alguna que demuestre que esa entidad documentó clara y suficientemente a la accionante sobre los efectos de trasladarse del RPMPD al RAIS; por el contrario, con la declaración de Rocío Inés Seña León, se corroboró que no se brindaron datos idóneos para tomar una determinación de tal naturaleza.

Ahora, si bien la demandante en sus declaraciones manifestó que su voluntad había sido expresada de forma libre, se resalta que dicha manifestación de voluntad no bastaba con que fuese libre, sino que la misma debía ser una manifestación de voluntad informada, entendiendo la magnitud de las decisiones que asumía y entendiendo las ventajas y desventajas que traería el tránsito aludido.

A su vez, se memora que las obligaciones de información que tienen las aseguradoras de pensiones, surgen de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, los cuales, eran totalmente exigibles para el momento del traslado de régimen pensional de la demandante.

En lo que atañe al planteamiento del recurso de apelación, relacionado con el estudio de la aclaración de voto emitida dentro de la sentencia SL68852 de abril del año 2019, cuya Magistrada Ponente fue la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde los magistrados Jorge Luis Quiroz Alemán y Roberto Echeverri Bueno, consideraron acertada la decisión tomada, pero bajo el entendido de que la ineficacia del traslado depende de la afectación de garantías específicas de los afiliados. Nada se dijo acerca de la postura relacionada con la suficiencia de información requerida a los Fondos para efectuar el proceso de traslado, siendo ese precisamente el eje del debate en el presente asunto.

Es decir, frente al caso en particular lo que se evidencia es la carencia de información la cual ha sido la constante por parte de los fondos de pensiones privados, quienes no hicieron claridad sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, no hicieron comparativos, no le informaron la pensión aproximada que

podría recibir, así como tampoco documentaron de manera clara y precisa a la demandante en el caso particular.

Con esta decisión, no se desconcen los requisitos que legal y jurisprudencialmente se han establecido para los traslados de régimen, pues lo aquí discutido es la libertad y voluntad de afiliación al Sistema General de Pensiones, que es previa y diferente a los traslados entre regímenes allí previstos.

Así las cosas, la declaración de ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad adoptada por el *a quo*, en el presente caso, no merece reparo alguno, debiendo ser confirmada.

5.5. De los Gastos de Administración.

Porvenir pretende que se le exonere de la devolución de los Gastos de Administración, puesto que esa devolución está en contravía de lo dispuesto por el artículo 20 de la ley 100 de 1993 cuyo porcentaje del aporte corresponde al 3%, así como de un concepto de la Superintendencia Financiera del 15 de enero de 2020, cuyo radicado dijo era el 2015152169-003, citación que aparece errónea.

Para resolver este cuestionamiento basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado, el fondo privado ha de restituir la totalidad de los aportes hechos por el trabajador, y estos implican la devolución del 3% que en el régimen de ahorro individual, el fondo destina como gastos de administración; con ocasión de los efectos de la ineficacia se ordena así mismo la restitución de los rendimientos generados por dichos aportes. Así lo ha dicho la jurisprudencia desde antaño:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”¹⁷

¹⁷ Sentencia CSJ del 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, M.P Eduardo López Villegas

Así las cosas, el reparo planteado sobre este particular, no prospera.

Se confirmará integralmente la decisión recurrida y consultada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

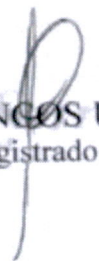
RESUELVE

PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida el 16 de julio de 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal.

SEGUNDO. Condenar en costas de esta instancia a Porvenir SA y a Colpensiones, como agencias en derecho 1 salario mínimo legal mensual vigente a cargo de las recurrentes.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Notifíquese esta decisión conforme al procedimiento establecido en el Decreto 806 de 2020.


GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada


ALVARO VINCOS URUEÑA
Magistrado


JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado