

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA**



SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: GILMA LETICIA PARADA PULIDO

Neiva (H), diez (10) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

ACTA No. 48 DE 2021

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SONIA OSORIO ACOSTA CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A. No. RAD: 41001-31-05-002-2019-00290-01**

La Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede en forma escrita, a proferir la siguiente,

SENTENCIA

TEMA DE DECISIÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en la que se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordenó a la devolución de los dineros recaudados junto con los rendimientos

financieros. Así mismo, se conocerá el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

ANTECEDENTES

Solicita la demandante, previa declaración de la ineficacia o nulidad del traslado o afiliación que realizó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; se ordene a la AFP Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de saldos y rendimientos, lo que resulte probado ultra y extra *petita*, las costas y agencias en derecho.

Expuso como fundamento de sus pretensiones los siguientes hechos:

Que inició la vida laboral en el año de 1986, fecha desde la cual se afilió al Instituto de Seguros Sociales, en donde permaneció hasta el 19 de agosto de 1994, cuando se produjo el traslado al régimen de ahorro individual.

Indicó, que los asesores de Porvenir S.A. acudieron a las instalaciones donde laboraba al servicio de la Compañía de Empleos Temporales del Tolima S.A.S., con el fin de exponer el portafolio de servicios y el estado en el que se encontraba para ese entonces de Seguros Sociales, oportunidad en la que no se le brindó información respecto de las presuntas ventajas o desventajas que tendría el traslado de régimen pensional.

Refirió, que en enero de 1995 retornó al régimen de prima media administrado por Colpensiones, para luego en abril de 1999, migrar al RAIS a través de la AFP Porvenir; seguido a ello, en el mes de febrero de 2001, realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen, esta vez a la AFP ING Pensiones y Cesantías, por último, en mayo de 2003, retornó a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Aseveró, que el 14 de septiembre de 2017, la AFP Porvenir S.A., le practicó una proyección pensional en la que obtuvo como mesada la suma de \$737.717.00,

mientras que el cálculo actuarial efectuado bajo las reglas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le arrojó un valor aproximado de \$1.162.665.00. Aseguró, que mediante escritos de 23 de octubre de 2018, solicitó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, aspiración fue resuelta desfavorablemente mediante oficios de 24 de octubre de 2018.

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva (fl. 103) y corrido el traslado de rigor, las demandadas se opusieron a la prosperidad de las pretensiones declarativas y de condena. (fls. 126 a 137 y 152 a 179).

El Juzgado de conocimiento mediante sentencia del 11 de marzo de 2020 (fls. 190-191), declaró la ineficacia de la afiliación, ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, gastos de administración, debidamente indexados, así como la información que reposa en las bases de datos, todo ello, como si nunca hubiese estado desafiliada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y condenó en costas a las convocadas.

Para arribar a tal determinación, indicó, en esencia, que las accionadas no desvirtuaron la negación indefinida formulada en la demanda, según la cual, a la demandante no se le brindó información detallada, amplia y veraz respecto de las diferencias en los requisitos que se deben reunir para adquirir la prestación de vejez, como en el monto estimativo de las mesadas, en cada uno de los regímenes.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación los que fueron concedidos.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO PORVENIR S.A.

La apoderada de Porvenir S.A., solicita la revocatoria de la sentencia apelada, y para tal efecto alega que el traslado de la actora no estuvo precedido de engaño o desinformación, por cuanto el formulario de afiliación es demostrativo de la

conformidad de la decisión, suma a ello, que la promotora del jurídico se encuentra inmersa en la prohibición que señala el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO COLPENSIONES

Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, pretende se revoque la sentencia de primer grado, y para tal efecto, sostiene al momento de suscribirse el acto jurídico de traslado, la legislación vigente no imponía la necesidad de asesorar al afiliado como lo exige ahora la jurisprudencia, por lo que no es procedente, que 20 años después, se imponga para la validez de un acto el cumplimiento de requisitos que eran inexistentes, suma a ello, que el traslado de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de conformidad con lo previsto en el artículo 2º. de la Ley 797 de 2003. Por último, señala que finalmente dicha entidad ha actuado de buena fe en relación con las solicitudes que ha presentado la actora e incluso no intervino en el traslado de régimen pensional, por tal motivo no había lugar a condenarla en costas de primer grado.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la anterior determinación fue adversa a una entidad respecto de la que la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PARTE DEMANDADA PORVENIR S.A.

en la oportunidad procesal concedida, la parte demandada allego escrito de alegaciones de conclusión, en el que solicitó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar que en el presente asunto no se dan los presupuestos para la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado, en tanto la parte demandante suscribió de forma libre y voluntaria, libre de presiones el formulario de afiliación al fondo pensional, suma a ello, que la AFP cumplió con el deber legal de información que se encontraba vigente para la data de suscripción del acto jurídico de traslado. por último

refirió que la demandante se encuentra dentro de la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PARTE DEMANDANTE

al descorrer el traslado para alegar de conclusión, la parte demandante petitionó la confirmación de la providencia objeto de apelación, al considerar, en esencia que en el debate probatorio se probó la ausencia del deber de información en los términos que ha enseñado la jurisprudencia, y por el contrario se apreció el suministro de datos engañosos que la llevaron a tomar la decisión de traslado de régimen pensional.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia plantea para lo cual,

SE CONSIDERA

El conflicto jurídico que dio origen al presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y de ser así, establecer si hay lugar a declarar la prescripción.

Con tal propósito, interesa señalar que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado: (i) que el 19 de agosto de 1994, la demandante suscribió el formato de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS– administrado por Porvenir S.A.; (ii) que el 23 de octubre de 2018, la actora solicitó ante las demandadas la nulidad o ineficacia del traslado; y, (iii) que la accionante se trasladó dentro del RAIS desde Porvenir S.A., al fondo privado ING, en febrero de 2001, para retornar nuevamente a Porvenir S.A., en mayo de 2003.

Bajo tales supuestos, importa a la Sala destacar que uno de los pilares sobre los cuales se erigió el sistema de seguridad social en pensiones es el derecho del afiliado a la libre elección tanto de régimen, como de administradora, de esta forma lo dispuso el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) al indicar “*La selección*

de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado".

Sobre la expresión libre y voluntaria contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1452-2019, precisó que *"necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión (...) no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito". (...) las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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", premisa que implica dar a conocer "las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes", como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. (...) Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en fondos de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos a los afiliados".*

Ahora en cuanto a la ineficacia de la afiliación por vicio en el consentimiento y la carga de la prueba de dicha anomalía, esa misma Corporación en sentencia SL 19447 del 27 de septiembre de 2017, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, decantó que *"existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las*

*sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional*¹.

Así mismo, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1452 respecto de la carga de la prueba, enseñó que "(...) frente al tema puntual de a quién corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse 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 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 quién está en posición de hacerlo. (...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado del régimen pensional. (...) Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información, y más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

Teniendo en cuenta los anteriores contextos jurisprudenciales y descendiendo al *sub judice*, observa la Sala, que el 19 de agosto de 1994 la demandante suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad

¹ En cuanto a la carga probatoria en cabeza de la parte demandada en esta clase de asuntos, también es oportuno lo dicho por la CSJ SCL en sentencia del 09 de septiembre de 2008 Rad. 31989, según la cual "En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada".

administrado por Porvenir S.A., seguido a ello, en el mes de febrero de 2001, realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen para de esta manera vincularse a la AFP ING Pensiones y Cesantías, por último, en mayo de 2003, retornó a la AFP Porvenir S.A.

Al auscultar el material probatorio allegado al proceso, ello con el ánimo de establecer si se cumplió con el deber de información por parte de las AFP accionadas, se tiene que, para tal efecto, se incorporó los respectivos formularios de afiliación, documentos estos, de los que no se evidencia, que se le haya ofrecido información alguna a la accionante respecto de las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen, más allá de una expresión genérica de voluntariedad precedida de la firma de la *petente*, que tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral², no da cuenta del cumplimiento del deber de información y del consentimiento informado que debe garantizársele al afiliado.

En consonancia con lo anterior, es imperante enfatizar, que en aquellas controversias como la que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, dada la responsabilidad que se le endilga a la Administradora del Fondo Privado, esta entidad dentro de su órbita, tiene el deber de demostrar que suministró al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, así como las implicaciones propias que conlleva el traslado de régimen pensional, carga que de forma legítima se le impone a la demandada, en virtud de que resulta a todas luces lógico, que la entidad posee un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional frente al afiliado, a quien concretamente, no le corresponde probar la omisión de la información en que incurrió el profesional para convencerlo de su traslado.

Por manera que, como en el plenario no obran pruebas que determinen que la manifestación de la demandante para vincularse al RAIS se llevó a cabo de manera consiente, libre y espontánea en cuanto a las implicaciones que ello le entrañaba de cara a su derecho pensional, surge palmario el vicio del consentimiento que hace nulo el traslado de régimen.

² SL12136-2014.

En lo que atañe al fenómeno extintivo de la prescripción, importa precisar que para la Sala es claro que en casos como el que aquí se analiza, no opera la prescripción de la acción rescisoria contenida en el artículo 1750 del Código Civil, y mucho menos aquel previsto en las normas sustantiva y procesal del trabajo, pues de conformidad con el artículo 1º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, *"los asuntos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social se tramitarán de conformidad con el presente Código"*. Por ende, se concluye, que entre los asuntos a que hace alusión la norma, se encuentran incluidas *"Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados... y las entidades administradoras o prestadoras..."* conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 2º del mismo compendio normativo, luego entonces, a pesar de que se pretenda la nulidad del traslado al RAIS, y con ello del contrato de afiliación, el centro de debate está relacionado con la seguridad social razón por la que el asunto no se encuentra regido por el artículo 1750 del Código Civil.

Ahora, dado que el aspecto que se controvierte guarda íntima relación con el derecho a la pensión pues influye en esta de manera directa, adicionalmente el artículo 53 constitucional, establece que los beneficios mínimos contenidos en las normas laborales son irrenunciables, como lo sería para el caso concreto el monto de la pensión de conformidad con lo dispuesto en la sentencia SU 298 de 2015, y por cuanto la ineficacia del traslado es una pretensión eminentemente declarativa, y por consiguiente respecto de la misma no resulta dable alegar el fenómeno de la prescripción.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689 de 2019 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, moduló que *"la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)"*.

Los razonamientos expuestos imponen la confirmación de la providencia impugnada en este aspecto y se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Por último, el apoderado judicial de la convocada a juicio Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se duele de la imposición de costas a cargo de su representada, al considerar que no es dable la aplicación de dicha condena por cuanto no intervino en el negocio jurídico del traslado, así como ha sido diligente en la resolución de las solicitudes formuladas por el extremo activo.

Para resolver, preciso se torna remitirnos a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, norma que estipula las reglas a seguir al momento de imponerse condena por dicho concepto, advirtiendo así en el numeral 1º que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*.

A su turno, el artículo 366 del mismo Compendio Adjetivo establece que *“Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas”*.

Ahora bien, el artículo 361 de la norma ejusdem, establece que las costas procesales se componen de la totalidad de las expensas y gastos en los que incurren las partes en el devenir del proceso, junto con las agencias en derecho, al momento de imponerse dicha condena, el operador judicial deberá sujetarse a criterios objetivos y verificables y lo señalada para tal fin por la legislación vigente.

De lo expuesto, se tiene entonces que son las costas procesales una forma de compensación que establece el legislador a favor de aquella parte que se ve compelida a ejercer la defensa de sus derechos, por lo que agota así esfuerzos y capital para ello.

De esta manera, considera la Sala que no le asiste razón a la parte demandada al reprochar la condena en costas en cabeza suya, pues como se indicó en precedencia, la parte demandante debió acudir a la jurisdicción en procura de sus derechos, haciéndose necesario de su parte un esfuerzo tanto económico como profesional; razón por la cual, la compensación a dicho esfuerzo y desgaste es la consecuente condena en costas a cargo de quien dio lugar al *litis*; en esa medida, se confirma la resuelto por el *a quo* frente a esta condena.

Ahora bien, en lo referente a la condena en costas de esta segunda instancia, como quiera que el grado jurisdiccional de consulta, no está contemplado como medio de impugnación o recurso ordinario al alcance de las partes, pues opera como una especie de revisión por ministerio de la ley, toda vez que tiene por objeto que el superior revise íntegramente y de manera oficiosa la decisión tomada por el *a quo*, no resulta plausible condena en costas respecto de la parte a quien por mandato legal le es concedido dicho grado jurisdiccional, sin importar que sobre la decisión objeto de revisión el mismo sujeto procesal haya interpuesto recurso de apelación, puesto que la consulta implica que el *ad quem* deba analizar de manera completa el fallo proferido en primera instancia.

Adicionalmente, pese a que en la sentencia se emitió una orden para que dicha administradora reciba las cotizaciones y rendimientos; lo cierto es, que tal determinación deviene de la declaratoria de ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el cual, como se analizó devino de conducta atribuible a la demandada AFP Porvenir S.A., por ende, es a este fondo al que le corresponde asumir en su integridad la condena en costas, en consecuencia no se impondrá condena en costas a cargo de Colpensiones.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera 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 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, el 11 de marzo de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. - CONDENAR en costas de segunda instancia a Porvenir S.A.

TERCERO. - Una vez ejecutoriada esta providencia remítase las diligencias al despacho de origen.

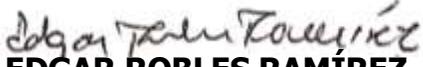
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GILMA LETICIA PARADA PULIDO
Magistrada



ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ
Magistrada



EDGAR ROBLES RAMÍREZ
Magistrado

Firmado Por:

Gilma Leticia Parada Pulido
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Edgar Robles Ramirez

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila**

**Enasheilla Polania Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila**

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:

1cd0f1ee14c625cf4afaf0dee2d0dcd51067f81ba2eca7111eff3d11e7c057a

a

Documento generado en 10/08/2021 09:31:40 AM