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 **41001-31-05-003-2019-00077-01**

Neiva, siete (7) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)
Aprobada en sesión de primero (1°) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por las entidades demandadas, contra la sentencia de 18 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **ARISMENDI SERRATO SERRATO** 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 6 de junio de 1960 y que inició su vida laboral el 1 de agosto de 1977 a órdenes de la E.S.E. Hospital Tulia Durán de Borrero de Baraya, encontrándose afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el Fondo Cajanal.

Que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliada al régimen de prima media y prestación definida administrado por Colpensiones, pero para el año 1996 estando laborando a órdenes de la E.S.E Hospital Universitario de Neiva, los asesores comerciales de Porvenir S.A. convocaron a

los empleados a reunión con el fin de informar las políticas gubernamentales del ahorro individual en los fondos privados.

En virtud de lo anterior, y por haber recibido asesoría pensional, en donde se le expusieron las ventajas, la rentabilidad financiera y la posibilidad de acceder a una pensión anticipada, autorizó su traslado y vinculación al régimen de ahorro individual, que se hizo efectiva a partir del 21 de octubre de 1996, no siendo consciente de las consecuencias, debido a la falta de información y precisión.

También informó que, al 1 de abril de 1994, tenía más de quince años de estar cotizando al SGSS en pensiones, es decir es beneficiaria del régimen de transición, por contar con más de 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005 cumpliendo con los requerido por el acto legislativo 01 de 2005

Indicó que, al percatarse del error elevó derecho de petición el 29 de enero de 2019 solicitando ante las entidades demandadas la nulidad de su afiliación, recibiendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDADAS

.- La **ADMINISTADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** contesto oponiéndose a las pretensiones de la demanda al no encontrarse 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 perdida 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, buena fe de la demandada, presunción de legalidad del acto administrativo 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 23 años del traslado al fondo de ahorro individual se indique que fue engañada, pues si así lo sintió, debió retractarse de la afiliación dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de vinculación, pero no lo hizo.

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

Propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia de las obligaciones a cargo de mi representada, falta de causa para demandar por existir procedimientos, buena fe, cumplimiento de la normativa vigente por parte de Porvenir S.A. y la innominada»*

LA SENTENCIA.

La Juez Tercera Laboral del Circuito de Neiva, declaró que el traslado es nulo y en consecuencia ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones aceptar el traslado de la actora desde la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al régimen de prima media; a su vez ordenó a Porvenir S.A., remitir el saldo total que posee la demandante en su cuenta 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 compresible del cambio de régimen y sus consecuencias.

LA APELACIÓN

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

.- LA 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.

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

.- LA 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 del demandado 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 de primera instancia, argumentando que la señora Serrato Serrato es beneficiaria del régimen de transición, y que en consecuencia como se consideró por la juez de primera instancia tiene derecho al traslado de régimen.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, 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, desciende 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 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 8 del C1°, formulario de vinculación o traslado, efectuado el 21 de octubre de 1996, 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 la demandada Porvenir S.A. al recurrir la sentencia de primera instancia, 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 Corporación[1], 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 (…)».*

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 la entidad recurrente.

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).

---

[1] *Sentencia SL1688 de 2019*

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

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

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

Por último, y si bien no se desconoce que acertó la juez de instancia al considerar que es inoperante el traslado realizado por la demandante, deberá modificarse el numeral segundo de la sentencia recurrida, por cuanto allí se declaró nulo por ineficaz el traslado, empero lo procedente, cuando se transgrede el deber de información en el régimen pensional, según lo considerado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia al tratar asuntos de iguales connotaciones, es declarar la ineficacia en sentido estricto, como consecuencia, de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiere existido (SL1688-2019 y SL4360 de 2019); confirmándose en lo demás.

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: **MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida el 18 de octubre de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación de la demandante ARISMENDI SERRATO SERRATO a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., lo restante queda incólume.

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

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

NOTIFIQUESE,

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

GILMA LETICIA PARADA PULIDO

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

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

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:
ddafabe5070713cd7e26e508db0601e613e14f290b87205c3bc2f0b8d0154c2b
Documento generado en 07/09/2021 12:20:07 PM