

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Expediente **41001-31-05-002-2017-00461-01**

Neiva, primero (1°) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada en sesión de veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por las entidades demandadas, contra la sentencia de 13 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **MARÍA DEL ROSARIO CUÉLLAR NÚÑEZ** contra **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 13 de marzo de 1959 y que inicio su vida laboral en 1977, fecha desde la cual estuvo afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces ISS.

Relató que, encontrándose prestando sus servicios a Coofisam, los asesores de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, solicitaron un espacio para brindar información sobre el portafolio que ofrecía la entidad, asesorándola sobre las ventajas y beneficios del régimen de ahorro individual y sobre la liquidación definitiva del ISS lo que

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



ocasionaría la pérdida de los aportes cotizados al sistema; lo anterior la llevó a autorizar su afiliación al régimen privado, suscribiendo formulario de vinculación el 12 de enero de 2001.

Indicó que, al percatarse del error, elevó sendos derechos de petición el 17 de febrero de 2017 solicitando ante Porvenir S.A. y Colpensiones la nulidad de su afiliación, por considerarse engañada al no advertírsele acerca de la notable disminución de su mesada pensional al realizar el traslado de régimen.

CONTESTACIÓN DE LOS DEMANDADOS

.- LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, recorrió el traslado oponiéndose a la toda vez que la afiliada se trasladó de forma libre y voluntaria y contaba 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, la demandante solo puede trasladarse de régimen por una sola vez, cada cinco años, pero no podrá hacerlo cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, y en este caso, dicho término venció para la señora Cuéllar Núñez, no existiendo mérito para declarar prósperas las pretensiones y tampoco condenarla en costas; en consecuencia propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia del derecho reclamado, prescripción, no hay lugar al cobro de intereses moratorios, declaratoria de otras excepciones»*.

.- LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A., solicitó negar las pretensiones, refiriendo que sí se dio una asesoría completa a la demandante el 12 de enero de 2001, sin que alegara en los siguientes 16 años situación de engaño o falta de información por parte de los asesores de la entidad, corroborándose con la firma del formulario la aceptación libre y voluntaria del cambio de régimen,

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



y si quería retractarse debió hacerlo dentro de los cinco días posteriores a su afiliación.

Indicó, que la actora recibió asesoría conforme las disposiciones legales vigentes para la época, sin embargo, en ese tiempo no era necesario levantar constancias de las asesorías brindadas ni mucho menos realizar proyecciones o propuestas técnicas, pues ésto 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

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Neiva, declaró infundadas las excepciones propuestas, y nulo por ineficacia del traslado la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., 12 de enero de 2001 y ordenó su regreso a Colpensiones como si nunca hubiera estado desafiada, junto con los rendimientos.

Como soporte de su tesis, invocó las enseñanzas de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en lo que tiene que ver con la información completa y precisa que debe dar la entidad que pretende el traslado, considerando que su omisión desencadena en engaño al afiliado, sin poder pregonarse que una simple casilla afirmativa de ser un acto libre y voluntario, sea suficiente para determinar que el cambio de régimen fue realizado bajo total enteramiento de las consecuencia que dicho actuar traería.

Finalizó su dicho, advirtiendo que si bien obra copia del formato de afiliación, esta no es suficiente para demostrar por parte de la entidad demandada, haber suministrado una información completa y buen consejo a la señora Cuéllar Núñez, accediendo a las pretensiones de la demanda.

LA APELACIÓN

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Inconformes con la decisión, las entidades demandadas la apelaron, así:

.- LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, reparó que *«no ha existido ningún vicio de consentimiento que haya motivado el traslado del régimen pensional, por otra parte las demandante consintieron el traslado y por lo tanto no pueden alegar información integral sobre las ventajas y desventajas sobre el régimen, tampoco existía un derecho consolidado al realizar el traslado, por lo que Colpensiones no podía realizar un cálculo actuarial en relación con los beneficios con desventajas o desventajas que podía causarle el traslado»*.

.- LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A., advirtió errado el análisis realizado por el juzgado de instancia de las pruebas recaudadas, porque en el formulario de afiliación se hizo constar la elección libre realizada por la demandante, echando de menos que no se dio una explicación o proyección del cálculo actual, porque para la época, dicho acontecimiento era imposible al desconocerse los datos y salario que la afiliada iba a tener.

Reparó que lo que hicieron los funcionarios de la entidad, fue realizar charlas sobre el nuevo sistema pensional, pero nunca hubo error, fuerza o dolo, pues no se indujo a la actora para que accediera a un cambio de régimen; además porque si tenía la intención de volver al régimen inicial, contaba con la oportunidad de retractarse y de no hacerlo en dicha ocasión, tenía el límite de los diez años anteriores al cumplimiento de la edad para acceder a la pensión.

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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., 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 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 recurrentes.

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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, en 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 que obran en el plenario a folio 17 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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.

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*

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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).*

Finalmente, como quiera que el juzgado de primera instancia registró en la resolutive del asunto, como fecha de afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 27 de octubre de 1999, siendo la fecha correcta el 12 de enero de 2001 según se observa a folio 17 del cuaderno 1, donde reposa el formulario de afiliación, se modificará en numeral segundo de la sentencia; siendo imperioso además, adicionarlo para ordenar a Porvenir S.A. la remisión de los bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración y sus respectivos frutos e intereses, a Colpensiones.

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 la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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.

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: MODIFICAR Y ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de 13 de agosto de 2018 proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE NEIVA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esa providencia, el cual quedará así:

“SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado y afiliación de la actora al Régimen de Ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., realizada el **12 de enero de 2001**, por lo que la actora regresará a COLPENSIONES como si nunca hubiera estado desafiada del Régimen Solidario de Prima Media con prestación definida junto con las implicaciones que ello genere.

ORDENAR a **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, remitir además de los ahorros de la cuenta de la afiliada, los rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración y sus respectivos frutos e intereses a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**”

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y a favor de la demandante, sin hacerlo a cargo de la

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

CUARTO: **DEVOLVER** el proceso al juzgado de origen.

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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:

Oce4d787dded6a6f8ff51590caa54aeb0ef02794fdf2c0d7502bcd780b7e
0729

Documento generado en 01/06/2021 04:29:09 PM