

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 **41001-31-05-003-2019-00103-01**

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

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

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por las entidades demandadas, contra la sentencia de 24 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **DEYANIRA BERMÚDEZ BLANCO** 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 administradora por COLPENSIONES.

Como soporte de sus pretensiones, narró que nació el 20 de febrero de 1964 y que inicio su vida laboral en 1986, 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 laborando en Servicios Competente, los asesores de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías de entonces Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A, solicitaron un espacio para brindar información sobre el portafolio que ofrecía la entidad, asesorándolo sobre las

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



ventajas y beneficios del régimen de ahorro individual, advirtiéndole que la liquidación del monto pensional con esa entidad sería más elevado; lo anterior la llevó a autorizar su afiliación al régimen privado, suscribiendo formulario de vinculación el 25 de mayo de 1995.

Manifestó, que al encontrarse expectante por el cumplimiento de la edad para acceder a la anhelada pensión de vejez, solicitó a Porvenir S.A, informarle sobre el valor probable del monto de la prestación, quien afirmó que para sus 57 años, la suma ascendería a \$ 1.132.900; 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 23 y 28 de noviembre de 2018 solicitando a las entidades demandadas la nulidad de su afiliación, por considerarse burlada al no advertírsele acerca de la notable disminución de su mesada pensional al realizar el traslado de régimen, sin obtener respuesta positiva.

CONTESTACIÓN DE LOS DEMANDADOS

.- La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, contestó oponiéndose a las pretensiones al no encontrar respaldo de los hechos, como quiera que no se evidenció la ocurrencia de una vía de hecho en materia pensional que comprometiera el debido proceso, como tampoco se han desconocido los derechos irrenunciables de la demandante y el principio de favorabilidad laboral, sin que se afecte la seguridad social de la actora.

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 los beneficiarios del régimen de transición tiene libertad para escoger el fondo al que desean afiliarse y también posee la facultad de trasladarse entre ellos, pero la escogencia del régimen de ahorro individual o la migración que pretendan al mismo, trae como consecuencia la pérdida de la protección del de transición, debiendo cumplir a satisfacción los requisitos de la ley 100 de 1993; en consecuencia, propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia de la obligación, prescripción y declaratoria de otras excepciones»*.

.- **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES -PORVENIR S.A.-** manifestó 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 24 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., además que según el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, solo podía trasladarse una sola vez pero no cuando les falten menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; también indicó que no se cumplen los presupuestos enseñados por la Corte Constitucional en las sentencias C-789 de 2020, C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013.

Propuso como excepciones las que denominó *«prescripción de la acción por la cual se pretende la nulidad, buena fe, no cumplimiento de los requisitos exigidos por las sentencias C-789 de 2020, C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, en centrarse incurso en la prohibición de traslado de régimen el demandante literal a artículo 2 ley 797 de 2003, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo, enriquecimiento sin causa y la genérica»*



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; y a su vez ordenó a ésta última, remitir el saldo total que posee la demandante en su cuenta de ahorros 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 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

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

.- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” argumentó que nada tuvo que ver con el traslado efectuado por la demandante, por lo que se demuestra que su decisión fue libre, y no está viciada de consentimiento o error alguno; también señaló que quien alega la ineficacia por la falta de información debía probarlo, sin que ello ocurriera en este caso particular, concluyendo que no se podía aplicar la figura procesal de carga invertida de la prueba.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

.- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES PORVENIR S.A., advirtió errado el análisis realizado por el juzgado de instancia de las pruebas recaudadas, advirtiendo que era carga de la demandante probar que no se realizó una debida asesoría y no la AFP, porque en el formulario de afiliación se hizo constar la elección libre realizada por el demandante, además 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 el afiliado iba a tener.

Reparó en que 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, configurándose prescripción de la acción.

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, 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., 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 a la afiliada todo lo relacionado con su situación pensional, agregando que la nulidad pretendida se encuentra prescrita.



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*

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 que yace en el plenario a folio 10 del C1°, formulario de vinculación o traslado, efectuado el 25 de mayo de 1995, que no corresponde a un registro o constancia de que la AFP Porvenir S.A., 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 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.

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 artificio 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».*

- Sobre la prescripción

Ahora, sobre la prescripción 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 figura reclamada, en razón de que el aspecto que se controvierte en el presente juicio, guarda íntima relación con un derecho irrenunciable como es de la pensión, ello, en concordancia con el postulado acogido por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, según el cual las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, como sucede cuando la pretensión está encaminada a obtener el traslado de régimen pensional, son imprescriptibles.

Estableciendo la Alta Corporación¹, que *«los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales (...)»*, mencionando *«conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable»* y *«Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible (...)»*.

¹ Sentencia SL1688 de 2019

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Ahora, tampoco opera la prescripción de la nulidad relativa de los negocios jurídicos regidos por el Código Civil, por error, fuerza o dolo, atendiendo que el artículo 2° del C.P.T. y de la S.S. señala que la Jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral conoce entre otros asuntos, de *«Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados y las entidades administradoras o prestadoras»*, por lo que, dado que la pretensión de la demandante es la ineficacia de la afiliación al RAIS, las normas que sustentan su resolución, aparte de la procesal laboral, son los artículos 13, 36, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, empero no se rige por la codificación civil anotada por las entidades recurrentes al replicar la demanda.

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).

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 de antaño la jurisprudencia en tratándose de imposición de costas procesales, por ejemplo, la sentencia CSJ SL, 13 septiembre de 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 genera, como consecuencia, retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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.

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: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Garzón.

SEGUNDO: **CONDENAR** en costas en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a 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.

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
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**

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

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:

**cb55143bd00e6e05d6db847fb26df2106c96482f116cbe73dbdd4789149d
4a2c**

Documento generado en 25/08/2021 11:34:31 AM