

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 **41001-31-05-003-2018-00247-01**

Neiva, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada en sesión de veintiséis (26) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por las entidades demandadas, contra la sentencia de 27 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **ESPERANZA FIERRO VANEGAS** 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 administrada por COLPENSIONES.

Como soporte de sus pretensiones, narró que nació el 25 de enero de 1964 y que inició su vida laboral el 21 de julio de 1988 a órdenes de la Alcaldía Municipal de Garzón, encontrándose afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el Fondo Territorial Pensiones Garzón.

Que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliada

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



al régimen de prima media y prestación definida administrado por Colpensiones, pero para el año 1998 estando laborando a órdenes de la E.S.E Hospital Departamental San Vicente de Paul, los asesores comerciales de Porvenir S.A. convocaron a los empleados a reunión con el fin de informar las políticas gubernamentales del ahorro individual en los fondos privados.

En virtud de lo anterior, y por haber recibido asesoría pensional, en donde se le expusieron las ventajas, la rentabilidad financiera y la posibilidad de acceder a una pensión anticipada, autorizó su traslado y vinculación al régimen de ahorro individual, que se hizo efectivo a partir del 1° de enero de 1996, no siendo consciente de las consecuencias, debido a la falta de información y precisión.

Indicó que, al percatarse del error elevó derecho de petición el 16 de noviembre de 2017 solicitando ante Porvenir S.A. la nulidad de su afiliación, igualmente elevó petición ante la Administradora Colombiana de Pensiones el 27 de noviembre de 2017, recibiendo respuesta negativa de las dos entidades

CONTESTACIÓN DE LOS DEMANDADOS

.- La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, descorrió el traslado oponiéndose a las pretensiones argumentando que no se evidencia la ocurrencia de una vía de hecho en materia pensional, que comprometa el debido proceso, y que no se desconocen derechos irrenunciables de carácter pensional.

Añadió que conforme el artículo 2° 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.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



.- LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES -PORVENIR S.A.- contestó indicando que la actora se encuentra legalmente afiliada al régimen de ahorro individual, pues con la firma del formulario consignó su voluntad de afiliación, sin que pueda resultar lógico que después de 23 años del traslado al fondo de ahorro individual se indique que fue engañada, pues si así lo sintió, debió retractarse de la afiliación dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de vinculación, pero no lo hizo.

Argumentó, que la actora recibió asesoría conforme las disposiciones legales vigentes para esa época, sin embargo, en ese tiempo no era necesario levantar constancias de las asesorías brindadas ni mucho menos realizar proyecciones o propuestas técnicas, pues esto empezó a regir en el año 2015 con el concepto No. 2015123910-0002 de 29 de diciembre de ese mismo año, de la Superintendencia Financiera de Colombia.

LA SENTENCIA.

La Juez Tercera Laboral del Circuito de Neiva, declaró que el traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad por PORVENIR S.A., es nulo y en consecuencia ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones aceptar el traslado de la actora desde la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al régimen de prima media; a su vez ordenó a Porvenir S.A., remitir el saldo total que posee la demandante en su cuenta individual junto con las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y los respectivos frutos e intereses a Colpensiones.

Finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir S.A., condenándolas en costas en favor de la demandante.

Como soporte de su tesis y citando la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, encontró que la

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., no cumplió con la exigente carga impuesta por la jurisprudencia de acreditar que brindó asesoría completa y comprensible 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 nada tuvo que ver con el traslado efectuado por la demandante, por lo que se demuestra que su decisión fue libre.

Por otra parte, sostuvo que a la actora le faltan menos de 10 años para acceder a la pensión, por lo que no se puede trasladar de régimen.

Finalmente, indicó que no podría ser condenada en costas, por no tener incidencia en la decisión de la actora sobre el cambio de régimen.

.- Por su parte la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A.**, inconforme con la decisión citó la sentencia C-551 de 1997, de la que resaltó que la ignorancia de la ley no es excusa, y con base en ella indicó textualmente *«que si bien es cierto jurisprudencialmente se exige exceso de explicaciones y que la carga de la prueba le corresponde a las administradora de fondos de pensiones en cuenta se alega la nulidad por vicios de consentimiento por falta de información o errada información, considero lo contrario, la carga de la prueba corresponde a quien alega esos vicios del consentimiento ...les correspondían... demostrar en que consistió el engaño y no lo hicieron»*

Finalmente, reparó que no es posible exigirles a las administradoras dictar un curso personalizado de la seguridad social a todos los que pretenden afiliarse.

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



declarado exequible por la Corte Constitucional se corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión; la parte demandante, solicitó confirmar el fallo, tras concluir, que 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.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., solicitó sean 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, 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.

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 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 desfavor 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, es las que las administradoras de fondos de pensiones 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.

Claro lo anterior, y descendiendo a las pruebas allegadas al plenario véase que obra a folio 17 formulario de solicitud de información, el que no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que la afiliada suministró a

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



la demandada. En el documento aparece información general de la afiliada, 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 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, 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.

Por último, frente al reparo de Colpensiones respecto a que nada tuvo que ver con los trámites y decisiones de la actora y por ende no debe ser condenada en costas. Resulta aplicable lo que tiene sentado la jurisprudencia en tratándose de imposición de costas procesales, por ejemplo la sentencia CSJ SL, 13 sep. 2011, rad. 38216, en donde se dijo:

«Así las cosas, se entiende que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo obliga a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones.»

En ese sentido, no habrá lugar a modificar la imposición de costas ordenadas por el *a quo* pues, como se indicó, estas se imponen a la parte vencida en el proceso por ser de aplicación objetiva.

Por lo anterior, habrá que confirmarse la sentencia de primer grado, pues acertó la juez de instancia al considerar que la sanción por la afiliación desinformada no es otra que la ineficacia en sentido estricto y

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



genera, como consecuencia, retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción que el traslado nunca ocurrió (SL1688-2019).

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 del 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 27 de febrero de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Garzón.

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,

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



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

Código de verificación:

**e3dd3950a3c7f732a61a03db310b2c23fa6d4fd56498c677d5ac1ea4d6
53c456**

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Documento generado en 31/05/2021 10:51:56 AM