

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Expediente **41001-31-05-003-2017-00661-01**

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 10 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **SANDRA CONSTANZA CLAVIJO MONROY** contra **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS 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 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 septiembre de 1967 y se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 28 de abril de 1994, realizando aportes de manera ininterrumpida al extinto ISS hoy Colpensiones; y para el mes de enero de 1999, como consecuencia de la indebida e incompleta información suministrada por el fondo Horizonte Pensiones y Cesantías, se trasladó a dicha entidad.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Luego sin ser consultada, el 9 de octubre de 2002 fue trasladada a ING Pensiones y Cesantías, y con posterioridad el 17 de febrero de 2005 sin ser asesorada en forma, decidió trasladarse a Colfondos S.A.

Relató, que al encontrarse expectante por el cumplimiento de la edad para acceder a la anhelada pensión de vejez, solicitó a Colfondos S.A, informarle sobre el valor probable del monto de la prestación, quien afirmó que para sus 57 años, la suma ascendería a \$ 1.392.000; sintiéndose engañada y defraudada porque nunca se le informó que el traslado al fondo privado, contendría nefastas consecuencias como la disminución de su mesada pensional en forma abrupta, situación no configurativa si hubiera continuado cotizando a Colpensiones.

Indicó que, al percatarse del error, elevó sendos derechos de petición el 14 de febrero de 2017 solicitando a las entidades demandadas suministrar copia de la *«documentación clara y suficiente frente a los efectos que acarrearía el cambio de régimen pensional»* (sic), y demostrara el suficiente asesoramiento brindado por los fondos privados, solicitando declarar nulidad o ineficacia de los traslados, sin encontrar respuesta positiva.

CONTESTACIÓN DE LOS DEMANDADOS

.- LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, describió el traslado oponiéndose a las pretensiones de la demanda toda vez que la afiliada se trasladó de forma libre y voluntaria y contaban con los 5 días hábiles posteriores para retractarse, sin que lo hiciera.

Añadió que conforme el artículo 2° 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 Clavijo Monroy; en consecuencia propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia del derecho reclamado y*

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



de la obligación, buena fe de la demandada, declaratoria de otras excepciones».

.- LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., se opusieron a las pretensiones, refiriendo que sí se dio una asesoría completa a la demandante el 28 de enero de 1999, sin que se alegara en los siguientes 18 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, sumado a que si quería retractarse lo debió hacer dentro de los cinco días posteriores a su afiliación.

Argumentaron, 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; proponiendo como excepciones las que denominaron *“inexistencia de las obligaciones a cargo de mi representada, buena fe y cumplimiento de la normatividad vigente, prescripción de la acción, ausencia de prueba efectiva del daño alegado y la innominada o genérica”*.

.- COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, oponiéndose a las pretensiones, propuso como excepciones *“prescripción, buena fe, debida asesoría del fondo y la genérica”*, sustentado que al suscribirse el formulario la afiliada lo hizo de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza, pues así se demostró cuando lo firmó; a su vez, expuso que para que retorne al régimen de prima media es menester cumplir con los requisitos de la sentencia SU-130 de 2013, situación que no logró por la demandante.

LA SENTENCIA

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



La Juez Tercera Laboral del Circuito de Neiva, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad dirigido por PORVENIR S.A., y en consecuencia ordenó a COLFONDOS S.A., entidad donde se encuentra actualmente afiliada la señora Sandra Constanza Clavijo Monroy, a trasladar el saldo de la demandante, junto cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses a COLPENSIONES, ordenando a esta última aceptar el traslado.

Como soporte de su tesis, indicó que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, corresponde a la entidad que pretende el traslado del afiliado, informar de forma completa y comprensible del cambio y sus consecuencias, encontrándose en ella la carga de la prueba para acreditar que así lo hizo.

Luego, al descender al caso concreto, consideró que en ninguno de los cambios que realizó la afiliada a las distintas administradoras privadas, fue informada de las implicaciones del régimen de ahorro individual, tampoco ninguna de ellas realizó un cálculo de proyección de su situación pensional, incumpliendo su deber de buen consejo, por lo que la omisión de tales obligaciones hace ineficaz la afiliación.

LA APELACIÓN

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

.- LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, argumentó que la afiliación al régimen de ahorro individual tiene plena validez, y visto que a la demandante le faltan menos de 2 años para acceder a la pensión, no se puede trasladar de régimen, de conformidad con lo establecido artículo 2 de la Ley 797 de 2003; asimismo alegó no estar de acuerdo con la condena en costas porque el actuar

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



desarrollado por la entidad siempre lo ha sido bajo el principio de la buena fe.

.- Por su parte las administradoras **PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**, inconformes expusieron que *«el 28 de enero de 1999 la afiliada recibió el formulario que contenía la solicitud de traslado del ISS antiguo a la entonces Horizonte hoy Provenir, y respetando el criterio del juzgado y algunas providencias de las Altas Cortes consideramos y seguimos creyendo que quien alega el error en el consentimiento y el engaño en virtud de ese error, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 es a esa parte a la que le corresponde demostrar en que consistió el error»*; reiterando que para la época no era necesario levantar constancias de las asesorías brindadas, existiendo por las entidades una correcta administración de los recursos aportados por la demandante.

.- Finalmente **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, fundó su inconformidad, refiriendo que al momento de afiliarse la demandante al régimen de ahorro individual sólo tenía una expectativa legítima de ser beneficiaria del régimen de transición, de esa manera el deber de información de que hablan las Altas Cortes recae para aquellos que tuvieren ese régimen transicional, cuyo cambio si deteriora su situación pensional; asimismo que del dicho de la señora Clavijo Monroy, al rendir interrogatorio de parte, puede concluirse que no se logró probar la existencia de un indebido asesoramiento al momento de afiliarse a los fondos privados.

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, durante el cambio régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, nunca recibió información concreta y detallada de las implicaciones del traslado pensional, imposibilitando calificar como voluntaria tal actuación, al no acreditar las entidades demandadas un debido asesoramiento.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, expuso que la demandante suscribió de forma libre, espontánea y sin presiones el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificando su traslado al no presentar ninguna reclamación de conformidad con el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, cumpliendo a cabalidad con el deber de información, según las documentales aportadas al juicio donde se le manifestó al afiliado todo lo relacionado con su situación pensional.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., guardaron 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, 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 corresponde demostrarla, véase que en reciente jurisprudencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 581 de 2021), reiteró

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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»

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 en CD obrante a folio 209 anexo con la contestación de la demanda, obra formulario de solicitud de vinculación o traslado, y

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



posteriormente con la firma de los formularios de traslado a Protección S.A., luego a Colfondos S.A. (fl. 337 C.2) efectuados el 9 de octubre de 2002 y 17 de febrero de 2005, los cuales no corresponden a un registro o constancia de que las AFP hubiesen dado ilustración, por el contrario, contienen datos que la afiliada suministró, registrándose información general 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 las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones.

En estos términos, no era suficiente el diligenciamiento de los formularios de traslado para acreditar que se trató de un acto 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 las administradoras, 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

Frente al reparo elevado por las encartadas en lo que tiene que ver con la prescripción de la acción, véase que la afectación de aquella por la figura de la prescripción, con base en lo reglado en el C.P.T. y de la S.S., es de 3 años desde su afiliación a dicha administradora pensional, sin haber elevado ningún tipo de reclamación al respecto.

Empero, 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 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).

Frente al reparo elevado por Colpensiones respecto de la condena en costas de primera instancia, véase que si bien la entidad no influyó en la voluntad de la demandante de cambiarse de régimen, lo cierto es que su negativa de aceptar el traslado si infiere en la motivación de iniciar el aparato jurisdiccional, sumado a que ésta se da con sujeción de las reglas

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



plasmadas en el artículo 365 del CGP, que dispone en su generalidad que la condena en costas estarán a cargo de las partes vencidas en juicio, sin que ello comporte aspectos relacionados con las conductas procesales de las partes como temerarias o de mala fe.

Finalmente, se hace necesario adicionar la sentencia de primera instancia en tanto la juzgadora de instancia omitió ordenar por parte de Colfondos S.A. la devolución de los gastos de administración, confirmándose en lo demás la sentencia recurrida.

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 COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y 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: **ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, el 10 de septiembre de 2018, en el sentido de **ORDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS la devolución de los gastos de administración a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en favor de la demandante.

CUARTO: DEVOLVER, ejecutoriada la presente decisión, el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

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**

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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:

068157af4c2d4382523a8a40f93f78d9ce4a9c6215176c9f327d519bb2
b7952e

Documento generado en 01/06/2021 04:30:23 PM