



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

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

Proceso ordinario laboral de primera instancia.

Parte demandante: José Orlando Hernández Pérez.

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

Radicación: 850013105002-2020-00080-00

M.P.: Gloria Esperanza Malaver de Bonilla.

Sentencia discutida y aprobada mediante acta No. 31 del 6 de mayo de 2021.

1. ASUNTO

Resolver grado de **CONSULTA** a favor de Colpensiones y desatar la **APELACIÓN** interpuesta por Protección S.A y Porvenir S.A, contra la sentencia del 10 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Yopal.

2. ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.1 Demanda.

JOSÉ ORLANDO HERNÁNDEZ PÉREZ promovió demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A, Fondo de Pensiones y Cesantías - Colfondos 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.
- Declarar ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad realizado por el demandante a Fondo de Pensiones y Cesantías - Colfondos
- Declarar ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad realizado por el demandante a Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

- Se condene al Fondo de Pensiones -Porvenir- a transferir todos los aportes y rendimientos financieros realizados por el demandante José Orlando Hernández Pérez a la Administradora Colombiana de Pensiones – 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 junto con el régimen de transición.
- Condenar en costas procesales y agencias en derecho a que haya lugar.

2.2 Hechos relevantes.

- El accionante nació el 20 de abril de 1963 y se halla laborando en con el Municipio de Yopal, 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 1992, el actor estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida.
- A partir de abril de 1996, el demandante cambió de régimen pensional al Fondo de Pensiones Protección S.A, a partir del mes de junio de 2005 el demandante realiza las cotizaciones con el Fondo de Pensiones Colfondos S.A y finalmente desde el 2015 a la fecha el actor ha realizado los aportes con Porvenir; todos estos cambios que realizó el demandante los hizo sin que se le informara de manera veraz, clara y honesta, los beneficios y desventajas que traería consigo el cambio.
- No obstante haber solicitado a Porvenir SA y Colpensiones, ser trasladado del RAIS al RPMPD, ambas administradoras de pensiones denegaron el retorno.

2.3 Admisión y contestaciones.

Mediante auto del 10 de julio de 2020, fue admitida la demanda por el Juzgado 2º 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 la mayoría de las pretensiones, salvo la declaración de la desafiliación de dicho régimen y la relativa a

la favorabilidad pensional. Contradijo las demás por considerarlas infundadas 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 pensional 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 Fondo de Pensiones y Cesantías – Colfondos

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.

Formuló como excepciones de fondo: (i) inexistencia de la obligación, (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, (iii) buena fe, (iv) innominada o genérica, (v) ausencia de vicios del consentimiento, (vi) validez de la afiliación inicial al régimen de ahorro individual con solidaridad, (vii) prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, (viii) compensación y pago y (ix) falta de agotamiento de reclamación ante Colpensiones.

2.3.3 Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías – Porvenir SA.

Se opuso a todas las pretensiones, indicando que el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual goza de plena validez; fue efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones; se brindó una asesoría clara y oportuna.

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

2.3.4 Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Se opuso a todas las pretensiones, porque el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual goza de plena validez; fue efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones y proporcionándosele asesoría sobre todos los aspectos.

Formuló como 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 10 de noviembre de 2020, declaró ineficaz el traslado realizado por el accionante a la AFP Porvenir SA; en consecuencia ordenó que

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 que dan cuenta que faltó información oportuna, precisa y veraz, para que José Orlando Hernández Pérez tomara una determinación adecuada sobre el traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, considerando que no le fueron suministrados datos veraces acerca de las consecuencias del tránsito de régimen pensional, ni se le informó los beneficios y desventajas que ello conllevaría.

Ordenó a Porvenir devolver los aportes de pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración y demás aportes realizados por el actor, esto por motivo de ser el último fondo pensional en el que cotizó el demandante.

Finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A, Colfondos y Protección S.A.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Protección S.A

Interpone recurso especialmente frente a los gastos de administración que debe devolver, puesto que no están en poder de Protección S.A, si no que hace parte de un contrato de seguro pensional para cubrir contingencias como la invalidez y la muerte, en razón a que la norma ordena a todos los fondos de pensiones que de los aportes que realizan los afiliados se efectúe un descuento para cubrir los gastos de administración y el seguro de previsión.

Solicita se tenga en cuenta el comunicado expedido por La Superintendencia Financiera el día 17 de enero de 2020, con radicado 2019152169003, que señala que los gastos de administración y de firma del seguro previsional no deberán ser devueltos en caso de declararse la ineficacia del traslado. Pide se revoque esa condena.

4.2. Porvenir S.A

Pide revisar en su totalidad el material probatorio, porque la aseguradora garantizó al actor el derecho a la libertad de escogencia y libertad informada; la asesoría suministrada por Porvenir S.A fue realizada por personal idóneo y capacitado; el traslado realizado por el actor goza de plena validez.

Solicita se tengan en cuenta que el demandante realizó traslados de régimen pensionales desde los años 1996, 2005 y 2014 y tuvo la facultad de hacer efectivo el derecho a la retractación y trasladarse al Régimen de Prima de Media.

En caso de ratificarse la decisión de primera instancia, solicita revisar la orden emitida frente a los gastos de administración, porque desconoce el artículo 20 de la

ley 100 de 1993 y genera un enriquecimiento sin justa causa y un empobrecimiento de Porvenir S.A.

Finalmente, cuestiona la condena en costas porque su actuar fue de buena fe.

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 si es procedente declarar 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 los gastos de administración recibidos por los fondos de pensiones deben ser trasladados junto con los aportes del actor a Colpensiones, y **(iii)** si hay lugar a revocar la condena en costas a Porvenir.

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

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*”.

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 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.

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.

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.

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

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.

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.

(...) 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

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.

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.

5.4. Caso concreto.

El accionante acude al presente mecanismo, informando que nació el 20 de abril de 1963 y labora con el Municipio de Yopal; en abril de 1996 se trasladó del RPMPD al RAIS Aseguradora Protección S.A; en junio de 2005 el demandante inició a cotizar

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.

con Colfondos S.A y, finalmente desde el año 2015 el actor ha realizado los aportes con Porvenir, dichos cambios realizados por el actor, en su criterio, sin que las aseguradoras suministraran información veraz, clara y honesta de los beneficios y desventajas que traería el cambio.

Es por esto que el demandante alega que las aseguradoras Colfondos S.A, Protección S.A y Porvenir S.A omitieron el deber profesional y legal de brindar información clara, completa, suficiente y detallada sobre los beneficios y consecuencias que acarrearía el traslado de régimen. Las demandadas alegan que el traslado de régimen es eficaz y debe producir plenos efectos, puesto que el demandante sí recibió información sobre los efectos del cambio, por eso suscribió el formulario de afiliación, donde expresa haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre voluntaria y sin presiones. No obstante, como bien lo ha decantado la jurisprudencia patria, para tener por acreditado un consentimiento debidamente informado sobre las consecuencias y efectos del cambio de régimen pensional, no es suficiente con firmar libremente el formulario de afiliación; con ese mero hecho no se cumple el deber de información que tiene el fondo privado.

Sobre la materia en la sentencia **SL 1688-2019**, la Sala Laboral de la Corte indicó: *“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.”*

En esa medida, sin que exista medio de prueba distinto a la referida documental, no es posible afirmar que las administradoras del régimen de ahorro individual cumplieron con la obligación de suministrar al demandante, información clara, precisa y suficiente, que le permitiera estudiar las consecuencias que produciría en su derecho pensional el efectuar el traslado de régimen. Ese argumento central que soporta la decisión cuestionada no aparece desvirtuado pese la indebida valoración probatoria que le achaca el recurrente a la sentencia que declaró ineficaz el traslado.

Lo que se demuestran de los medios de conocimiento que obran en el plenario, especialmente el interrogatorio que absolvió el actor, es que el motivo o razón principal por la que el demandante realizó el traslado al Régimen de ahorro individual fue la promesa somera de que podía pensionarse en el momento en que quisiera hacerlo y adquirir una mejor pensión; pero en realidad el fondo privado nunca demostró haber brindado al demandante una asesoría completa y suficiente a cerca de las ventajas y desventajas de efectuar un cambio de régimen. En esa

medida no se puede tener por acreditado el deber de información que tenía el fondo frente a quien pretendía realizar la afiliación.

Recuérdese que las obligaciones de información que tienen las administradoras de pensiones, surgen de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 663 de 1993 y 692 de 1994, por tanto normas plenamente exigibles a las demandadas, para el momento del traslado de régimen pensional del demandante.

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

Tanto Porvenir como Protección pretenden 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.

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

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.”¹⁸.

Habiendo en todo caso, reiterado en múltiples ocasiones¹⁹ que: “los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.” Por los efectos jurídicos de la declaratoria de ineficacia, las cosas deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación, y en esa medida lo recibido por los fondos privados ha de ser devuelto al administrador del régimen de prima media con prestación definida.

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 los fondos privados de pensiones vinculados, decisión que fue recurrida por Porvenir S.A y Protección S.A, puesto que no actuaron de mala fe dentro del proceso y en la afiliación del actor brindaron una información eficaz y necesaria.

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

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

¹⁹ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019.

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 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...

Se resalta que la condena respecto de las demandadas, en este proceso se da por la oposición al cambio de régimen del actor, y porque por la falta de acatar su obligación de información al afiliado que generó el traslado y cambio de régimen pensional, motivo por el cual le asiste responsabilidad a las demandadas y recurrentes; responsabilidad que por demás pretendieron desvirtuar en la actuación procesal mediante la proposición de excepciones de fondo desestimadas.

En consecuencia, la sentencia recurrida y consultada será confirmada; y como quiera que tanto Porvenir como Protección emplearon el recurso de apelación que les fue desfavorable, este Tribunal los condenará en costas en esta instancia.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020, por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Yopal.

SEGUNDO. Condenar en costas de esta instancia a Protección S.A y Porvenir S.A, como agencias en derecho un (1) salario mínimo legal mensual vigente a cargo de los recurrentes.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Las partes se notifican en ESTRADOS.



GLORIA ESPERANZA MALAVER DE BONILLA
Magistrada



ALVARO VINCO URUEÑA
Magistrado



JAIRO ARMANDO GONZÁLEZ GÓMEZ
Magistrado