



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

Yopal, seis (06) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral.

Parte demandante: Luz Marina Moreno Riveros.

Parte demandada: Porvenir SA y Colpensiones.

Radicado: 85001-31-05001-2019-00313-01.

M.P.: Gloria Esperanza Malaver de Bonilla.

Proyecto discutido y aprobado mediante acta N°. 31 del 6 de mayo de 2021.

1. ASUNTO

Resolver grado de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, y desatar la **APELACIÓN** interpuesta por Porvenir contra la sentencia del 24 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Yopal.

2. ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Demanda.

LUZ MARINA MORENO RIVEROS 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 la demandante a la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías - Porvenir.
- Declarar que la demandante no ha sido desafiliado o desvinculado del régimen de prima media con prestación definida – Colpensiones.
- Declarar que la entidad que pensione a la actora deberá hacerlo dentro del marco de la situación más favorable.
- Condenar a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Porvenir, a trasladar los aportes realizados, rendimientos financieros y gastos de

administración de las cotizaciones efectuadas por la demandante a Colpensiones.

- Se condene a Colpensiones a tener a la 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 demandante nació el 07 de enero de 1965, labora con CAPRESOCA EPS, en donde ha cotizado al Sistema General de Pensiones, inicialmente a través del RPMPD, hoy administrado por Colpensiones y posteriormente en el RAIS, con Porvenir.
- Hasta el año 1995, la accionante estuvo vinculado al régimen de prima media con prestación definida.
- A partir de enero del año 1996, la demandante empezó a cotizar con el Régimen de Ahorro Individual, en la Administradora Porvenir SA., dicho cambio se realizó sin que Porvenir le informara de manera veraz, clara y honesta, los beneficios y desventajas que traería consigo el tránsito.
- El día 01 de octubre de 2019, la demandante radicó reclamación ante Colpensiones solicitando el traslado de régimen debido al engaño que fue sometida, pero no tuvo respuesta alguna.
- El día 01 de octubre de 2019, la demandante radicó reclamación ante Porvenir, solicitando el traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual y que se declarara ineficaz, sin que hasta el momento haya obtenido respuesta.

2.3 Admisión y contestaciones.

Mediante auto del 29 de noviembre de 2019, fue admitida la demanda por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Yopal.

2.3.1 Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

La representante judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones dio respuesta a la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones promovidas, considerando que no se estructuran los presupuestos fácticos ni legales para la prosperidad de las elevadas.

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, (iv) declaratoria de otras excepciones.

2.3.2 Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Porvenir SA.

El representante judicial de Provenir se opuso a todas las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que el traslado de la 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, habiendo sido asesorado por la aseguradora sobre todos los aspectos que generaba el traslado.

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

3. SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 24 de noviembre de 2020, se declaró ineficaz el traslado realizado por la demandante Luz Marina Moreno Riveros a la AFP Porvenir SA y como consecuencia, ordenó que retorne al régimen de prima media con prestación definida, administrada por Colpensiones, la cual debe recibir a la demandante como si nunca hubiere sido desafiliad.

Dispuso que la AFP Porvenir en el término de 10 hábiles siguiente a la ejecutoria de esa decisión, realizara el traslado a Colpensiones de la totalidad de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración debidamente indexados y demás sumas ahorradas por la demandante durante el tiempo de vinculación.

Lo anterior, con fundamento en que el ingreso realizado por la demandante a la AFP Porvenir, no fue totalmente libre, ya que Porvenir no le brindó la información adecuada, oportuna, veraz y comparativa, para que tomara la determinación de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

Frente a la pretensión de la demandante del reconocimiento de pensión de vejez, se indicó que hasta el momento la actora no ha agotado la reclamación administrativa lo cual es un requisito de procedibilidad. Ha de adelantar dicho trámite.

Se declaró probada la excepción de buena fe formulada por Colpensiones, y como no probadas las demás propuestas por Colpensiones y Porvenir, así mismo, se absolvió a las demandadas de las demás pretensiones.

Finalmente, condenó en costas de un 60% a las entidades demandadas ante la prosperidad de las pretensiones de la demandante; fijó como agencias en derecho la suma de un millón de pesos.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Porvenir.

Manifestó que no comparte los fundamentos fácticos y jurídicos del fallo; solicita revisar el material probatorio allegado, así como las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio el traslado. No se realizó una valoración probatoria completa, no tuvo en cuenta las pruebas obrantes donde se evidencian que los asesores de Porvenir S.A, brindaron información comprensible de los efectos del cambio de régimen pensional, dentro del marco de la libre escogencia y la libertad informada, lo que genera que sea eficaz el traslado realizado.

Solicita la aplicación de la aclaración de voto del Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia 68852 de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 3 de abril de 2019, en donde dicho magistrado trae como crítica el descuido de la afiliada frente a los traslados pensionales y que lo único que pretende es beneficiarse indebidamente de un precedente jurisprudencial.

En caso de ratificarse el fallo de primera instancia, solicita que el Honorable Tribunal revoque lo concerniente a los gastos de administración y la indexación, reevaluando el material probatorio; aplicando el artículo 20 de la ley 100 de 1993, así como los conceptos de la Superfinanciera donde se señala la inviabilidad de devolver estos gastos. Porvenir nunca ha tenido un beneficio económico, al contrario ha acrecentado la cuenta individual de la accionante.

Finalmente Porvenir S.A, pide exoneración en costas, porque siempre ha actuado de manera decorosa y con lealtad procesal.

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:

“[E]ntendiéndose 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 procedente declarar ineficaz el traslado de la demandante Luz Marina Moreno Rivera del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, al no haber recibido información clara y suficiente al momento del traslado y, como consecuencia de ello ordenar a Colpensiones a recibir los aportes del demandante sin solución de continuidad y **(ii)** si debe revocarse la condena relativa al reintegro de gastos de administración indexados, y las costas.

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 vinculación a una AFP, 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 menoscaban 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**

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.

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 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

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.

- (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 in

suficiente, genera el cambio o pérdida de régimen, en la medida que se adopta una decisión sin el pleno conocimiento de las consecuencias que ello 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, 1452 del 3 de abril de 2019¹³ y la SL-373 del 10 de febrero de 2021.

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.

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 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.

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.

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 el 07 de enero de 1965 y actualmente labora con Capresoca EPS; donde ha cotizado al Sistema General de Pensiones, inicialmente a través del RPMPD, hoy administrado por Colpensiones y posteriormente en el RAIS, con Porvenir.

Hasta el año 1995, la demandante estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida, pero a partir de enero del año 1996 empezó a cotizar con el Régimen de Ahorro Individual, con la Administradora Porvenir S.A; cambio realizado sin que Porvenir le informara de manera veraz, clara y honesta, los beneficios y desventajas que traería consigo el tránsito.

La AFP Porvenir SA y Colpensiones al dar respuesta a la contestación de la demanda, manifestaron que efectivamente Luz Marina Moreno Riveros se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, que ella era conciente de haber realizado el cambio de manera libre y voluntaria.

Porvenir SA reprocha la decisión adoptada en el fallo de primer instancia, argumentando que no se hizo una valoración probatoria exhaustiva, debido a que se demostró que Porvenir SA no indujo a la actora en ningún vicio del consentimiento a la hora de la afiliación, ni faltó al deber de veracidad, situación que se evidencia en la firma del formulario de afiliación; así mismo, la accionante tuvo movilidad dentro del RAIS, lo cual permitió que en varias oportunidades gozara del

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.

derecho de retractación, mecanismo que la ley otorga a los afiliados pero que no usó. En ningún momento ha vulnerado el derecho a la libertad de información y de escogencia de régimen pensional.

Repecto 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, si se revisan las pruebas adjuntas aportadas por Porvenir, se evidencia la solicitud de cambio de régimen hecha por la demandante, así como la afiliación al fondo de pensiones y cesantías Horizonte, fechado el 22 de febrero de 1996, pensiones y cesantías Davivir el 07 de febrero de 2000 y por último a pensiones y cesantías Horizonte el 17 de febrero de 2009, pero a más de lo mencionado, no existe ningún documento, folleto informativo, cuadro comparativo o prueba que demuestre que el fondo pensional suministró a la accionante información comprensible, clara y completa sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Dentro de las pruebas documentales aportadas por la parte demandante, se observa que desde el momento de la afiliación al fondo privado, 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, situación que no cumple con el precedente de la Corte Suprema de Justicia cumpliendo el deber de suministrar información necesaria, el buen consejo, el deber de la doble asesoría y el deber de información, en aras de hacer ver las distintas alternativas con que se contaba, e incluso los inconvenientes o desventajas que el cambio de régimen conllevaba.

En este estado de cosas, resulta claro para esta Colegiatura que Porvenir S.A. incumplió con los deberes y obligaciones que le correspondían a la hora de afiliar a la 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 – Archivo adjunto al OneDrive, como carpeta administrativa, se evidencia que donde se encuentra la casilla denominada “Voluntad de Afiliación”, la cual se encuentra rubricada por la demandante y se hace constar que la selección del RAIS fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones; este solo documento no prueba que el fondo cumplió su obligación de informar clara y suficientemente al accionante, sobre los efectos de trasladarse del RPMPD al RAIS; por el contrario, de las pruebas y de las declaraciones rendidas por las partes, se corroboró que no se brindaron datos idóneos para tomar una determinación debidamente informada.

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.

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, 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 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*, 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, así como de la indexación de los mismos, habida cuenta que dichos gastos se hacen por un descuento de consagración legal. Así mismo señala que el artículo 60 de la ley 100 de 1993, no menciona que los gastos de administración hagan parte del capital con el cual se va a financiar una posible pensión a los afiliados. Por otra parte pide se haga una ponderación en lo que corresponde a los descuentos por gastos de administración y lo que fue generado por rendimientos

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

debido a la buena gestión de la demandada, teniendo en cuenta que los rendimientos fueron superiores y acrecentaron la cuenta individual del afiliado.

Frente al reparo de exonerar a porvenir de la devolución de los Gastos de Administración, lo primero es indicar que 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.”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

No obstante lo anterior, en lo que respecta al segundo de los cuestionamientos encamidado a reprochar el tema de la indexación de los Gastos de Administración, vale la pena señalar que ni la jurisprudencia, ni la ley han determinado la actualización de ese dinero, máxime cuando en el evento en que nos encontramos esa cifra fue empleada por el fondo para los gastos relacionados con la gestión administrativa que realiza, así como para cubrimiento de las pólizas e inversiones

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.

que hace la administradora, mismas que integran la rentabilidad de los aportes, que en la sentencia se ordenó devolver al fondo público. No es posible mantener la condena por indexación impuesta sobre los gastos de administración.

Así las cosas, el reparo planteado sobre este particular, prosperará únicamente frente a la indexación de los gastos de administración.

5.6. De la condena en costas.

El *a quo* impuso costas procesales en contra de las demandadas, recurriendo la misma solo Porvenir, alegando buena fe en su actuar.

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 analógica 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 Colpensiones; 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 a Porvenir se da por su oposición constatale al cambio de régimen del actor; resaltando además que, desde el derecho de petición elevado ante dicha entidad, la misma asumió una posición tajante en negar el retorno al sistema de primar media, y el proceso manifestó oposición a la pretensión central, llegando incluso a proponer excepciones de mérito a fin de impedir el reintegro al fondo público. En estos términos la condena ha de mantenerse, como en este tipo de asuntos ya lo tiene sentado este Tribunal.

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 noviembre de 2020, por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Yopal.

SEGUNDO. Condenar en costas en esta instancia a Porvenir SA. Como agencias en derecho se señala la suma equivalente a un SMLMV.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Las partes se notifican en ESTRADOS.



GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada



ALVARO VINOS URUEÑA
Magistrado



JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado