

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA**



SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: GILMA LETICIA PARADA PULIDO

ACTA NÚMERO: 03 DE 2021

Neiva, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA LILIANA SARMIENTO GALINDO CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES RAD. No. 41001-31-05-002-2019-00068-01.

La Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede, en forma escrita a dictar la siguiente,

SENTENCIA

TEMA DE DECISIÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas al interior de los procesos de la referencia y el grado jurisdiccional de consulta, concedido a favor de Colpensiones.

ANTECEDENTES

Solicita la demandante, previa declaración de la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro

individual con solidaridad; se ordene a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., trasladar a Colpensiones los recursos y rendimientos financieros que reposan en su cuenta individual de ahorro. Así mismo, solicita se condene a todo aquello que se encuentre probado bajo las facultades ultra y extra petita y las costas del proceso.

Expuso como fundamento de sus pretensiones los siguientes hechos:

Que nació el 23 de julio de 1963, inició su vida laboral en 1981, momento desde el cual inició a cotizar para pensión en el Instituto de Seguro Social, y cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993 el 3 de enero de 1997, suscribió formulario de afiliación en Pensiones y Cesantías Colmena, hoy Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Informó que para hacer el traslado de régimen, le indicaron que la pensión resultaba más ventajosa en el régimen de ahorro individual, entre otras, porque era posible acceder a la pensión de manera anticipada sin atadura a la edad o semanas de cotización, además de que vaticinaban el fin del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que la llevó a afiliarse al RAIS sin tener conciencia de sus implicaciones, razón por la que el 6 de abril de 2014, se trasladó a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Sostuvo que elevó solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y que con oficio del 9 de abril de 2018, dicha entidad le resolvió de forma desfavorable tal solicitud (fls. 124 a 144).

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva (fl. 147), y corrido el traslado de rigor, las encartadas dieron respuesta a la demanda, en la que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones tanto declarativas como de condena. (fl. 168 a 177, 192 a 241 y 285 a 294).

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia del 10 de marzo de 2020 (fl 301), declaró la nulidad por ineficacia de la afiliación que realizó la demandante en Colmena hoy Protección S.A. el 31 de enero de 1997, por lo que ordenó a Porvenir S.A., entidad

a la que se encuentra afiliada la demandante en la actualidad, a que traslade a Colpensiones la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos, y ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones a recibirlos. Declaró no probados los medios exceptivos formulados por las demandadas y condenó en costas.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, interpusieron recursos de apelación.

FUNDAMENTOS RECURSO PORVENIR S.A.

La apoderada de Porvenir S.A. solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se declaren probadas las excepciones de mérito propuestas. No comparte el criterio del Juzgado, en lo que concierne a la carga de la prueba, pues considera que es la parte demandante la que debe probar en qué consistió el engaño, pues la actora suscribió el formulario de afiliación, sin que mediara vicio alguno del consentimiento, de conformidad con el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Considera que los hechos que hoy son objeto de prueba, se dieron hace más de 20 años, por lo que la acción está prescrita, y alega que la demandante pudo haberse retractado dentro de los cinco días siguientes a la suscripción del formulario, como lo autoriza el artículo 3º. del Decreto 1161 de 1994, antes de estar con 10 años o menos para la edad de pensión y dentro de los cuatro años siguientes a la suscripción del formulario, demandando la rescisión del traslado, pero no, luego de transcurridos más de 20 años.

Finalmente advierte, que como consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de afiliación, y teniendo en cuenta que Porvenir S.A. ha administrado los recursos de la cuenta individual de la demandante, de conformidad con el artículo 1746 del C.C. sobre restituciones mutuas, por la labor de administración de Porvenir S.A., ésta tiene derecho a percibir la comisión de administración, pues de lo contrario, constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante.

FUNDAMENTOS RECURSO COLPENSIONES

Solicita el apoderado de Colpensiones, se revoque la decisión de primer grado en el sentido de declarar la eficacia de la afiliación que en su momento hizo la demandante en la administradora de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como sustento del recurso, arguye que el traslado de la demandante fue válido, y que de acuerdo a la edad no resulta viable el reconocimiento. Agrega que conforme la sentencia 062 de 2010 y SU 130 de 2013, se considera que no hay lugar al traslado otorgado, toda vez que no se cumple con los requisitos de la normatividad vigente. Sostiene que Colpensiones siempre ha obrado de o buena fe respecto de los trámites y solicitudes de la demandante, teniendo en cuenta que no está en cabeza de la entidad la disposición del traslado de régimen de la actora, por lo que rechaza la condena en costas impuesta.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Toda vez que la decisión fue adversa a una entidad respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S se dispone asumir el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de aquellos aspectos que no fueron objeto de inconformidad en el recurso de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia planteada para lo cual,

SE CONSIDERA

El conflicto jurídico que dio origen al presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a determinar si es procedente declarar la ineficacia o nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

Con tal propósito, interesa señalar que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado que la demandante suscribió el formulario de afiliación al

régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Pensiones y Cesantías COLMENA el 31 de enero de 1997, en el que se dejó constancia de la novedad de traslado del sistema de prima media con prestación definida que estaba en cabeza del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al privado (fl. 6).

Bajo tales supuestos, importa a la Sala destacar que uno de los pilares sobre los cuales se erigió el sistema de seguridad social en pensiones es el derecho del afiliado a la libre elección tanto de régimen, como de administradora, de esta forma lo dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) al indicar *“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior 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”*.

En concordancia con lo anterior, el texto original del numeral 1º del artículo 97 del Estatuto del Sistema Financiero aplicable a las Administradoras de Fondos de Pensiones, vigente para la fecha de los hechos objeto del presente asunto, establece que *“Las entidades vigiladas deben 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 de mercado”*.

Sobre la expresión libre y voluntaria contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452-2019, precisó que *“necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión (...) no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”. (...) las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen 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”, premisa que implica dar a conocer “las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes”, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios*

pensionales. (...) Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en fondos de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos a los afiliados”.

Ahora en cuanto a la ineficacia de la afiliación por vicio en el consentimiento y la carga de la prueba de dicha anomalía, esa misma Corporación en sentencia SL 19447 del 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, decantó que *"existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será 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"*¹.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1452 respecto de la carga de la prueba, enseñó que *"(...) frente al tema puntual de a quién corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca (...) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es que suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quién está en posición de hacerlo. (...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado del régimen pensional. (...) Paralelamente, no puede*

¹ En cuanto a la carga probatoria en cabeza de la parte demandada en esta clase de asuntos, también es oportuno lo dicho por la CSJ SCL en sentencia del 09 de septiembre de 2008 Rad. 31989, según la cual *"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"*.

pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información, y más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

Teniendo en cuenta los anteriores contextos jurisprudenciales y descendiendo al *sub judice*, observa la Sala, que a folio 6 del informativo, obra copia de la solicitud de afiliación y traslado que data de 31 de enero de 1997, ante la AFP Colmena S.A., Pensiones y Cesantías, suscrita por María Liliana Sarmiento Galindo, documento del que no se evidencia, que se le haya ofrecido información alguna respecto de las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, más allá de una expresión genérica de voluntariedad precedida de la firma de la *petente*, que tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral², no da cuenta del cumplimiento del deber de información y del consentimiento informado que debe garantizarse al afiliado.

En consonancia con lo anterior, es imperante enfatizar, que en aquellas controversias como la que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, dada la responsabilidad que se le endilga a la Administradora del Fondo Privado, esta entidad dentro de su órbita, tiene el deber de demostrar que suministró a la afiliada la información completa y veraz sobre su situación pensional, así como las implicaciones propias que conlleva el traslado de régimen pensional, carga que de forma legítima se le impone a la demandada, en virtud de que resulta a todas luces lógico, que la entidad posee un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional frente al afiliado, a quien concretamente, no le corresponde probar la omisión de la información en que incurrió el profesional para convencerlo de su traslado.

Por manera que, como en el plenario no obran pruebas que determinen que la manifestación de la demandante para vincularse al RAIS se llevó a cabo de manera

² SL12136-2014.

consciente, libre y espontánea en cuanto a las implicaciones que ello le entrañaba de cara a su derecho pensional, surge palmario el vicio del consentimiento que hace nulo el traslado de régimen.

Ahora, una vez verificados los elementos necesarios para la declaratoria de ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, se debe indicar que la consecuencia jurídica que implica tal circunstancia es la de retrotraer las cosas al estado anterior del acto considerado ineficaz, debiéndose consecuentemente devolver los aportes pensionales, los rendimientos financieros y los gastos de administración por parte de la AFP a Colpensiones, conforme lo regula el artículo 1746 del Código Civil en consonancia con lo señalado en el artículo 963 ibídem, ello en la medida que el vicio del consentimiento que afecta la validez del acto de traslado es producto de la conducta en la que incurrió la sociedad administradora de fondo de pensiones. Así lo consignó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4811-2020 radicación 68087 del 28 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado doctor Gerardo Botero Zuluaga:

"Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, lo cual trae como consecuencia, que la accionante jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que Colfondos S.A. deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, aspecto sobre el cual ya la Sala se ha pronunciado en oportunidades anteriores, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

«Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino:

[...]

"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. »”

PRESCRIPCIÓN

En lo que atañe al fenómeno extintivo de la prescripción, importa precisar que para la Sala es claro que en casos como el que aquí se analiza, no opera la prescripción de la acción rescisoria contenida en el artículo 1750 del Código Civil, y mucho menos aquel previsto en las normas sustantivas y procesales del trabajo, pues de conformidad con el artículo 1º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, *"los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social se tramitarán de conformidad con el presente Código"*. Por ende, se concluye, que entre los asuntos a que hace alusión la norma, se encuentran incluidas *"Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados... y las entidades administradoras o prestadoras..."* conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 2º del mismo compendio normativo, luego entonces, a pesar de que se pretenda la nulidad del traslado al RAIS, y con ello del contrato de afiliación, el centro de debate está relacionado con la seguridad social razón por la que el asunto no se encuentra regido por el artículo 1750 del Código Civil.

Ahora, dado que el aspecto que se controvierte guarda íntima relación con el derecho a la pensión, pues influye en ésta de manera directa, adicionalmente el artículo 53 constitucional, establece que los beneficios mínimos contenidos en las normas laborales son irrenunciables, como lo sería para el caso concreto el monto de la pensión de conformidad con lo dispuesto en la sentencia SU 298 de 2015, y conforme la nulidad del traslado es una pretensión eminentemente declarativa, no resulta dable alegar el fenómeno de la prescripción.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1689-2019 Magistrada ponente doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, expuso *"la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o*

totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)".

Los razonamientos expuestos imponen la confirmación de la providencia impugnada y de esta forma se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

COSTAS

En torno a la improcedencia de la condena en costas en contra de Colpensiones, importa a la Sala señalar que aquellas corresponden a la erogación económica, que en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, tiene que asumir *"la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"* y su imposición obedece a un criterio netamente objetivo, que se circunscribe a los eventos descritos, que para el caso de la sentencia de primera instancia es el hecho de si la parte resultó vencida o no en el juicio pertinente, sin ningún otro tipo de consideraciones.

Esa fue la intelección que le dio al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil la propia Corte Constitucional en la sentencia C-089 del 13 de febrero de 2002, al indicar: *"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, aun 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, quien expresamente dispuso que 'solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación'".*

De conformidad con lo anterior, se confirmará la sentencia proferida el 10 de marzo de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, con la consecuente condena en costas a cargo de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debido a lo impróspero del recurso por ella propuesto. Sin condena en costas respecto de Colpensiones, por cuanto el conocimiento en la presente instancia devino del grado jurisdiccional de consulta que impone al juez de

segundo grado el deber de verificar la legalidad de la decisión tomada en primera instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva el 10 de marzo de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – COSTAS. Costas en esta instancia a cargo de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y en favor de la parte demandante.

TERCERO. - Ejecutoriada esta providencia, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen.

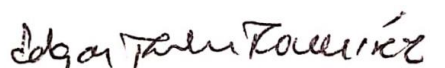
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GILMA LETICIA PARADA PULIDO
Magistrada



ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ
Magistrada



EDGAR ROBLES RAMÍREZ
Magistrado