

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA**



SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: GILMA LETICIA PARADA PULIDO

Neiva (H), quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021)

ACTA No. 15 DE 2021

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CONSUELO HERRERA GARCÍA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. NO. RAD: 41001-31-05-003-2018-00563-01**

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 proferir la siguiente,

SENTENCIA

TEMA DE DECISIÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, en la que se declaró la nulidad de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordenó a la devolución de los dineros recaudados con los rendimientos financieros. Así mismo, se conocerá el grado jurisdiccional de consulta.

ANTECEDENTES

Solicita el demandante, previa declaración de la ineficacia o la nulidad del traslado o afiliación que realizó la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a

la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías el 13 de mayo de 1994; se condene a la administradora del régimen de ahorro individual a devolver el valor del ahorro junto con los rendimientos financieros al régimen de prima media. Así mismo, solicitó las costas del proceso y los derechos que se reconozcan en aplicación de las facultades ultra y extra petita.

Expuso como fundamento de sus pretensiones los siguientes hechos:

Que inició la vida laboral en el año de 1985 como trabajador adscrito a HOCOL S.A., fecha desde la cual se afilió al Instituto de Seguros Sociales, en donde permaneció hasta mayo de 1994, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual.

Indicó, que en el mismo mes y año, asesores de Porvenir S.A. acudieron a las instalaciones donde laboraba, con el fin de exponer el portafolio de servicios y el estado en el que se encontraba para ese entonces el Instituto de Seguros Sociales; para tal efecto, la asesora entregó el formulario, sin brindar información acerca de los beneficios o perjuicios que causaría en su derecho pensional.

Señaló, que al personal de Porvenir S.A. le correspondía explicar de manera suficiente, clara y precisa las verdaderas consecuencias del cambio de régimen, no obstante al omitir esta situación, lesionó su derecho a escoger libre y voluntariamente el régimen pensional que protegiera la contingencia de vejez o invalidez de origen común, a que hubiere lugar.

Aseveró, que mediante oficio del 19 de junio de 2018, Porvenir le informó sobre la liquidación de la pensión, que en su caso en particular, arrojó un monto de la mesada pensional efectiva a partir de los 57 años de edad, equivalente a la suma de \$781.242.00, que contrastándolo con el ingreso base de liquidación que obtendría en Colpensiones, a una tasa de reemplazo del 64.56%, arrojaría una pensión inicial de \$947.740, con una diferencia de \$166.498.00 a su favor.

Agregó, que al Asesor de Porvenir le asistía el deber de exponerle con detalle las consecuencias del traslado, máxime cuando reunía los requisitos del régimen de transición para el momento en que se produjo la afiliación al RAIS, situación que en

su sentir, lesionó el derecho a escoger libre y voluntariamente el régimen pensional al que quería pertenecer; que mediante peticiones del 31 de julio de 2018, solicitó a Porvenir y Colpensiones la nulidad o ineficacia de la afiliación, no obstante, las entidades no accedieron a la petición elevada.

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva (fl. 66) y corrido el traslado de rigor, las demandadas dieron respuesta a la demanda así:

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones declarativas y de condena, por cuanto desconoce todo lo concerniente con las razones que motivaron al actor a realizar el traslado de régimen, y se atiene a lo contenido en el formulario de afiliación al RAIS, según el cual de manera libre, consciente y voluntaria, aceptó las consecuencias jurídicas de dicha decisión; aunado a ello, negó que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición. Formuló las excepciones de mérito que denominó, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe de la demandada, presunción de legalidad del acto administrativo, y la declaratoria de otras excepciones que se encuentren probadas (fls. 85-96).

Por su parte, Porvenir S.A. se opuso a todas las pretensiones y como razones de la defensa indicó, que la demandante recibió la asesoría, que conforme a las disposiciones legales vigentes para la época del traslado (1994) las administradoras no tenían ninguna obligación diferente a suministrar toda la información necesaria, de manera completa, y atender las inquietudes que los potenciales afiliados pudiesen tener, pero de ninguna manera, mantener constancia escrita de las asesorías ni mucho menos efectuar proyecciones o propuestas técnicas, obligaciones que surgen en el año 2015 por regulación expresa que hiciera la Superintendencia Financiera de Colombia.

Así mismo, señala que la firma del formulario de traslado es indicativa de la voluntariedad del accionante para realizar dicho acto; sumado a ello, advierte que no es de recibo que después de 24 años de permanencia en el RAIS, pretenda la demandante desconocer los efectos jurídicos de sus propios actos de voluntad, por estar próxima a cumplir la edad para la pensión de vejez. Propuso las excepciones que denominó, inexistencia de las obligaciones a cargo de Porvenir, falta de causa para demandar e inexistencia del derecho, buena fe y cumplimiento de las

normatividad vigente por parte de Porvenir S.A., prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, y la innominada o genérica (fls. 114-150).

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia del 19 de noviembre de 2019 (fls 172-175), declaró la nulidad de la afiliación, ordenó a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros, y condenó en costas a las convocadas. Para arribar a tal determinación, indicó en esencia, que Porvenir no desvirtuó la negación indefinida realizada en la demanda, según la cual, al demandante no se le brindó información detallada, amplia y veraz en relación con las consecuencias que el traslado de régimen le acarrearía de cara a la materialización del derecho pensional, y acentuó, en que las declaraciones genéricas incluidas en el formato de afiliación no son demostrativas del deber de informar que les imponía la ley y la jurisprudencia, por lo que concluyó, que el consentimiento del actor estaba viciado y daba lugar a la declaratoria de nulidad de la afiliación. En cuanto a la prescripción, concluyó que la discusión sobre la afiliación al régimen, al estar íntimamente ligada al derecho irrenunciable de la pensión, es imprescriptible.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación los que fueron concedidos.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Solicitan los recurrentes, se revoque la sentencia impugnada en cuanto declaró la nulidad de la afiliación y ordenó la devolución de los aportes del RAIS al régimen de prima media con prestación definida.

RECURSO PORVENIR S.A.

El apoderado de Porvenir, alega que no puede hablarse de negaciones indefinidas y trasladar la carga de la prueba a la entidad que representa, pues la demanda y las pruebas dan cuenta de hechos susceptibles de comprobación, es decir, que el extremo activo estaba en capacidad de probar los términos de la información dada

por el personal de Porvenir, máxime, cuando el formato de afiliación es indicativo de la liberalidad y consciencia con la que se adoptó la decisión de trasladarse al RAIS, añade que sobre el afiliado también recae el deber de revisar los saldos de la cuenta de ahorro individual a través de los distintos canales de información, y así evitar más adelante después de conocer el monto de la pensión que le es más favorable, recurrir al pretexto de la negación indefinida, para afirmar que el traslado se ejecutó sin la plena observancia de los requisitos legales contemplados en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, postura frecuente en estos tiempos que genera inseguridad jurídica, culmina su intervención con la reiteración de las exceptivas planteadas en su escrito de contestación.

RECURSO COLPENSIONES

Alega que la actora se encuentra inmersa en la prohibición que señala el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, según la cual *"el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez"*, solicita que se absuelva a Colpensiones de las pretensiones de la demanda y en igual sentido de las costas impuestas en primera instancia ya que su representada ha sido ajena a la relación contractual que se presenta entre Porvenir y la aquí demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PARTE DEMANDADA AFP PORVENIR S.A.

Dentro del término procesal otorgado para alegar de conclusión la accionada AFP Porvenir S.A., allegó escrito en el que petitionó la revocatoria de la sentencia de primer grado, al considerar, en esencia que no resulta procedente imponer una carga probatoria a la sociedad administradora de fondo de pensiones que para la fecha en que se suscribió el acto jurídico de traslado no existía, sumó a ello, que el acto de afiliación contó con plena validez al satisfacer todos los requisitos que imprimía la ley para dicha calenda

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la anterior determinación fue adversa a una entidad respecto de la que la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del

C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia plantea 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 del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y de ser así, establecer si hay lugar a declarar la prescripción.

Con tal propósito interesa señalar que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado: (i) que el 13 de mayo de 1994, la demandante suscribió el formato de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- administrado por Porvenir S.A., 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; (ii) que el dinero que se encontraba a cargo del fondo público fue remitido a la nueva administradora y; (iii) que mediante peticiones del 31 de julio de 2018, la actora solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado. Los anteriores aspectos en todo caso se pueden establecer de la documental visible a folios 5 a 31 del expediente, como también en el archivo que reposa en medio magnético tipo CD allegado por las accionadas.

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*".

Sin embargo, tal facultad no es absoluta, pues desde un principio, en el literal e) de la misma normatividad, se estableció que en tratándose del traslado de régimen, éste podía realizarse cada tres años; y posteriormente, con la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, se limitó aún más al indicar, que podría realizarse una vez cada cinco años, siempre que al afiliado no le falten menos de 10 años de edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Consciente el legislador de las implicaciones que conlleva la limitación introducida por la precitada Ley, ofreció a los afiliados que les faltare menos de 10 años para pensionarse, la posibilidad de trasladarse de régimen dentro del año siguiente a la promulgación de la norma, aspecto que fue regulado por el Decreto 3800 de 2003, el que ante el carácter excluyente de uno y otro régimen dispuso, que en aquellos eventos en que un afiliado se encontrara vinculado tanto al régimen de prima media con prestación definida, como al régimen de ahorro individual con solidaridad, podría seleccionar en que régimen deseaba continuar y de no hacerlo, se tendría en cuenta aquél al cual se encontraba efectuando cotizaciones para el 28 de febrero de 2004.

En cuanto a la ineficacia de la afiliación por vicio en el consentimiento y la carga de la prueba de dicha anomalía, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 19447 del 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, apoyada en el precedente fijado en proveído SL 12136 de 2014, 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.

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”*.

Así mismo, en la referida providencia, la Corporación puntualizó, que *“Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla. Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima y la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo para proporcionar la información suficiente”².*

Descendiendo al *sub judice*, observa la Sala, que a folios 5 del cuaderno 1, obra copia de la solicitud de afiliación y traslado del 13 de mayo de 1994 ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, suscrita por Consuelo Herrera García, documento del que no se evidencia, que a la actora 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 del *petente*, que tal como lo ha sostenido la CSJ SCL³, no da cuenta del cumplimiento del deber de información y protección del consentimiento informado que debe garantizársele al afiliado.

En este punto, importa precisar en cuanto a las negaciones indefinidas, que es uno de los argumentos de la apelación, éstas son aquellas, que ni indirecta o implícitamente conllevan ninguna afirmación o negación opuesta, que no sólo son indeterminables en el tiempo y en el espacio, sino que, en la práctica, no son susceptibles de probar por medio alguno. Así pues, cuando el afiliado alega que no recibió la información debida al momento de afiliarse, como ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, la carga de la prueba de que sí se brindó la información que correspondía está a cargo de la AFP.

El órgano de cierre de nuestra jurisdicción⁴ sostiene que dicha carga probatoria podría haber sido satisfecha si las administradoras de fondos de pensiones hubiesen dejado rastro de las gestiones ejecutadas en el proceso de afiliación y traslado de régimen pensional de un trabajador. Entonces, atendiendo a las aludidas sentencias

² SL19447-2017.

³ SL12136-2014.

⁴ SL1452-2019

debía la AFP Porvenir S.A. aportar pruebas que demostraran el cumplimiento indiscutible del deber impuesto, como reuniones con los afiliados, actas que dieran certeza de su realización, en las que se registre el nombre de los asistentes, los temas discutidos, las consultas resueltas, la evaluación de los usuarios de las respuestas dadas a tales consultas, pasos que forman un hilo conductor, que lleva al juez al convencimiento de que al usuario se le entregó la información adecuada y precisa, que facilitó la mejor elección acerca de su futuro pensional.

En ese contexto, más allá de prohijarse o no por la Sala, el entendimiento dado por el juez de primer grado a lo indicado en el acápite de los hechos de la demanda que se respalda con la documentación atinente a la historia laboral de la actora, que en conjunto con el formulario de afiliación son insuficientes para desvirtuar la carga de la prueba que legal y jurisprudencialmente se le atribuye a las demandadas en relación con la idoneidad, amplitud y certeza de la información brindada a la afiliada, en todo y cuanto concernía con los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en su derecho pensional.

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 al afiliado la información completa y veraz sobre su situación 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.

Así las cosas, como en el plenario no obran pruebas que determinen que la manifestación del demandante para vincularse al RAIS fue realizada de manera consiente, 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 ineficaz el traslado de régimen, de ahí que no haya lugar a revocar la decisión de primer grado en este sentido.

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, 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, ha de concluirse, 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, debe indicarse, que 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 el tema de la seguridad social por lo 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 esta 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 por cuanto la ineficacia del traslado es una pretensión eminentemente declarativa, y por consiguiente respecto de la misma 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 M.P. 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)"*.

COSTAS

En torno a la improcedencia de la condena en costas contra Colpensiones que es uno de los reparos endilgados a la sentencia de primer grado, 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'".*

En ese orden, ningún reproche merece para la Sala la determinación adoptada por el *a quo*, de haber impuesto condena en costas contra Colpensiones; pues si las mismas obedecen a un criterio objetivo, como lo es la imposición de condena, y esta entidad fue efectivamente vencida en juicio, resultaba procedente la imposición de las mismas.

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

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia contra Colpensiones en consideración a que el presente asunto fue conocido en el grado jurisdiccional de consulta. A su turno, se condenará en costas a Porvenir S.A., ante la improsperidad de su alzada.

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 Tercero Laboral del Circuito de Neiva, el 19 de noviembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de segunda instancia a Porvenir S.A.

TERCERO.- Sin costas en contra de Colpensiones, en razón de lo motivado.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


GILMA LETICIA PARADA PULIDO
Magistrada


ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ
Magistrada


EDGAR ROBLES RAMÍREZ
Magistrado