



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva
Sala Cuarta de Decisión
Civil Familia Laboral

Magistrada Ponente: Dra. ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ

Neiva, siete (07) de julio de dos mil veinte (2020)

| | |
|-------------|---|
| Proceso | : Ordinario Laboral |
| Radicación | : 41001-31-05-003-2017-00726-01 |
| Demandante | : MADDY JAMIR GELVEZ JAVELA |
| Demandado | : ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- |
| Demandado | : ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. |
| Demandado | : COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS |
| Procedencia | : Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva |
| Asunto | : Apelación de sentencia parte demandada, y consulta en favor de COLPENSIONES. |

1.- ANTECEDENTES RELEVANTES

1.1.- DEMANDA:

La demandante pretende que se declare la ineficacia del traslado o afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, de ahora en adelante RAIS, administrado por PORVENIR S.A., y la que antecede a COLFONDOS S.A., por la falta de información adecuada, cierta, comprensible y suficiente, en consecuencia retornar al Régimen de prima media con prestación definida, en adelante RPM, dirigido por COLPENSIONES; pues en el año 1996 los asesores comerciales le indicaron de las ventajas que obtendría al trasladarse al fondo

privado, sembrando temor por el proceso liquidatorio del ISS, omitiendo el capital real y apto para acceder a su pensión (Folio 83).

1.2.- CONTESTACIONES DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

Las entidades demandadas COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; COLPENSIONES y PORVENIR S.A., se opusieron a todas las pretensiones, porque en el formulario de vinculación o traslado suscrito por la actora para migrar del ISS a COLFONDOS S.A., se consignó su consentimiento en cuanto a la voluntad de selección y afiliación, sin que luego de 21 años en el RAIS alegue información inexacta, siendo que la asesoría brindada estuvo precedida de profesionalismo e idoneidad, al punto de trasladarse dentro del mismo RAIS, habiendo tenido la posibilidad de retractarse o demandar por rescisión, así como retornar antes del cumplimiento de los 10 años anteriores a la fecha de edad para pensión, resultando improcedente por ello los pedimentos. Formularon excepciones de fondo. (Fls. 168, 214, 249).

1.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez Tercera Laboral del Circuito de Neiva, DECLARÓ la nulidad del traslado de afiliación de la actora del RPM al RAIS,¹ en razón de no haber cumplido la exigente carga probatoria de la información detallada, suficiente, completa y clara, para brindarle a su pretensa afiliada, en la toma de decisión previa a su vinculación en el fondo privado, sin que del formulario de afiliación se detalle la explicación recibida, y las consecuencias económicas que le traía a futuro tal decisión, como tampoco el traslado en el mismo RAIS convalide su permanencia. Sin afectación el retorno por el fenómeno de la prescripción, por tener incidencia en el derecho pensional.

¹ Audio Minuto: 55':21= Sentencia de primera instancia

2.- RECURSOS DE APELACIÓN

Los tres fondos pensionales demandados inconformes con la decisión de primera instancia por los aspectos que se sintetizan así: 1) la validez del traslado dada su voluntariedad en el acto; 2) improcedencia de retornar al RPM por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para el derecho pensional; 3) la inversión de la carga probatoria; 4) la obligación de información surgió con posterioridad al acto de traslado de la actora; 5) improcedencia de condena en costas, por su actuar de buena fe (Min: 2h:16':34).

2.1.- En término del traslado concedido en esta instancia mediante auto fechado 12 de junio de 2020, en aplicación del numeral 1° del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, notificado por estado virtual el día 16 de igual mes y año, los tres fondos apelantes allegaron por conducto del correo electrónico oficial de la Secretaría de la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva, alegaciones por escrito en la oportunidad otorgada, reiterando los argumentos esbozados ante el fallador de primer grado, a excepción de COLFONDOS S.A. que se allana a las pretensiones de la demanda de traslado de régimen de la demandante, a fin de que no exista una condena en costas.

3.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1.- Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, ante la ausencia de información sobre las consecuencias que de este habrían de surgirle; que de ser positiva, establecer en cuál de las partes recae el deber de probar; y si la suscripción del formulario exime del deber de información.

3.2.- Se tienen como hechos indiscutidos: la fecha de nacimiento de la demandante; la fecha de suscripción del formato de vinculación al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., en el que se dejó reporte de traslado de régimen, en el año 1996, y luego a PORVENIR para el mes de noviembre de 1999,

y de las solicitudes a las entidades demandadas de la ineficacia o nulidad del traslado, y la negativa a las mismas.

3.2.1.- Respecto de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilian, tal como lo indica el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y para ello es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social, permitiendo la Ley de Seguridad Social la coexistencia de dos regímenes solidarios excluyentes, de modo que, la selección que se haga de cualquiera de ellos debe estar precedida por el respeto a la libre escogencia del afiliado.

3.2.2.- En ese orden, atendiendo el reparo fundamental de las tres entidades demandadas, consistente en el deber de información a sus pretensos afiliados, deberá la Sala determinar si la AFP COLFONDOS brindó a la afiliada la información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado del RPM al RAIS, en virtud del deber frente a los usuarios del Sistema Pensional, o si como lo alegan los fondos pensionales convocados a juicio, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación de agosto de 1996 es suficiente para acreditar su cumplimiento.

En el presente evento, la demandante se encontraba afiliada al RPM en el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, desde el 07 de marzo de 1985, según certificado de bonos pensionales, visible a folio 57, realizando traslado al fondo privado de pensiones COLFONDOS el 28 de agosto de 1996 (Fl. 34 y 192), y posteriormente en el año 1999 a PORVENIR S.A, siendo entonces el inicial traslado el pretendido en el proceso que nos ocupa, declarar la ineficacia o nulidad, por lo que en este tipo de casos lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen resulta o no ineficaz, tal como lo ha preceptuado la Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, en la SL12136 de 2014; con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón.

En cuanto a lo pretendido por la parte demandante, de ineficacia de la afiliación por violación al deber de información, y la carga de la prueba, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras Sentencias, la SL17595 de 2017, con ponencia del magistrado Fernando Castillo Cadena, citando la sentencia SL12136 de 2014, y en la SL4360 de 2019, señaló:

“(…) Tal como quedó sentado en sede de casación, antes de surtirse el traslado del RPM al de RAIS, la administradora privada de pensiones tenía el inexcusable deber de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, entre ellas, la pérdida del régimen de transición”.

Atendiendo la línea jurisprudencial del deber de las administradoras de pensiones de cumplir la obligación de dar información, no es de recibo para la Sala los medios de defensa de las entidades demandadas al contestar la demanda, referidos a que la suscripción del formulario implicaba la aceptación de las condiciones propias del régimen seleccionado, y por ende la intención de trasladarse de forma libre, espontánea y sin presiones como lo trae dicha documental a folio 34, siendo que dicha tesis sustento de los recursos de apelación, no se acompasa con los postulados de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en torno a *“que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador, pero no que éste fuese informado, a la luz de lo dispuesto en el artículo 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con los artículos 13 literal b), y 271 de la Ley 100 de 1993”.* (SL4360-2019).

De lo anterior resulta claro para la Sala que no puede comprenderse que el formulario proforma aprobado por la Superintendencia Financiera exima a las administradoras de pensiones de cumplir con su deber de información, pues el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 ha de entenderse en el sentido que, *“una vez dada toda la ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, la selección que haga el afiliado implica la aceptación de las*

condiciones del régimen por el que se ha optado. Es decir, el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre. (SL4360-2019). Lo que significa que contrario al sustento de las entidades demandadas, la firma del formulario de afiliación no es aceptación de que la afiliada recibiera información oportuna y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen, ni es eximente del deber impuesto a las entidades administradoras de dar a conocer a sus pretensos afiliados los riesgos e implicaciones del traslado, por lo que, se concluye acertada la decisión de la falladora de primer grado, dado que del examen del acto de cambio de régimen pensional, visible a folio 34, es evidente la transgresión de la obligación de información, pues nótese que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagró que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador se sanciona con la ineficacia del acto, y resulta que *“una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”*. (SL4360-2019).

Para la Sala de Casación Laboral de la CSJ no se hace necesario un engaño o un vicio del consentimiento para configurar la ineficacia, en razón de que el citado artículo 271 alude a *“cualquier forma”* de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación, lo que se traduce en una rigurosa obligación que tienen las administradoras de pensiones de brindar información a los afiliados, y estos a su vez del derecho a recibirla; cuya figura de la ineficacia es la vía correcta para examinar los casos de violación del deber de información, como lo determinó la falladora *A quo*, por ende sin prosperidad los reparos en ese sentido.

En sentencia SL1688 de 2019, se dilucidó varios problemas jurídicos, como el que nos ocupa, entre ellos, si tenía la AFP COLFONDOS para el momento de la solicitud de vinculación de la demandante (año 1996) el deber de información y asesoría, dado que en sentir de los fondos pensionales demandados tal obligación es nueva, lo que implica que surgió con posterioridad al acto de afiliación de la actora, y así en dicha providencia se señaló que:

“(...) De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.” (Subrayas por la Sala).

Conforme al precedente jurisprudencial citado, advierte la Sala que contrario a lo manifestado por las entidades demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, tal deber de información de las Administradoras de Fondos de Pensiones es exigible desde su creación, esto es, la fundación de las AFP, luego con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, para finalmente el deber de doble asesoría consagrado en la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, razón por la que dicha inconformidad tampoco resulta avante, siendo que la *diligencia debida* como lo denomina la Sala de Casación Laboral, se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada (Sentencia CSJ Rad. 31989).

3.2.3.- Por tanto, al revisarse la totalidad del material persuasivo obrante en el proceso, no encuentra la Sala que se haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado que estaba realizando la afiliada demandante, al RAIS, esto es, el asesor del momento de la AFP la convenció de cambiarse de régimen pensional a COLFONDOS S.A., como única manera de esquivar los potenciales riesgos derivados de la inminente desaparición del RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, y el monto a recibir de mesada pensional en el RAIS resultar más favorable, que en el RPM, según lo expuso en los hechos 4.6. y 4.7 de la demanda, por lo que la afiliación de la actora al RAIS es carente de información, cuya consecuencia jurídica es la ineficacia, esto es, como si no hubiese existido el acto de afiliación al RAIS para el mes de agosto de 1996.

De modo que, no basta con advertir como lo exponen la parte demandada en sus escritos de contestación, alegaciones finales y sustentación de cada uno de los recursos de apelación, que existió un traslado al RAIS, sino que es menester, determinar que la misma es válida bajo los parámetros de libertad informada, porque incluso, a pesar de que el conocimiento sea accesible al leer la norma, o por medios escritos de amplia circulación nacional para dicha época – año 1996-, según lo planteó la convocada PORVENIR, ello no significa que se haya accedido a él, aunado a que la carga de la prueba, se itera, recae sobre la AFP, en demostrar que cumplió con el deber de proporcionar información veraz, clara y suficiente, encaminada a forjar en la demandante un moderado entendimiento del acto jurídico de traslado de régimen, razón por la cual se despacha desfavorablemente el inconformismo que en ese sentido sustentaron las demandadas.

3.2.4.- Ahora, la circunstancia de traslado dentro del mismo RAIS no es un circunstancia que convalide su permanencia en el mismo como lo sustentan los fondos privados en los escritos de contestación y del recurso de apelación, por cuanto la escogencia de administradora pensional dentro de tal régimen no implica la ratificación de la decisión del cambio de régimen.

3.3.- Frente al reparo de Colpensiones dirigido a la imposibilidad jurídica de ordenar el traslado de régimen, bajo el sustento de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, igualmente no tiene vocación de prosperidad, toda vez que al resultar ineficaz el contrato de afiliación suscrito entre la demandante COLFONDOS S.A., la consecuencia de la pérdida de eficacia del negocio jurídico es la de retrotraer las cosas al momento anterior de la celebración del contrato como si este nunca hubiere existido, quiere decir lo anterior que en momento alguno la juez de primera instancia contrarió el precepto legal anotado, y si determinar la procedencia de declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS para el 28 de agosto de 1996, que trae consigo la que con posterioridad realizó, en noviembre de 1999 dentro del mismo régimen, y la permanencia en el RPM administrado por COLPENSIONES, como lo resolvió la falladora de primer grado.

3.4.- Finalmente el reparo de COLPENSIONES por la condena en costas en su contra, sin que la falladora de instancia valorara su conducta de buena fe y la no intervención en el acto jurídico de solicitud de traslado de régimen, tampoco será acogido por la Sala, en primera medida, recordar que su fijación se sujeta a las reglas contenidas en el artículo 365 del C.G.P. que dispone que *"en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a unas reglas, cuyo numeral 1° contempla, "Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso..."*, sin que comporte aspectos relacionados con las conductas procesales de las partes como temerarias o de mala fe, evidenciándose oposición a las pretensiones desde el momento de la reclamación según oficio a folio 44, por tanto impróspero el alegato.

En ese mismo sentido, deviene negativa la solicitud en esta instancia por la demandada COLFONDOS S.A en su escrito de alegaciones, toda vez que de la lectura del escrito de contestación a la demanda surtida en primera instancia se opuso a la prosperidad de la demanda, sin que sea esta la etapa procesal para allanamiento a la demanda, en los términos del artículo 98 del Código General del Proceso, aplicable por integración analógica de que trata el artículo 145 del C.P.T.S.S.

3.5.- Visto que también se está surtiendo el grado de consulta en favor de COLPENSIONES, y ante la configuración del fenómeno de la PRESCRIPCIÓN propuesta como medio exceptivo por las AFP, con base en lo reglado en el C.P.T. y de la S.S., de 3 años desde su afiliación al fondo pensional inicial, sin haber elevado ningún tipo de reclamación al respecto, la acción se encuentra prescrita, se despachará desfavorablemente, en razón de que el aspecto que se controvierte guarda íntima relación con el derecho a la pensión, pues influye en ésta de manera directa, conforme lo establece el artículo 53 de la Constitución, referente a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; por lo que, no resulta dable alegar el fenómeno de la prescripción, como lo expuso la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada SL1688-2019. En consecuencia, el

transcurso del tiempo, no puede ser un obstáculo en la aspiración de solicitar el traslado de régimen pensional.

3.6.- Fluye de lo expuesto que se CONFIRMA la sentencia objeto de apelación y de consulta; condenando en costas de segunda instancia a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A., por la no prosperidad de los recursos de apelación, a tono con el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., que deberán ser liquidadas de manera concentrada en el juzgado de conocimiento, conforme al artículo 366 del C.G.P.; y sin costas para COLPENSIONES, porque igualmente se está surtiendo en su favor el grado jurisdiccional de consulta.

En armonía con lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil - Familia – Laboral del Tribunal Superior de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- **CONFIRMAR** la sentencia objeto de apelación y de consulta, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva.

2.- **CONDENAR** en costas en la presente instancia a la parte demandada recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; y sin COSTAS en esta instancia respecto de COLPENSIONES.

3.- **DEVOLVER** el proceso al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE.

Los Magistrados,

Enasheilla Polanía Gómez
ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ

Edgar Robles Ramírez
EDGAR ROBLES RAMÍREZ

(Con impedimento)
ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA