

EDICTO

EL SUSCRITO SECRETARIO DE LA SALA CIVIL FAMILIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA – HUILA

HACE SABER:

Que con fecha quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), se profirió sentencia en el proceso que a continuación se describe:

Naturaleza: ORDINARIO LABORAL

Demandante: MARITZA ROJAS HENAO.

Demandados: COLPENSIONES Y OTRO

Radicación: 41001310500320180058601

Resultado: PRIMERO. – ADICIONAR al numeral tercero, de la sentencia proferida el 18-sep-2019 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Neiva, en cuanto a que PORVENIR S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES, además de las cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos recibidos por concepto de administración.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. - Condenar en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A., y NO condenar en costas de la segunda instancia a COLPENSIONES, conforme a lo motivado.

Para notificar legalmente a las partes el contenido de la referida sentencia, se fija el presente EDICTO en lugar público y visible de esta Secretaría, por el término de tres (3) días hábiles, siendo las 7:00 a.m. de hoy catorce (14) de enero de 2022.

CARLOS ALBERTO ROJAS TRUJILLO
Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA
SALA QUINTA DE DECISIÓN - CIVIL FAMILIA LABORAL**

M.P. ÉDGAR ROBLES RAMÍREZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARITZA ROJAS HENAO.
Demandado: COLPENSIONES Y OTRO.
Radicación: 41001310500320180058601
Asunto: RESUELVE APELACIÓN Y CONSULTA DE SENTENCIA

Neiva, quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Discutido y aprobado mediante Acta No. 135 del 15 de diciembre de 2021

CUESTIÓN PREVIA – IMPEDIMENTO

La Magistrada ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA en providencia del 08-nov-2021 se declaró impedida para conocer del presente asunto, por concurrir la causal establecida en el art. 141 numeral 6° del CGP. En el presente asunto la magistrada pone en conocimiento los hechos que fundamentan su impedimento y establece claramente que le asiste interés directo y actual en las resultas del proceso y, por tanto, que dichas circunstancias logran afectar su fuero interno y su capacidad subjetiva para deliberar y fallar. Por lo anterior, se **DISPONE: ACEPTAR** el impedimento formulado por la magistrada **ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA**.

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver las apelaciones y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto la sentencia proferida el 18-sep-2019 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Neiva.

2. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA¹

Pretensiones: La actora solicitó que se declare la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de Porvenir S.A. Como

¹ Fls. 55 a 74 del Cdo.Princpal.

consecuencia de ello, pretendió que se condene a la AFP privada a retornar a Colpensiones la totalidad de los recursos que reposan en su cuenta individual, y sus respectivos rendimientos financieros.

Hechos: Como fundamento de esos pedimentos, expuso que se afilió al Instituto de Seguros Sociales (ISS) desde el año de 1982. Que se trasladó el 29-jul-2000 del Régimen de Prima Media (RPMPD) al RAIS mediante la afiliación realizada por Porvenir S.A. Indicó que la decisión de traslado estuvo precedida de una indebida, incompleta e inclusive engañosa información que de manera verbal se le brindó por parte del asesor de la AFP privada. Relató que ha petitionado su retorno al RPMPD, mediante solicitudes del 14-ago-2018 y 27-ago-2018, dirigidas a Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente, pero que las mismas fueron denegadas por las mencionadas entidades de seguridad social.

2.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

2.2.1. COLPENSIONES² : Contestó el escrito inicial oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones por carecer de sustento fáctico y legal. Explicó que la actora no cuenta con 15 años o más de cotizaciones para regresar al RPMPD conforme a la sentencia SU-062 de 2010 proferida por la Corte Constitucional, además de que incumplió el art. 2º de la L. 797 de 2003, para la procedencia del traslado pensional. Como excepciones de fondo formuló las que nominó: *“INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN”, “BUENA FE DE LA DEMANDADA”, “PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO”, “DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES” y “APLICACIÓN DE NORMAS LEGALES”*.

2.2.2. PORVENIR S.A.³: De modo similar discrepó de las razones de la promotora. Describió que en la afiliación explicó las ventajas del RAIS, siguiendo los lineamientos de la L. 100 de 1993, lo cual quedó consignado en el formulario de vinculación que contiene el consentimiento libre, espontáneo y sin presiones, rendido por la demandante. Señaló que la actora tuvo la oportunidad de retractarse del acto atacado dentro de los 5 días hábiles conforme al D. 1161 de 1994, o haberse trasladado de régimen antes de los 10 años del cumplimiento de los requisitos de la pensión, derechos que no ejerció en tiempo.

² Fls. 98 a 109 del Cdo.Princpal.

³ Fls. 130 a 170 del Cdo.Princpal.

Igualmente, le encaró 18 años de pasividad en los que no alegó los presuntos engaños, tiempo suficiente para asesorarse sobre el RAIS y definir su mejor opción pensional. Del mismo modo, resaltó que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación cuestionada, aspectos que incumbían a la demandante. En su defensa propuso las exceptivas de mérito: *“INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE MI REPRESENTADA, FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR E INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “BUENA FE Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE POR PARTE DE PORVENIR S.A.”, “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN”,* y la genérica.

3. SENTENCIA APELADA

En audiencia celebrada el 18-sep-2019, la jueza de primer grado dio fin al trámite de instancia, accediendo a las pretensiones que reclamó la demandante.

Después de realizar una ajustada sinopsis de la demanda, y las excepciones esgrimidas, la juzgadora de instancia se dio en la tarea de describir las diferencias estructurales entre el RAIS y el RPMPD. En tal sentido, concluyó que ambos regímenes beneficiaban a distinta clase de ciudadanos, correspondiéndoles a éstos su elección libre y voluntaria acorde al literal b. del art. 13 de la L. 100 de 1993. En cuanto a la pretensión de ineficacia del libelo, citó los arts. 1502, 1508, 1604, 1740 de la Codificación Civil, y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, considerando que no era admisible el argumento del apoderado de PORVENIR S.A., respecto a la ratificación de la vinculación al RAIS, sólo por el hecho de que la actora hubiera permanecido 18 años en ése régimen. En criterio de la jueza laboral, sólo hasta el momento en que se tuvo certeza del perjuicio que se le ocasionó, es que se debe contabilizar el reproche endilgado, así como el fenómeno de prescripción.

Manifestó que tal lapso permite deducir el engaño al que fue sometido la promotora, más cuando la sentencia la sentencia del nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008), expediente 31989, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, fijaba la importancia del consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social, y en caso de que éste sea truncado, será plausible la nulidad de ésa escogencia.

Indicó que el deber imperativo brindar información a tono con los intereses de la demandante, surgió desde la expedición de la L. 100 de 1993 y D. 656 de 1994, y no como lo sostenía al AFP privada. Así pues, consideró que no sólo se tergiversa la afiliación sobre la información deficientemente instruida, sino en los silencios que guardan las AFP, quienes tienen la carga de la prueba en virtud del profesionalismo en la actividad desplegada, siendo improcedentes los argumentos tendientes a trasladar la carga de la prueba a los afiliados.

Entonces, para la jueza laboral de instancia, la AFP criticada no cumplió con la carga de la suficiencia y transparencia en la afiliación, al punto de incluso desmotivar la realización del acto desacreditado. Mencionó que así lo adocrinó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1688-2019, la cual también detalló los deberes históricos de información y análisis de las entidades de seguridad social.

Que no se discutía la acreditación en el dossier respecto al formato de afiliación de la promotora, ya que lo criticado a la demandada era la falta de medios suasorios que demostraran la suficiente asesoría brindada a la demandante conforme a su situación particular. Por ello, resaltó que el simple formulario era insuficiente para llegar a otra conclusión, pues el afiliado debía contar con unos elementos de juicio suficientes para permitirle tomar una decisión consiente, acerca de las diferencias de los regímenes y sus eventuales ventajas. Conjuntamente, iteró que las AFP demandadas no cumplieron la exigente carga probatoria para acreditar la información clara y precisa del cambio del régimen de la actora.

Analizó que el Fl. 10 del expediente, contenido de la declaración extraprocesal de la actora, exhibía que no se le brindó una información particular, y que una de las motivaciones era la liquidación del ISS, y que por eso ofrecerían mejores soluciones.

Ante tales irregularidades, estimó procedente la declaratoria de la ineficacia del acto de traslado, siendo legitimada para recibir los rendimientos de la cuenta individual de la actora, la demandada COLPENSIONES, ante la falta del consentimiento informado, derecho que estimó imprescriptible en línea con el art. 48 Constitucional y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

Las entidades de seguridad social vencidas en el juicio laboral reprocharon el fallo de primer grado. Colpensiones, criticó la condena en costas impuesta, ya que en su razonamiento el traslado de la demandante era una relación exclusiva de las AFP privadas, siendo un actor pasivo de la *Litis* emprendida.

Para Porvenir S.A., la adopción del fallo de instancia trasgredió el principio de seguridad jurídica en tanto se cumplieron las exigencias legales en la afiliación al RAIS. Mencionó *in extenso* la sentencia C-651-1997 de la Corte Constitucional, señalando que el desconocimiento de la ley por la promotora no servía de excusa, incumbiendo a ésta responder por el compromiso de sus actos.

A su vez, anotó que le correspondía a la actora acreditar el supuesto yerro en el ingreso al RAIS, lo cual no se demostró en la decisión de instancia. Que la demandante ignoró el art. 13 de la L. 100 de 1993, pues quebrantó el término legal para solicitar su traslado pensional, al igual que omitió las acciones de rescisión de contrato de la norma sustantiva civil, citando el art. 1750 del Código Civil, art. 488 del CST, y 151 CPTSS.

4.1. TRASLADO EN SEGUNDA INSTANCIA PARA PRESENTAR ALEGACIONES CONFORME A DECRETO 806 DE 2020.

En auto del 17-jun-2021 se dispuso correr traslado para que las partes presentaran sus alegaciones en segunda instancia conforme al art. 15 del D.L. 806-2020, se rindieron conclusiones finales por todos los litigantes.

4.1.1. COLPENSIONES: Después de realizar un recorrido normativo de las diversas etapas del deber de información que incumbía a las AFP, asevera que la decisión confutada se equivocó al imponer obligaciones de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen. Que dicha exigencia atacaba el principio de confianza legítima, el principio de legalidad y el debido proceso. Cuestiona que se hubiese invertido la carga probatoria, en tanto que la regla general era que la parte actora debía acreditar los hechos de los que alega su traslado ineficaz. Destacó que no siempre puede ser el afiliado la parte débil de la relación, puesto que la Ley había previsto distintos deberes para los ciudadanos, con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera. Por ello, insistió en que la carga dinámica de la prueba no podía invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizados.

Seguidamente acusó a la decisión apelada de una indebida interpretación del art. 1604 del Código Civil, pues en su decir se impuso una responsabilidad objetiva, asociado a que el silencio debía entenderse como la toma de una decisión consciente con los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve. En cualquier caso, expresó que la demandante no podía retornar al RPMPD faltando menos de 10 años para la edad de pensión, citando las sentencias C-1024 de 2004, y SU-062 de 2010, de la Corte Constitucional, afirmando que una declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afectaba la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

4.1.2. PORVENIR S.A.: Insistió estar en desacuerdo con la interpretación de las normas jurídicas realizadas por el juzgado de instancia. Para el recurrente no es admisible que después de 19 años se pretenda la ineficacia de un acto, en donde se respetaron todas las características de libertad y consensualidad de la L. 100 de 1993, como se consignó en el formulario de afiliación. Que la ignorancia de la Ley no servía como excusa para apartarse de lo pactado, por lo que indicar que no se tuvo la suficiente ilustración sobre aspectos consagrados en la ley y bajo el pretexto, hoy tan de moda, de acogerse a la figura de las negaciones o afirmaciones indefinidas, es una práctica que conduciría a inseguridad jurídica.

4.1.3. MARITZA ROJAS HENAO: Requirió la confirmación del proveído confutado. Para la parte no recurrente, la decisión se ajustó a los parámetros jurisprudenciales, ante la falta de una información a la promotora, sobre las diferentes características del RAIS. Para sostener su tesis, invocó la sentencia SL1452 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

5. CONSIDERACIONES

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los recursos de apelación y consulta en favor de Colpensiones, corresponde a la Sala determinar si se ajusta a derecho la decisión del juez de primer grado al concluir que el traslado de régimen pensional que realizó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz.

5.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

Las reglas desarrolladas en la L. 100 de 1993, enseñan que el Sistema General de Pensiones tiene como firme teleología el amparo de los ciudadanos de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y la muerte. Lo anterior, mediante el reconocimiento de las pensiones, y la progresividad de cobertura a los segmentos menos favorecidos.

Las características, finalidades y objetivos de la Seguridad Social, tienen amplia incidencia en la garantía fundamental de todos los ciudadanos a una vida digna. Una de tales peculiaridades es la elección libre y voluntaria por parte de los afiliados tanto del régimen pensional, como de la entidad que administraría los respectivos fondos. El marco tuitivo de ésa garantía se desprende del art. 13 de la L. 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”*.

En concordancia con lo anterior, el texto original del numeral 1º del artículo 97 del Estatuto del Sistema Financiero aplicable a las Administradoras de Fondos de Pensiones, vigente para la fecha de los hechos objeto del presente asunto, establece que *“Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones de mercado”*.

Efectuado el estudio del marco jurídico aplicable al *sub examine*, procede esta Sala a verificar si se encuentra afectado y por ende viciado el acto de afiliación, por haber faltado las entidades a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, así como los deberes de asesoría y buen consejo.

Sobre la expresión libre y voluntaria contenida en el literal b) del art. 13 de la L. 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2209-2021⁴, 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*

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL2209-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”.

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”*⁵.

En el caso concreto, la parte demandante, alega que Porvenir S.A., omitió el deber profesional y legal que le asistía de brindar información clara, completa, suficiente y detallada sobre las consecuencias de traslado de régimen, pues, no se demostró tal supuesto, la Sala determinará si ello es cierto.

Al respecto se advierte que la promotora suscribió formato de *“SOLICITUD DE VINCULACIÓN”* el día 29-jul-2000 con Porvenir S.A.–según documento incorporado en folio 11-, libelo con el cual se corrobora en principio la manifestación de voluntad de pertenecer a ese régimen, tal como lo preceptúa el literal b) del art. 13 de la L. 100 de 1993. Sin embargo, no resulta admisible sostener que la debida asesoría se encuentra garantizada y se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación en el cual se deja expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones, aspecto que ha sido ampliamente decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, últimamente en la sentencia SL2329-2021, quien al respecto ha sostenido que:

“Por lo demás, afirmaciones tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria» o «de manera libre, espontánea y sin presiones», como ciertamente se señala en el formulario de folio 27, no son suficientes para tener por demostrado el

⁵ 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”.*

deber de información que atañe a las AFP en tanto desarrollan actividades de interés público. Tales formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado.”

Del elenco probatorio no se avizora que la AFP cuestionada, haya cumplido con la obligación de suministrarle a la actora la información que le permitiera comprender las secuelas de dicho traslado, lo que de entrada lleva a inferir el incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 del D. 656 de 1994 y al deber de información al que hizo referencia la Corte Suprema de Justicia, tanto en la sentencia citada en precedencia, como en la sentencia SL2207-2021⁶, cuando precisó:

“(…) basta con reiterar lo expuesto en sede casaciones en cuanto a que (i) previo a surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, (ii) el formulario de afiliación pre-impreso no demuestra que se cumplió con el deber de información, y (iii) es a la administradora de fondos de pensiones a quien le corresponde demostrar que ilustró al afiliado de manera veraz y certera..”

Entonces, no se probó que la información dada por la AFP censurada, a la demandante, estuvo orientada por un consentimiento informado. Sin especulación no es posible inferir la información necesaria, suficiente, cierta, clara y oportuna, que se hubiese manifestado en la directiva de la promotora de trasladarse al RAIS, ya que ésta desconocía las modalidades, características, condiciones de acceso, beneficios, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas, entre otros aspectos atinentes a la adquisición de beneficios pensionales a futuro.

Por el contrario, en similares términos a la decisión confutada, el Tribunal infiere de la declaración extraprocesal de Maritza Rojas Henao (fl.10), que a ésta únicamente se le brindó una escueta información en las consecuencias de su afiliación, todo motivado por el subterfugio de la eventual liquidación del entonces ISS. Pero en todo caso, ni siquiera la aceptación sobre la voluntariedad de su decisión, implica per sé la confesión sobre una asesoría completa y adecuada, ya que *“una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que*

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2207-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

*la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla*⁷.

Adicional a lo ya discurrido, se observa en los formularios o solicitudes de afiliación a la AFP cuestionada, que en ninguno de ellos se registra con claridad cuál fue la información suministrada. Nada se sabe respecto de la eventual capacitación completa respecto de las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, más allá de un enunciado pre determinado de voluntad de afiliación, que en momento alguno da cuenta del cumplimiento del deber de información y amparo del consentimiento informado que debe garantizársele al afiliado.

Sobre el particular, Porvenir sostiene en su alzada que era carga del demandante probar la presunta falta de consentimiento. Olvida la demandada que los precedentes pacíficos y reiterados repugnan tal censura. Recientemente en sentencia SL2208-2021, el máximo juez de trabajo recordó:

“En sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo se puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación.

De igual forma, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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.

Por último, no es razonable invertir la carga de la prueba a 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 punto que la legislación considera una

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL14846-2014. M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).⁸

Visto lo anterior, este Colegiado debe iterar que las AFP tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional. La carga en mención se le impone en forma legítima, 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. Por lo que a éste no le corresponde probar la omisión de la información en que incurrió el profesional para convencerlo de su traslado.

Por ello, desaciertan los argumentos del apoderado de Porvenir al esgrimir que no se probó de manera concreta en qué consistió el engaño al demandante, pues la razón que determina la ineficacia en el traslado no es como tal la corroboración de la falsedad en la información, sino la carencia de prueba sobre una asesoría completa, como desde esa época debía brindarse, respecto de las repercusiones del cambio de régimen pensional. En respaldo de lo anterior, y teniendo en cuenta que las AFP accionadas alegaron que para la fecha en que ocurrieron estos traslados no tenían los deberes de información y constancia de asesoría que hoy se les exige, en palabras de los precedentes reiterados, éstas han tenido siempre la obligación de brindar información al afiliado.

Así, verbi gratia en sentencia SL2209-2021 se sostiene de manera enfática que “[...] desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”⁹

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2208-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2209-2021. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

En este sentido, debe advertirse que la interpretación realizada por el recurrente al art. 1604 del Código Civil, es equivocada. Ni los precedentes o la decisión confutada impusieron una responsabilidad objetiva a las AFP. Lo impuesto a las entidades demandadas, en especial a Porvenir S.A., fue la de acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que la afiliada conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional (CSJ SL1509-2021), lo cual no fue cumplido. El formato de afiliación y la manifestación de asentimiento que en él se hace no es prueba suficiente del cumplimiento del deber de información ni permite conocer cuáles fueron las capacitaciones y la información que permitió al afiliado cambiarse de régimen de manera objetiva, conduciendo al fracaso de las defensas planteadas por las demandadas.

En cuanto al fenómeno prescriptivo, la justicia laboral ha adoptado un criterio de equidad al interpretar derechos de la seguridad social, en especial las pensiones en su generalidad. El contenido fundamental de los preceptos en comentario ha impuesto que la justicia los catalogue como garantías imprescriptibles. Además, dicha interpretación consulta el contenido del art. 48 de la Constitución Política, que le otorga el carácter de derechos irrenunciables, por lo que el simple paso del tiempo no opacará su abierta discusión ante la jurisdicción.

De esta manera, la jurisprudencia ha desarrollado que aspectos como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la pensión, el derecho al reajuste pensional por inclusión de nuevos factores salariales y **la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, siempre podrán ser discutidos ante el Juez de trabajo**¹⁰. Entonces, la razón no acompaña al argumento de Colpensiones.

De igual forma, resulta poco ortodoxo la aplicación de las normas que gobiernan los ritos civiles en el fenómeno comentado, ya que la jurisprudencia reciente tiene decantado que en casos como los que aquí se analizan, no opera la prescripción de la acción rescisoria contenida en el artículo 1750 del Código Civil, 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, ha de concluirse, que entre los asuntos a que hace alusión la norma, se encuentran incluidas *“Las controversias*

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencias SL6154-2015, SL8544-2016, SL1421-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019.

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, debe indicarse, que a pesar de que se pretenda la ineficacia del traslado al RAIS, y con ello del contrato de afiliación, el centro de debate está relacionado con el tema de la seguridad social por lo que, el asunto no se encuentra regido por el artículo 1750 del Código Civil.

Ahora, el Tribunal considera desatinada la censura de Colpensiones, en cuanto a la imposibilidad jurídica del traslado de régimen teniendo en cuenta la prohibición contenida en el artículo 2º de la L. 797 de 2003 (imposibilidad de traslado cuando falte 10 años o menos para la edad de pensión de vejez). Al resultar ineficaz el contrato de afiliación suscrito por Rojas Henao, la consecuencia de la pérdida de eficacia del negocio jurídico es la de retrotraer las cosas al momento anterior de la celebración del contrato como si este nunca hubiere existido. Siendo así, en momento alguno la jueza de primera instancia contrario el precepto legal anotado. De la misma manera, es irrelevante la no participación de la AFP pública en el negocio atacado, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, los recursos del afiliado han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, protegiendo de esta manera el principio de sostenibilidad del sistema.

Del mismo modo, la Sala no estima razonable la justificación aducida por Porvenir S.A. en su recurso de apelación, en el entendido que la actora no podía alegar su falta de información para cuestionar el negocio jurídico. Como se abordó en líneas anteriores, el deber de información es en virtud del profesionalismo y experiencia de las AFP. En consecuencia, NO puede ser jurídico el traslado de las cargas de información a la parte más débil de la relación, y con ello alegar un presunto desconocimiento de la norma. Tal razonamiento se funda en el estado de la naturaleza, es decir, en la ausencia de derechos: de quien es más fuerte; bajo las normas de rango constitucional o convencional garantistas¹¹, nada debe ser más rechazado que la retórica injustificada e inaceptable para el goce efectivo de ciertos derechos fundamentales, carga que no debe recaer ni ser soportada por el afiliado. Por tanto, los reproches no florecen.

Tampoco le asiste razón a Colpensiones, al invocar la improcedencia de condena en costas. Memora este Colegiado que las costas procesales corresponden a la

¹¹ Ferrajoli, L. (2019). Manifiesto por la igualdad. Trotta. p. 22.

erogación económica, que en los términos del artículo 365 del CGP, tiene que asumir *“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”*. Así su imposición obedece a un criterio netamente objetivo, que se circunscribe a los eventos descritos, que para el caso de la sentencia de primera instancia es el hecho de si la parte resultó vencida o no en el juicio pertinente, sin ningún otro tipo de consideraciones.

Esa fue la intelección que le dio al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil la propia Corte Constitucional en la sentencia C-089 del 13 de febrero de 2002, al indicar: *“El ordenamiento procesal civil adopta un criterio objetivo, no sólo para la condena, pues 'se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento', sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chiovenda, 'la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)'. En efecto, aun cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó, su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que 'solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*.

En virtud de lo analizado, no es posible revocar la condena en costas de la primera instancia a cargo de Colpensiones, máxime cuando dicha entidad ejerció oposición a la acción y presentó distintos argumentos para sostener la improcedencia del traslado petitionado.

No obstante, advierte esta Corporación que la señora jueza de conocimiento omitió pronunciarse sobre la obligación de las AFP de trasladar a Colpensiones el valor de los porcentajes destinados a financiar los gastos de administración. Y es que la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, aplicando el precepto que gobierna las restituciones mutuas disciplinado en el art. 1746 del Código Civil.

Ante la aludida ficción iuris, ha de entenderse que la promotora nunca se cambió al sistema privado de pensiones, lo que obliga *“a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones***

con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”¹².

Atendiendo a las anteriores consideraciones, habrá de adicionarse el numeral tercero de la decisión del *a quo* en cuanto a que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y lo recaudado por gastos de administración.

En lo demás se confirmará la sentencia objeto de apelación y consulta. Sin Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, dado el grado jurisdiccional de consulta.

6. COSTAS

Vistas las resultas del proceso y atendiendo lo dispuesto en el artículo 365 del CGP aplicable a asuntos laborales en virtud de la remisión expresa del artículo 145 del CPTSS., se impondrá condena en costas a Porvenir S.A.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

7. RESUELVE

PRIMERO. – ADICIONAR al numeral tercero, de la sentencia proferida el 18-sep-2019 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Neiva, en cuanto a que PORVENIR S.A. deberá trasladar a COLPENSIONES, además de las cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses, el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos recibidos por concepto de administración.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de este proveído.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021.

TERCERO. - Condenar en costas de segunda instancia a PORVENIR S.A., y NO condenar en costas de la segunda instancia a COLPENSIONES, conforme a lo motivado

CUARTO. - Vuelvan las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE


EDGAR ROBLES RAMÍREZ

ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA
(Con impedimento)


MARCO AURELIO BASTO TOVAR

Firmado Por:

Edgar Robles Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Marco Aurelio Basto Tovar
Magistrado
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: **f26d05cca9795722a5a7a3960278e542869a6f742610a9605a11aa4f22141647**

Documento generado en 15/12/2021 04:30:58 PM

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