

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

Expediente **41001-31-05-001-2017-00714-01**

Neiva, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada en sesión de doce (12) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por la demandante, contra la sentencia de 3 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **CARMEN LUZ GÓMEZ GORDILLO** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**.

ANTECEDENTES

Pretende la demandante se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., y como consecuencia se ordene su traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Como soporte de sus pretensiones, narró que nació el 24 de noviembre de 1959, iniciando su vida laboral el 9 de enero de 1978 fecha desde la cual se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliada al extinto Seguro Social, sin embargo para el mes de septiembre de 1998, encontrándose prestando sus servicios a Preveer Ltda, los asesores de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, solicitaron un espacio para brindar información sobre el portafolio que ofrecía la entidad y sobre el estado del antiguo Seguro Social.

Relató que en ese momento se les asesoró sobre las ventajas y beneficios del régimen de ahorro individual y sobre la liquidación definitiva del ISS lo que ocasionaría la pérdida de los aportes cotizados al sistema; lo anterior la llevó a autorizar su afiliación al régimen privado, suscribiendo formulario de

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



vinculación el 23 de diciembre de 1998, sin ser consciente de las implicaciones de la decisión tomada.

Indicó que, al percatarse del engaño, elevó sendos derechos de petición el 14 y 19 de julio de 2017 solicitando ante Colfondos S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones la nulidad de su afiliación, remitiendo copia de las peticiones a la Superintendencia Financiera de Colombia, recibiendo respuesta negativa de las dos entidades

CONTESTACIÓN DE LOS DEMANDADOS

.- LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones por encontrarlas infundadas, contrarias a derecho y sin respaldo en la realidad de los hechos, reparando que la afiliada se trasladó de forma libre y voluntaria y contaban con 5 días hábiles después del traslado para retractarse, sin que lo hiciera.

Añadió que conforme el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, los afiliados solo pueden trasladarse de régimen por una sola vez, cada cinco años, pero no podrán hacerlo cuando les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, y en este caso, el término venció para la demandante; en consecuencia propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia del derecho reclamado, prescripción, no hay lugar al cobro de interés moratorios, no hay lugar a indexación, declaratoria de otras excepciones»*.

.- COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se opuso a las pretensiones, advirtiendo que la demandante al trasladarse lo hizo de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza, pues así se demostró cuando firmó el formulario; a su vez, expuso que para que la afiliada retorne al régimen de prima media es menester cumplir con los requisitos de la sentencia SU-130 de 2013, situación que no se da en el presente caso.

Ratificó que la demandante no presentó reclamación o queja durante el tiempo de afiliación y podía regresar al régimen anterior, siempre y cuando

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



faltaren 10 años o más antes de cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez.

LA SENTENCIA

El Juez Primero Laboral del Circuito de Neiva, negó la nulidad y/o ineficacia que solicitó la demandante; soportando su tesis a la luz de las normas reguladoras de la materia, según las cuales argumentó que no existe medio de prueba que soporte que la actora sufrió engaño o una intención fraudulenta por parte de Colfondos S.A., por lo que concluyó que la señora Carmen Luz Gómez Gordillo no demostró que fuera nulo su traslado.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la demandante presentó recurso de apelación, a través de su representante judicial argumentando que *«no se tuvo en cuenta que a mi procurada en ningún momento se le prestó la asesoría al momento de realizar el traslado, simplemente porque firmó ya muestra su voluntad, no, Colfondos no le prestó el deber de darle una debida información, clara eficaz de las implicaciones del traslado, siendo su deber»*.

Añadió que, resulta imposible que tan solo con el Decreto 2017 de 2015 y la Circular 016 de la Superintendencia Financiera se estableciera la correcta asesoría en información, pues a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se estableció la obligación en cabeza de las administradoras de pensiones de asesorar de forma completa a los afiliados, sin que en se encuentre probado dicho presupuesto en el caso de la demandante.

Concluyó exponiendo que la carga de la prueba acerca de la acreditación sobre la debida información, recae en Colfondos S.A. y no en la actora como lo indicó el juzgador de instancia, lo que conduce a que se declare la ineficacia del traslado, porque la entidad demanda no demostró la configuración de tal obligación.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



En los términos del Decreto 806 de 2020, acogido por la Sala Civil Familia Laboral en sesión extraordinaria de 11 de junio del mismo año y declarado exequible por la Corte Constitucional se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión; la parte demandante, ratificó los argumentos expuestos al sustentar el recurso de alzada, concluyendo de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las administradoras de fondos de pensiones suministrar una debida información a los afiliados, en relación con los trámites de cambio de régimen pensional.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, solicitó se confirme la decisión de instancia, con base en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, las excepciones declaradas prosperas, alegaciones desarrolladas y consideraciones expuestas por el *a quo*.

Finalmente, la abogada Edna Katherine Gómez Losada presentó escrito manifestando representar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, sin embargo, en el dossier se echa de menos poder conferido para actuar en nombre de la citada entidad.

CONSIDERACIONES

Por ser esta Sala competente como superior funcional de la Juez que profirió la sentencia, y hallarse cumplidos los presupuestos procesales, sin encontrar causal de nulidad que invalide todo lo actuado, se pronunciará fallo de fondo.

Problema Jurídico

Establecer, si al momento de efectuarse el traslado de régimen, la demandante fue debidamente informada, por la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad, sobre las consecuencias que podía acarrearle frente a su futura pensión.

Solución al problema jurídico.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Sobre el particular, es preciso señalar que el literal b) del artículo 13 del Estatuto de la Seguridad Social y Pensiones dispone que la elección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, de lo que resulta que la asesoría o información para tomar tal decisión no debe ser abstracta sino precisa y veraz, con el fin que permita el ejercicio de la libertad informada; pues de no ser así, la misma normativa castiga las consecuencias en la infracción de la información veraz cual es, que *«La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»*. (Inciso 1 del precepto 271 ibídem)

Así las cosas, véase que es la propia ley la que sanciona, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que atañe a las administradoras, e incluso, tal como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia lo ha enseñado, *«la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente, y de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo, y en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993. »* (SL4964-2018).

Aclarado lo anterior, descende la Sala a resolver los reparos presentados por la parte demandante.

La carga de la prueba.- frente al tema puntual de a quién corresponde demostrarla, véase que en reciente jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 581 de 2021), reiteró que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca, en los siguientes términos:

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



«[...] 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 se 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 quien está en posición de hacerlo.»

Ahora, en virtud del artículo 1604 del CC, que establece que *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*, por lo que es el fondo de pensiones a quien corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias para que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Y finalmente, no resulta razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual,

«[...] toda vez que, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros»

Para concluir, y citando la regla jurisprudencial determinada en las sentencias CSJ SL4989-2018; CSJ SL1452-2019 y CSJ SL1688-2019 entre otras, son las administradoras de fondos de pensiones quienes deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor de aquél.

Resultando cierto lo sostenido por el apoderado de la demandante Carmen Luz Gómez Gordillo, al referir que la sola suscripción del formulario de traslado de régimen donde se manifiesta que se hace de forma libre y voluntaria, no justifica que la administradora omitiera brindar la correcta información de manera clara y precisa, sobre las incidencias o consecuencias del cambio al RAIS.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Claro lo anterior, y descendiendo a las pruebas obrantes en el plenario véase que a folio 175 del cuaderno 1, formulario de solicitud de vinculación o traslado, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que la afiliada suministró como información general, su vinculación laboral y beneficiarios. En él se observa una casilla denominada «*voluntad de afiliación*», en la que hace constar que la selección del RAIS ha sido efectuada en «*forma libre, espontánea y sin presiones*»; no obstante, brilla por su ausencia que se hayan informado todos los datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, dar a conocer a la hoy demandante las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones.

En estos términos, véase que no era suficiente diligenciar el formulario de traslado para acreditar que se trató de un traslado voluntario y libre, pues ello no es excusa para omitir información amplia e ilustración de las consecuencias a futuro del cambio de régimen, recayendo en cabeza de la administradora, como ya se indicó, el deber de forjar en la demandante un moderado entendimiento del acto jurídico de traslado de régimen, situación que en el asunto se extraña.

- Sobre la prescripción

Ahora, sobre la prescripción de la acción alegada por las entidades demandadas, véase que su afectación con base en lo reglado en el C.P.T. y de la S.S., es de 3 años desde su afiliación a la administradora pensional, sin haber elevado reclamación al respecto.

Pero, para la Sala no opera la prescripción de la acción en tratándose de la nulidad relativa de los negocios jurídicos regidos por el Código Civil, por error, fuerza o dolo que vician el consentimiento de una de las partes contratantes, dado que la acción incoada tiene su fuente en los artículos 13, 36, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, que establece la libertad del usuario como principio fundante para escoger el régimen por el cual pretende adquirir sus derechos pensionales.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



En consecuencia, como en una oportunidad lo mencionó la Sala Tercera de Decisión de este Tribunal Superior, en un caso de similares connotaciones, *«el transcurso del tiempo, no puede ser un obstáculo en la aspiración de que se anule el traslado de régimen pensional, por cuanto ello sería como otorgarle consecuencias jurídicas a un acto viciado de nulidad, con menoscabo de la pérdida de un derecho irrenunciable, como lo es, a la pensión y el derecho fundamental a la seguridad social, a tono con el artículo 53 de la Constitución, referente a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; por lo que, la acción de nulidad del traslado del RPM al RAIS se torna imprescriptible, en virtud de que estando próxima a adquirir su derecho pensional apenas viene a percibir las consecuencias por la carente información que le fue brindada al momento que efectuó su traslado, por ello tal término prescriptivo resulta progresivo, lo que conduce a declarar no probada la exceptiva propuesta en ese sentido, y por tanto el reparo sin vocación de prosperidad»*. (Sentencia del 29 de enero de 2019, radicado 41001-31-05-001-2016-00755-01).

Y si lo anterior no fuera suficiente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, enseñó que *«en el asunto bajo estudio esas disposiciones devienen en inaplicables, toda vez en este caso, como quedó visto, las pretensiones de la demanda tienen carácter declarativo, en la medida que se relacionan con el deber de examinar la expectativa de la afiliada a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida»* (SL 587 de 2021).

Por lo que concluye esta colegiatura, que debe revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar conceder las pretensiones de la demanda; quedando así entonces agotada la competencia funcional de la Sala.

COSTAS

De conformidad con el numeral 1 del art. 365 del CGP, por haber prosperado el recurso elevado, habrá que condenarse en costas de segunda instancia a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a favor de la demandante.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda 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: **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva el 3 de septiembre de 2018, la que quedará así;

“PRIMERO: **DECLARAR** la ineficacia del traslado de la afiliada **CARMEN LUZ GÓMEZ GORDILLO** del régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, realizado el 23 de diciembre de 1998.

SEGUNDO: **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, remitir el saldo total de la cuenta de ahorro individual correspondiente a la afiliada **CARMEN LUZ GÓMEZ GORDILLO**, junto con las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración y sus respectivos frutos e intereses a la administradora del régimen de prima media con prestación definida administrada por **COLPENSIONES**.

TERCERO: **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** aceptar el traslado de **CARMEN LUZ GÓMEZ GORDILLO** desde el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, al régimen de prima media con prestación definida bajo su administración.

CUARTO: **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por **COLPENSIONES** denominadas *«inexistencia del derecho*

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



*reclamado, prescripción, no hay lugar al cobro de interés moratorios, no hay lugar a indexación, declaratoria de otras excepciones», y las de **COLFONDOS S.A.** denominadas «prescripción de la acción, buena fe, inexistencia del trámite previsto en la Ley y la jurisprudencia para que se conceda el cambio de régimen pensional, no cumplimiento de los requisitos exigidos por las sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, encontrarse incurso en prohibición de traslado, inexistencia de algún vicio del consentimiento, y la genérica».*

QUINTO: CONDENAR en costas a **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, en favor de la demandante.”

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a las entidades demandadas en favor de la demandante.

TERCERO: DEVOLVER el proceso al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE,

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

GILMA LETICIA PARADA PULIDO

ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ

Firmado Por:

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



LUZ DARY ORTEGA ORTIZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL-FLIA-LABORAL NEIVA

ENASHEILLA POLANIA GOMEZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL-FLIA-LABORAL NEIVA

GILMA LETICIA PARADA PULIDO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL-FLIA-LABORAL NEIVA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

32bfabbf1950713c3f767214c78a44806541993d23c328c15c131ecf09e5f
604

Documento generado en 18/05/2021 03:54:18 PM