

5XX1

Apelación – Consulta Sentencia.
Demandante: Martha Nelly Galindo López.
Demandados: Colpensiones, Old Mutual S.A. y Porvenir S.A.
Radicación: 85001-31-05-001-2019-00263-01



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

Yopal, tres (03) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral.

Parte demandante: Martha Nelly Galindo López

Parte demandada: Colpensiones, Old Mutual S.A. y Porvenir S.A.

Radicación: 85001-31-05-001-2019-00263-01.

M.P.: Gloria Esperanza Malaver de Bonilla.

Sentencia discutida y aprobada mediante acta N° 7 del 3 de febrero de 2021

1. ASUNTO

Resolver grado de **CONSULTA** y desatar la **APELACIÓN** interpuesta por Colpensiones, Old Mutual y Porvenir, contra la sentencia del 29 de septiembre del 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal.

2. ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Demanda.

MARTHA NELLY GALINDO LÓPEZ, promovió demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Old Mutual S.A. 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 la demandante a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Old Mutual y Porvenir.
- Condenar a las Sociedades Administradoras de Pensiones y Cesantías – Old Mutual y Porvenir, a trasladar los aportes realizados y los rendimientos financieros por las cotizaciones de la demandante a Colpensiones.
- Se condene a Colpensiones a tener al demandante como si nunca hubiere sido desafiada 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 20 de diciembre de 1967, actualmente se encuentra cotizando al Sistema General de Pensiones, inicialmente a través del RPM, hoy administrado por Colpensiones y posteriormente en el RAIS con Old Mutual S.A. y Porvenir S.A.
- A partir del mes de septiembre de 1994 la demandante cambió de régimen pensional, inicialmente con Porvenir S.A. y posteriormente con Old Mutual S.A. desde agosto de 2008; esto sin que ninguno de los fondos mencionados 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 Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones, que la demandante fuera trasladada del RAIS al RPMPD, Porvenir por su parte no ha dado respuesta la solicitud elevada, Old Mutual indicó que la reclamación hecha no era procedente y Colpensiones no ha dado respuesta la solicitud realizada.

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.

La 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 considerar que no era de su conocimiento si Porvenir había suministrado una información clara, eficaz y transparente para realizar el traslado y que en consecuencia era deber de la demandante acreditar esos supuestos.

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 pensional – en cualquier tiempo, (iii) buena fe por parte de Colpensiones, y (iv) declaratoria de otras excepciones.

2.3.2 Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A.

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 – Old Mutual S.A.

El representante de Old Mutual 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 Old Mutual; (iii) cobro de lo no debido, (iv) buena fe, (v) innominada o genérica.

3. SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* en sentencia del 29 de septiembre del 2020, declaró ineficaz los traslados realizados por la accionante a las AFP Old Mutual S.A. y Porvenir S.A.; como consecuencia de ello ordenó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, entidad que debe recibir a la demandante como si nunca hubiere sido desafiliada; ordenó el traslado de 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 MARTHA NELLY GALINDO LÓPEZ tomara una determinación adecuada sobre el traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, considerando que no le fueron suministrados datos ciertos 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 de la parte actora y a cargo de cada una de las demandadas.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Colpensiones

Solicita estudiar el tema concerniente a la condena en costas, indicando que al ser Colpensiones una entidad estatal, por principio de la sostenibilidad financiera la condena impuesta debe ser revocada; así mismo, indicó que la defensa ejercida se ha realizado de buena fe, señalando además que Colpensiones no ha vulnerado ningún derecho de la demandante y, que fue ella misma quien de manera voluntaria y libre decidió cambiarse de fondo, por ende no se le puede exigir la misma carga de la prueba que a la de los fondos privados.

4.2. Porvenir S.A.

No comparte los fundamentos del fallo y solicita revisar la totalidad del material probatorio allegado al expediente, así como las circunstancias de tiempo modo y lugar, pues el despacho omite los múltiples traslados de la demandante. Las pruebas allegadas al proceso denotan el actuar negligente y omisivo, de la demandante, mismo que fue ratificado en la demanda, pues su movilidad denota el conocimiento que tenía del traslado con lo que se evidencia que no se trataba de una ausencia de información, sino que por el contrario denota el interés de beneficiarse indebidamente del precedente jurisprudencial.

La accionante no ejerció el derecho de retractación y en consecuencia nunca manifestó su voluntad de regresar al fondo público. Asegura que el demandante no mostró prueba alguna que probara que cumplió con las obligaciones o deberes que establece el decreto 2241 de 2010, especialmente su artículo 4.

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 no se condene en costas porque siempre ha actuado de buena fe, con lealtad procesal y, la comparecencia a estas instancias se debe a la omisión de la demandante.

4.3. Old Mutual S.A.

El despacho es contradictorio al indicar que por un lado se declara la ineficacia del traslado de régimen debido a que Porvenir S.A. no aportó prueba, y que a su vez con la demanda se ataca dicho traslado; no obstante, no se refiere a las afiliaciones posteriores, ni la movilidad de la demandante dentro del RAIS. No se entiende porque se hace condena en contra de Old Mutual si lo que se ataca es el traslado de régimen y no la movilidad.

A su vez reprocha la devolución de los gastos de administración dado que estos son destinados para proteger al afiliado, en caso de muerte e invalidez y, parte de estos dineros están en otros fondos que no fueron citados por el despacho.

No comparte la condena en costas, porque la tesis del despacho es la ineficacia del traslado y esto en nada afecta la movilidad posterior que se hizo en el RAIS.

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, (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, y (iii) 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.

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.

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, 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. Ely 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 inejecación 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 hiciera 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.

La accionante acude al presente mecanismo, aduciendo que nació 20 de diciembre de 1967; a partir del mes de septiembre del año 1994 cambió de régimen pensional afiliándose a Porvenir S.A. y posteriormente a Old Mutual en agosto de 2008, esto sin que ninguna de las administradoras de pensiones en mención le suministraran

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.

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

La AFP Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones al dar respuesta al escrito introductorio expresaron que en efecto MARTHA NELLY GALINDO LÓPEZ 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 trabajadora 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 desafiada de ese fondo y, a Old Mutual S.A. y Porvenir S.A. remitir los saldos de la cuenta individual, junto con los rendimientos financieros al fondo de prima media con prestación definida.

Porvenir S.A. 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; además, sin que en término el accionante ejerciera el derecho de retractación que tenía habiendo sido debidamente informada de ello.

Old Mutual por su parte reprocha los efectos de ineficacia en su contra, pues la ineficacia en mención afectó el primer traslado y no la movilidad ocurrida al interior del RAIS.

Respecto de estas críticas, en primer lugar se traerá a colación las pruebas vertidas en el juzgamiento, para determinar si con base en estas, hubo una indebida valoración probatoria.

En tal sentido, se cuenta los archivos adjuntos aportados por las demandadas Porvenir y Old Mutual, los cuales se encuentran adjuntos al OneDrive y se denominan como "10AnexosConstestacionOldMutual.pdf" y "13AnexosContestaciónPorvenirSA.pdf", de acuerdo a sus nombres respectivamente; en ambos documentos aportados por las demandadas y apelantes en este caso, se verifica el historial administrativo de la demandante en cada uno de los fondos.

En el interior de los anexos de Old Mutual se constata el estado de cuenta de la accionante, así como el formato de afiliación a quien entonces se llamaba Skandia, hoy Old Mutual, no obstante allí no aparece ninguna otra documentación que acredite la suficiencia de información sobre los efectos del traslado de régimen.

Por su parte, el Fondo de pensiones Porvenir, en los documentos anexos aportados se observa la relación de aportes, el histórico de movimientos, así como un formato

de afiliación del año 1994, entre otros documentos que en nada acreditan que dicha administradora hubiese documentado e informado a la accionante sobre los efectos del cambio de régimen.

Además de lo señalado, no existen documentos u otro medio de prueba que acredite que tanto la demandada Porvenir S.A., como Old Mutual S.A., hubiesen informado de manera clara, veraz, suficiente y oportuna al accionante sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, especialmente sobre las desventajas o pérdida de derechos que ello significaba. Sin prueba que acredite el cumplimiento de su deber de información, no pueden salir avantes los reparos planteados.

La prueba documental anexa por la demandante, es instrumento de convicción consistente, para dar cuenta que para el momento en que la accionante hizo su afiliación y empezó a cotizar en Porvenir S.A. y posteriormente en Old Mutual S.A., no le fueron informadas todas las etapas del proceso, desde la antesala de afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, destacando 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 incluso 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 luego al Old Mutual, fue una promesa somera de una mejor y más pronta pensión, pero no una determinación consciente de lo que implicaba, debidamente asesorado e informado y libre de todo apremio. Es por ello, que se concluye que Porvenir y Old Mutual faltaron a su obligación de suministrar información veraz y suficiente.

En este estado de cosas, no tiene vocación de prosperidad la indebida valoración probatoria endilgada, puesto que Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. 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 esos deberes el que genera las consecuencias desfavorables de esta acción.

Ahora, si bien se allegaron los formatos de solicitud de afiliación tanto a Porvenir, como a Old Mutual, en los archivos adjuntos mencionados anteriormente, denominados "10AnexosConstestacionOldMutual.pdf" y "13AnexosContestaciónPorvenirSA.pdf", en donde se encuentran las casillas denominadas "Solicitud de Vinculación", rubricadas por la demandante respectivamente en cada uno de los fondos, y se hace constar que la selección del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones; los fondos privados

de pensiones no cumplieron con la carga de demostrar, como se ha indicado jurisprudencialmente, que la actora 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 de los documentos mentados, no se encuentra prueba alguna que demuestre que esas entidades documentaron clara y suficientemente a la accionante sobre los efectos de trasladarse del RPMPD al RAIS; por el contrario, se corroboró que no se brindaron datos idóneos para tomar una determinación de tal naturaleza.

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 del demandante.

Así mismo, en lo que respecta a la supuesta contradicción del fallo propuesta por el apoderado de Old Mutual, bajo el argumento que el juez declaró la ineficacia del primer traslado y no la movilidad que hubo dentro del RAIS, vale la pena recordar que es a partir del cambio de régimen pensional que se valora la eficacia del tránsito, al punto que de encontrarse viciada ésta, tendría la virtualidad de dejar sin efectos las posteriores vinculaciones a otras aseguradoras dentro del mismo régimen.

Así lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia bajo el radicado No. 31989 4 de 2008, en los siguientes términos:

“Ahora, de encontrarse que, en efecto, esa entidad obró en ese modo, la declaratoria de ineficacia que se haga del mismo, tiene la capacidad de dejar sin efecto las afiliaciones posteriores, ya que éstas, en los términos de la Sala de Casación Laboral no convalidan la actuación viciada, como tampoco ratifican el cambio de régimen que ocurrió por el engaño y la desinformación.”

Pero además, Old Mutual es la administradora que hoy tiene los dineros pensionales de la demandante y por ende quien tiene la carga de reintegrarlos, y como se acreditó con las pruebas allegadas, tampoco cumplió con la carga de demostrar la suficiencia de información que debía tener con la afiliada, por lo que no habría lugar alguno a prosperar su reparo propuesto.

En lo que atañe al planteamiento del recurso de apelación propuesto por Porvenir, 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, se precisa que lo considerado el magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán y también abordado por el magistrado Roberto Echeverri Bueno, es acertado, pero bajo el entendido que, la ineficacia del traslado dependerá de la afectación de las garantías específicas de cada uno de afiliados. Específicamente el magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán en su aclaración dijo:

“De lo expuesto, surge la necesidad de abordar los casos de nulidad de traslado de régimen pensional con la puntualidad que demandan las particularidades de los diferentes supuestos fácticos...”¹⁷

Es decir, alrededor de la suficiencia de información que debían tener los fondos para efectuar el proceso de traslado con los afiliados, nada se dijo, cuestión esta que es precisamente el eje del debate en el presente asunto y que genera la ineficacia discutida.

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 los gastos de administración

OLD MUTUAL pretende que se le exonere de la devolución de los Gastos de Administración, puesto que estos dineros son destinados para proteger al afiliado, en caso de muerte e invalidez y parte de estos dineros están en otros fondos que no fueron citados por el despacho.

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

¹⁷ Aclaración de voto Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, sentencia SL68852 de abril del año 2019, M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”¹⁸

La misma tesis ha sido revalidada recientemente la cual frente a los gastos de administración ha indicado:

“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades de régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL31989, 9 seo. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL 2688-2019)”¹⁹

Además frente a la tenencia de parte de estos dinero en cabeza de otras administradoras, se resalta que la demanda en este tipo de procesos deberá dirigirse necesariamente contra la primera administradora quien realizó el traslado y la última quien detenta los fondos del afiliado, por lo que será esta última quien responda por el reintegro, siendo una cuestión ajena las demás administradoras del RAIS.

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

5.6. De la condena en costas.

El *a quo* impuso costas procesales en contra de las demandadas, Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones, las cuales recurren tal determinación. 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. Old Mutual no comparte tal decisión dado que la tesis del despacho es la ineficacia del traslado y esto en nada afecta la movilidad posterior que se hizo en el RAIS. 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 que por principio de la sostenibilidad financiera no se le debe condenar.

Al respecto, se recuerda que 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 interpretación

¹⁸ Sentencia CSJ del 9 de septiembre de 2008, expediente N° 31989, M.P. Eduardo López Villegas

¹⁹ Sentencia SL3464-2019 de la Sala de Casación Laboral de la CSJ del 14 de agosto de 2019, radicación N° 76284, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

análoga 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...

En este caso, la condena respecto de las demandadas se da por la oposición al cambio de régimen de la actora, indicando además que, debido a la falta de información de Porvenir se dio origen al traslado de fondo que tuvo el actor y como consecuencia de esto el cambio régimen, motivo por el cual le asiste responsabilidad a la demandada y recurrente en este caso, responsabilidad que por demás pretende ser desvirtuada a través de las excepciones planteadas por el fondo en mención.

Old Mutual por su parte es responsable, debido a que es la entidad quién actualmente tiene los dineros de la demandante, la cual a propósito niega el retorno de la actora presentando oposición, formulando excepciones.

Así mismo Colpensiones niega el retorno de la afiliada aun cuando se le remiten solicitudes; al contestar la demanda igualmente propone excepciones y presenta en el transcurso del proceso una oposición constante. Con estos argumentos este Tribunal ha mantenido su postura respecto de la condena en costas.

En consecuencia, la condena impuesta en primera instancia a Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y a Colpensiones es adecuada y, como quiera que emplearon el recurso de apelación resuelto adversamente, serán condenas a pagar las costas de 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 29 de septiembre del 2020, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Yopal.

SEGUNDO. Condenar en costas de esta instancia a Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y a Colpensiones. Como agencias en derecho se fija el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, a cada una.

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

ÁLVARO VINCOS URUEÑA
Magistrado (con permiso)



JAIRO ARMANDO GONZALEZ GÓMEZ
Magistrado

