

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Expediente **41001-31-05-001-2018-00215-01**

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

Aprobada en sesión de doce (12) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por las entidades demandadas, contra la sentencia de 9 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **HÉCTOR JAIME BOJACÁ OTÁLORA** contra **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, al igual que el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última.

ANTECEDENTES

Pretende el demandante se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCION 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 5 de octubre de 1959 y se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 21 de diciembre de 1981, realizando aportes de manera ininterrumpida al extinto ISS hoy Colpensiones.

Relató que, encontrándose prestando sus servicios a la Electrificadora del Huila, los asesores de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 26 de noviembre de 1999.

Relató, que el 28 de febrero de 2018, solicitó a Protección S.A, informarle sobre el valor probable del monto de la prestación, donde se le comunicó que para sus 57 años, la suma ascendería a \$ 2.068.938; sintiéndose engañado y defraudado porque nunca se le comentó que el traslado al fondo privado, contendría nefastas consecuencias como la disminución de su mesada pensional en forma abrupta, situación que no se configuraría si hubiera continuado cotizando a Colpensiones.

Indicó que, al percatarse del error, elevó sendos derechos de petición el 23 y 26 de marzo de 2018 solicitando a las entidades demandadas la nulidad de su afiliación, por considerarse burlado 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

.- LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones, refiriendo que sí se dio una asesoría completa al demandante el 26 de noviembre de 1999, sin que se presentaran situaciones 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, sumado a que si quería retractarse lo debió hacer dentro de los cinco días posteriores a su afiliación.

Argumentó, que el actor recibió información y acompañamiento 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



de diciembre de ese mismo año de la Superintendencia Financiera de Colombia; proponiendo como excepciones las que denominaron *“buena fe por parte de protección S.A., improcedencia de nulidad por vicios del consentimiento, inexistencia de prueba que demuestre la nulidad del acta o formulario de afiliación del demandante, improcedencia de la aplicación del artículo 13 de la ley 100 de 1993 a protección S.A., carencia de acción, prescripción de la acción, compensación, improcedencia de condena en costas genérica o ecuménica”*.

.- LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, describió el traslado oponiéndose a las pretensiones de la demanda toda vez que el afiliado se trasladó de forma libre y voluntaria y contaban con los 5 días hábiles posteriores para retractarse, sin que lo hiciera.

Añadió que conforme el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la 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 Bojacá Otálora; en consecuencia, propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia del derecho reclamado, prescripción, declaratoria de otras excepciones»*.

LA SENTENCIA.

El Juez Primero Laboral del Circuito de Neiva, declaró ineficaz el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., desde el 26 de noviembre de 1999 y ordenó su regreso a Colpensiones como si nunca hubiera estado desafiliado, junto con los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, fruto e intereses.

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, considerando que su omisión desencadena en engaño al afiliado, sin poder

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 consecuencia que dicho actuar traería.

Finalizó, afirmando que la carga de la prueba está en cabeza de la AFP, la cual no se suple con el hecho de aportar copia del formato de afiliación a Protección S.A., esté no es suficiente para demostrar por parte de la entidad demandada, haber suministrado una información completa y buen consejo al señor Bojacá Otálora, de la alteración de su mesada pensional, accediendo a las pretensiones de la demanda.

LA APELACIÓN

.- Inconforme con la decisión **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, elevó recurso de apelación argumentando que nada tuvo que ver con el traslado efectuado por el demandante, por lo que se demuestra que su decisión fue libre; que le faltan menos de 10 años para acceder a la pensión, por lo que no se puede trasladar de régimen. Además, se configura la prescripción de la acción por haber transcurrido más de 4 años desde la ocurrencia del hecho y la presentación de la demanda.

Reparó que se aparta de la postura, de imponer la carga de la prueba a la entidad encartada, por cuanto quien pretende que se le concedan unas pretensiones fundadas en el engaño sufrido, debía acreditarse si quiera sumariamente en qué consistió el mismo, bastando con la simple voluntad de la afiliada para que se dé el traslado del régimen, el que se reflejó en los formularios diligenciados, momentos en donde se le brindó una información completa sobre su realidad pensional, sumado que allí se contempló que, se eligió el fondo privado de forma voluntaria, documentos a los que se les impuso su firma y con ello su aceptación.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



En caso de accederse a las pretensiones de la demanda se debía adicionar el fallo de instancia, pues nada se dijo referente a los gastos de representación, siendo necesario que también se orden su migración.

Finalmente, indicó que no podría ser condenada en costas, por no tener incidencia en la decisión del actor sobre el cambio de régimen y por obrar de buena fe al cumplir con la normatividad vigente para el asunto.

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; el demandante, solicitó confirmar el fallo tras concluir, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que 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 Protección S.A., pidió que se tengan en cuenta las excepciones propuestas en el escrito de contestación de demanda, los alegatos de conclusión y las pruebas practicadas en el juicio, con la finalidad que se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que cumplió con su obligación de prestar una información necesaria, cierta y completa al afiliado, con relación a las características propias del régimen de ahorro individual, y no ser procedente ordenar la devolución de las cuotas de administración.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Por ser esta Sala competente como superior funcional del Juez que profirió la sentencia, y hallarse cumplidos los presupuestos procesales, sin

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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, el demandante fue debidamente informado 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*

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 allegadas al plenario véase que a folio 17 del C 1° obra formulario de vinculación o traslado, efectuado el 26 de noviembre de 1999, el cual no corresponden a un registro o constancia de que las AFP Protección S.A., hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que el afiliado suministró, registrándose información general de su vinculación laboral y beneficiarios. En él se observa una casilla denominada «*voluntad de selección y afiliación*», en la que hace constar que la escogimiento del RAIS ha sido efectuada en «*forma libre, espontánea y sin presiones*»; no obstante lo anterior, brilla por su ausencia que se hayan informado todos datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, dar a conocer las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones.

En estos términos, no era suficiente el diligenciamiento del formulario de traslado para acreditar que se trató de un acto voluntario y libre, pues ello no es excusa para no brindar 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 el 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 afirma la entidad recurrente, cuando indican que se deben probar las pretensiones en que se fundó la demanda, por lo que corresponde al 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Protección S.A., 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 entidad apelante, 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 dicha figura en tratándose de la nulidad relativa de los negocios jurídicos regidos por el Código Civil, por error, fuerza o dolo que vician el consentimiento de una de las partes contratantes, dado que la acción incoada tiene su fuente en los artículos 13, 36, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, que establece la libertad del usuario como principio fundante para escoger el régimen por el cual pretende adquirir sus derechos pensionales.

En consecuencia, como en una oportunidad lo mencionó la Sala Tercera de Decisión de este Tribunal Superior, en un caso de similares connotaciones, *«el transcurso del tiempo, no puede ser un obstáculo en la aspiración de que se anule el traslado de régimen pensional, por cuanto ello sería como otorgarle consecuencias jurídicas a un acto viciado de nulidad, con menoscabo de la pérdida de un derecho irrenunciable, como lo es, a la pensión y el derecho fundamental a la seguridad social, a tono con el artículo 53 de la Constitución, referente a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; por lo que, la acción de nulidad del traslado del RPM al RAIS se torna*

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



imprescriptible, en virtud de que estando próxima a adquirir su derecho pensional apenas viene a percibir las consecuencias por la carente información que le fue brindada al momento que efectuó su traslado, por ello tal término prescriptivo resulta progresivo, lo que conduce a declarar no probada la exceptiva propuesta en ese sentido, y por tanto el reparo sin vocación de prosperidad». (Sentencia del 29 de enero de 2019, radicado 41001-31-05-001-2016-00755-01).

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 del actor 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.

En ese orden sería del caso confirmar en su integridad el fallo de instancia; no obstante, como lo alegó Colpensiones, y como quiera que no se registró en la parte resolutive del fallo apelado, se dará la orden a Protección S.A., para la remisión además de los ahorros de la cuenta del afiliado, los gastos de administración y demás valores a Colpensiones, siendo imperioso adicionar el numeral segundo de la sentencia.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Queda así entonces agotada la competencia funcional de esta Sala.

COSTAS

De conformidad con el numeral 5 del art. 365 del CGP, no habrá condena en costas a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

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: **ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida el 9 de junio de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en el sentido de:

«SEGUNDO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A,
remitir además de los ahorros de la cuenta del afiliado, los gastos de administración a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.»**

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

TERCERO: **NO CONDENAR** en costas en esta instancia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



NOTIFÍQUESE,

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

GILMA LETICIA PARADA PULIDO

ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ

Firmado Por:

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL-FLIA-LABORAL NEIVA**

ENASHEILLA POLANIA GOMEZ

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL-FLIA-LABORAL NEIVA**

GILMA LETICIA PARADA PULIDO

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL-FLIA-LABORAL NEIVA**

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Código de verificación:

5bc6665edf4895c4e8e71d1725b159cc022c9a0562d068e53bf412ef39
2ba573

Documento generado en 15/07/2021 05:07:26 PM