República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

Magistrada Ponente

Expediente **41001-31-05-002-2018-00237-01**

Neiva, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada en sesión de diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por las entidades demandadas, contra la sentencia de 15 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **LUZ MARINA ARIAS VARGAS** contra **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES",** al igual que el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última.

ANTECEDENTES

Pretende la demandante se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR 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 20 de octubre de 1957, que inició su vida laboral en el año 1996, cuando ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 estando afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Indicó que el 14 de abril de 2000 y guiada por un asesor de Porvenir S.A. quien le explicó las ventajas, pero nunca las desventajas del régimen de ahorro individual, la convenció de trasladarse al fondo privado sin siquiera realizar una proyección aproximada de lo que sería su derecho pensional.

Indicó que, al percatarse del error, elevó derecho de petición el 7 de noviembre de 2017 solicitando ante las entidades encartadas la nulidad de su afiliación, recibiendo respuesta negativa de ambas entidades

CONTESTACIÓN DE LOS DEMANDADOS

.- La **ADMINISTADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** se opuso a las pretensiones por considerarlas infundadas y no contener respaldo probatorio.

Añadió que conforme el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, los afiliados sólo 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, dicho término fue superado.

Añadió que la pretensión no está llamada a prosperar por cuanto la demandante autorizó y aceptó el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual de forma libre, voluntaria y aceptando las condiciones jurídicas del cambio de régimen.

Propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia del derecho reclamado, prescripción, no hay lugar al cobro de intereses moratorios, no hay lugar a la indexación, declaratoria de otras excepciones».*

.- **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES -PORVENIR S.A. -** contestó indicando que la demandante dejó constancia escrita de su elección y traslado en el formulario diligenciado el 14 de abril de 2000, por lo que no resulta de recibo que después de 18 años de permanencia en el RAIS pretenda desconocer los efectos jurídicos de sus propios actos de voluntad, lo que ahora resulta ilógico, pues tenía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a la fecha del traslado de conformidad con el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994 o iniciar la demanda dentro de los 4 años siguientes.

Propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia de las obligaciones a cargo de mi representada, falta de causa para demandar, inexistencia del derecho, buena fe, cumplimiento de la normativa vigente por parte de Porvenir S.A., prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación y la innominada»*

LA SENTENCIA.

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Neiva, declaró infundadas las excepciones de la parte demandada y declaró la nulidad por ineficacia de la afiliación de la demandante a Horizonte hoy Porvenir S.A., realizada el 14 de abril de 2000 por lo que la actora regresará al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Igualmente, ordenó a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de los ahorros de la demandante de su cuenta individual, junto con los rendimientos, como si nunca hubiera estado desafiliada de dicho régimen solidario.

Como soporte de su tesis, indicó que conforme la jurisprudencia laboral y para dar respuesta a los alegatos elevados por las entidades encartadas, que no puede entenderse que la accionante tomó una decisión libre y voluntaria cuando desconocía la incidencia que aquella podía tener frente a sus derechos prestacionales ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple manifestación genérica, por lo que el fondo privado debía probar que documentó de forma completa, precisa e individual para cada uno de los afiliados, para que se entendiera que había tomado una decisión libre y ajustada a sus intereses, situación que no se acreditó.

De allí, concluyó que la actora no fue completamente informada por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pues nada le informó sobre las consecuencias de su traslado, el monto de pensión, la tasa de reemplazo; por lo que incumplió la exigente carga impuesta de acreditar que brindó asesoría completa y compresible del cambio de régimen y sus consecuencias.

LA APELACIÓN

.- Inconforme con la decisión, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"** elevó recurso de apelación argumentando que, *«el despacho desconoció o no tuvo en cuenta lo establecido en la ley 797 de 2003, el que indicó en su artículo 2° «características del sistema general de pensiones literal E, que indicó que; «los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, 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;», esta norma es clara en puntualizar la opción que tuvieron los demandantes de realizar ese traslado, y no lo realizaron».*

Reparó que se aparta de la postura, de imponer la carga de la prueba a la entidad encartada, por cuanto quien pretende que se le concedan unas pretensiones fundadas en el engaño sufrido, debía acreditarse si quiera sumariamente en qué consistió el mismo.

Añadió que basta con la simple voluntad del afiliado para que se dé el traslado del régimen, el que se reflejó en el formulario diligenciado, momento en donde se le brindó una información completa sobre su realidad pensional, sumado que allí se contempló que, se eligió el fondo privado de forma voluntaria, documento al que se le impuso su firma y con ello su aceptación.

.- Por su parte la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A.,** inconforme con la decisión indicó que no comparte el criterio de la jurisprudencia que la negación indefinida implica mutar la carga de la prueba, textualmente indicó que *«cada caso en particular es digno de ser analizado en cuanto a la materialización de la carga de la prueba, refiriéndonos a cada uno de los casos no logró ninguno de los demandantes en estos procesos, demostrar en que consistió el engaño, han debido traer prueba suficiente que advirtiera qué sucedió al momento del cambio de régimen»*

Afirmó que de manera escrita se debe dejar constancia de la forma libre en que se hace la escogencia del cambio de régimen y así ocurrió en el asunto con el formulario de afiliación, teniendo la oportunidad de conversar y de asesorarse con la persona que los estaba guiando.

Finalmente, indicó que no comparte la jurisprudencia citada para darle prosperidad a las pretensiones de la demanda, por cuanto no es preciso indicar que después 18 años el traslado no resulta válido, pues no se logró demostrar en que consistió el engaño que indicó, se sufrió.

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 demandante, solicitó confirmar el fallo tras concluir, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que 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, toda vez que la falta de asesoramiento genera lesiones injustificadas en el derecho pensional.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pidió ser tenidos en cuenta los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, los alegatos de conclusión ante el *a quo*, y el recurso de alzada; manifestando no compartir, la postura consignada en la sentencia de primera instancia, bajo el amparo de una carga de la prueba atribuible a las administradoras de fondos de pensiones, porque no basta con que la parte actora exprese sentirse insatisfecha con el asesoramiento, teniendo en cuenta que aquel se desarrolló en un acto de voluntad consciente y libre.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, guardó silencio.

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 parte de la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad sobre las consecuencias que ello podía acarrearle frente a su futura pensión.

Solución al problema jurídico.

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, desciende la Sala a resolver los reparos realizados por las entidades encartadas.

Respecto de la carga de la prueba, frente al tema puntual de a quién le 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 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 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 al fondo de pensiones al que 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»*

De allí véase que los reparos elevados por la Administradora Colombiana de Pensiones y Porvenir S.A., frente a la imposibilidad de imponerles la carga de la prueba en estos eventos cae por su peso con la

jurisprudencia anteriormente citada y 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 tienen la carga de demostrar que suministraron al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Claro lo anterior, y descendiendo a las pruebas allegadas al plenario véase que obra a folio 7 formulario de solicitud de vinculación o traslado, que no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que la afiliada suministró a la demandada. En el documento aparece información general de ésta, de 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 lo anterior, 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 actora las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones.

En estos términos, véase que no era suficiente la diligencia del formulario de traslado para acreditar que se trató de un traslado voluntario y libre, como así lo afirma y alegó Porvenir S.A., pues ello no es excusa para no brindar 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.

Para reforzar lo anterior, valga aclarar que no es como lo afirman las entidades recurrentes, cuando indican que se deben probar las pretensiones en que se fundó la demanda, por lo que corresponde a la demandante acreditar en que consistió el engaño que alegó haber sufrido, y es que precisamente, lo que allí se invocó fue el engaño basado en la omisión del deber de información por parte de la administradora de pensiones,

correspondiéndole entonces a esta, acreditar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de ser sus nuevos afiliados, la que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, tal y como lo sostuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 *«Las administradoras de pensiones 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».*

Queda así entonces agotada la competencia funcional de esta Sala.

COSTAS

De conformidad con el numeral 1 del art. 365 del CGP, ante la decisión adversa de los recursos de alzada, habrá que condenarse en costas de segunda instancia a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A. en favor de la demandante, sin hacerlo a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

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: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 15 de febrero de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva.

SEGUNDO: **CONDENAR** en costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** 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:

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Código de verificación:

23589ca3c518e03771aa4202df29d2f534935ed6afa9b26415a98bf483769839

Documento generado en 25/05/2021 08:48:13 AM