

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Expediente **41001-31-05-002-2019-00063-01**

Neiva, veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)
Aprobada en sesión de diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por las entidades demandadas, contra la sentencia de 6 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **CLAUDIA AZUCENA PERALTA SERRANO** contra **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, al igual que el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última.

ANTECEDENTES

Pretende la demandante se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., y como consecuencia se ordene su traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Como soporte de sus pretensiones, narró que nació el 6 de noviembre de 1962 y que inicio su vida laboral en 1984, fecha desde la cual estuvo afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces ISS.

Relató que, encontrándose prestando sus servicios a la Caja de Compensación Familiar, los asesores de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías de entonces Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A, solicitaron un espacio para brindar información sobre el portafolio que ofrecía la entidad, asesorándolo sobre las ventajas y beneficios del régimen de ahorro individual, advirtiéndole que la liquidación del monto pensional

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



con esa entidad sería más elevado; lo anterior la llevó a autorizar su afiliación al régimen privado, suscribiendo formulario de vinculación el 28 de febrero 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 \$ 781.242; 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 27 de septiembre y el 12 de octubre 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 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.

Que conforme el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el 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 el señor Romero Sánchez; en consecuencia, propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia del derecho reclamado, prescripción, no hay lugar al cobro de intereses moratorios, declaratoria de otras excepciones»*.



.- **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.**, solicitó negar las pretensiones, refiriendo que sí se dio una asesoría completa a la demandante el 28 de febrero de 1995, sin que alegara en los siguientes 24 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, y si quería retractarse debió hacerlo dentro de los cinco días posteriores a su afiliación.

Indicó, que la actora recibió asesoría conforme las disposiciones legales vigentes para la época, sin embargo, en ese tiempo no era necesario levantar constancias de las indicaciones 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 e inexistencia del derecho, buena fe, cumplimiento de la normativa vigente por parte de Porvenir S.A., prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación y la innominada»*

LA SENTENCIA.

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Neiva, declaró infundadas las excepciones propuestas, y nulo por ineficacia el traslado de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., el 28 de febrero 1995 y ordenó su regreso a Colpensiones como si nunca hubiera estado desafiada, de manera indexada la totalidad de los ahorros, junto con los rendimientos, gastos de administración e información.

Como soporte de su tesis, invocó las enseñanzas de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en lo que tiene que ver con la información completa y precisa que debe dar la entidad que pretende el traslado,

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



considerando que su omisión desencadena en engaño al afiliado, sin poder pregonarse que una simple casilla afirmativa de ser un acto libre y voluntario, sea suficiente para determinar que el cambio de régimen fue realizado bajo total enteramiento de las consecuencias que dicho actuar traería.

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

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.

Por otra parte, sostuvo que a la actora le falta menos de 10 años para acceder a la pensión, incluso tienen el estatus de pre - pensionado, por lo que no se puede trasladar de régimen, conforme el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

Finalmente, indicó que no podría ser condenada en costas, por no tener incidencia en la decisión del actor sobre el cambio de régimen y haber actuado de buena fe.

.- 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 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



realizada, 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 la afiliada 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. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Por ser esta Sala competente como superior funcional del 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Establecer, si al momento de efectuarse el traslado de régimen, la demandante fue debidamente informada por parte de la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad sobre las consecuencias que podía acarrearle frente a su futura pensión.

Solución al problema jurídico.

Sobre el particular, es preciso señalar que el literal b) del artículo 13 del Estatuto de la Seguridad Social y Pensiones dispone que la elección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, de lo que resulta 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.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 desfavor de los consumidores financieros»

Para concluir, y citando la regla jurisprudencial determinada en las sentencias CSJ SL4989-2018; CSJ SL1452-2019 y CSJ SL1688-2019 entre otras, 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



a folio 11 del C1°, obra formulario de vinculación o traslado, efectuado el 28 de febrero de 1995, que no corresponde a un registro o constancia de que la entonces AFP Horizonte S.A., hoy 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*

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 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 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 (...)»*.

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

¹ Sentencia SL1688 de 2019

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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.

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 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 último, y si bien no se desconoce que acertó el 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).

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Igualmente, y como quiera que en el fallo de primera instancia no registró en la resolutive del asunto, la orden a Porvenir S.A., de la remisión además de los ahorros de la cuenta de la afiliada, de los bonos pensionales, y sus respectivos frutos e intereses, a Colpensiones. Se hace necesario adicionar el numeral tercero de la sentencia en ese entendido, confirmándola en lo restante.

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 6 de febrero de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación del demandante CLAUDIA AZUCENA PERALTA SERRANO a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



SEGUNDO: **ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida el 6 de febrero de 2020, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, así:

«**TERCERO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, remitir además de los ahorros de la cuenta del afiliado, los bonos pensionales y sus respectivos frutos e intereses a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**»

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

CUARTO: **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.

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

NOTIFÍQUESE

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

GILMA LETICIA PARADA PULIDO

ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



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:

**261fc6c04297a67ef745381b01dadcad7c90881a87a8c7aecda049662d
518514**

Documento generado en 27/09/2021 03:56:27 p. m.

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**