

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



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

Expediente **41001-31-05-003-2018-00344-01**

Neiva, veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada en sesión de veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por las entidades demandadas, contra la sentencia de 8 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **LUZ FRANCY TORRES DÍAZ** contra **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CENSANTÍAS 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 COLFONDOS 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 19 de octubre de 1959 y que inició su vida laboral el 31 de julio de 1985, fecha desde la cual se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliada al extinto Seguro Social, sin embargo para el mes de mayo de 1998, encontrándose, prestando sus servicios a el Hospital Universitario de Neiva, los asesores de Colmena S.A. hoy Protección S.A., solicitaron un espacio para brindar información sobre el portafolio que ofrecía la entidad y sobre el estado del antiguo Seguro Social.

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



Relató que en ese momento se le asesoró sobre las ventajas y beneficios del régimen de ahorro individual y sobre la liquidación definitiva del ISS lo que ocasionaría la pérdida de los aportes cotizados al sistema; lo anterior la llevó a autorizar su afiliación al régimen privado, suscribiendo formulario de vinculación el 11 de mayo de 1998.

Luego el 12 de abril de 2002, siendo nuevamente asesorada por los funcionarios de COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, autorizo su traslado, a esa entidad.

Relató, que al encontrarse expectante por el cumplimiento de la edad para acceder a la anhelada pensión de vejez, en el año 2017, solicitó a Colfondos S.A, informarle sobre el valor probable del monto de la prestación, quien afirmó que para sus 58 años, la suma ascendería a \$ 1.420.000; 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 18 de febrero, 13 y 26 de marzo de 2018 solicitando a las entidades demandadas, declarar la nulidad o ineficacia de los traslados, sin encontrar 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, perdiendo la protección del régimen de transición, debiendo cumplir con los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993.

Centró su argumento en la imposibilidad de existir nulidad en el traslado al ser legal y no cumplir la actora con las condiciones para ser

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



beneficiaria del régimen de transición, renunciando a aquel cuando paso al régimen de ahorro individual; añadió que conforme al artículo 2° 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; en consecuencia propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia de la obligación, prescripción, no hay lugar al cobro de intereses moratorios, no hay lugar a indexación, declaratoria de otras excepciones»*.

**.- LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones, refiriendo que sí se dio una asesoría completa a la demandante el 11 de mayo de 1998, sin que se alegara en los siguientes 20 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, sumado a que si quería retractarse lo debió hacer dentro de los cinco días posteriores a su afiliación; pero lo que aconteció fue su traslado a otra AFP de carácter privado en el año 2002.

Que no es procedente realizar la nulidad del traslado de régimen, en el entendido que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 737 de 2003, lo prohíbe 10 años antes de adquirir la edad para la pensión, y que en el caso particular la demandante cuanta con 59 año superando ampliamente ese margen de tiempo concedido.

Proponiendo como excepciones las que denominaron *“inoperancia de la nulidad en los vicios del consentimiento respecto al formulario de afiliación, prescripción de la acción, inexistencia de prueba que demuestre la nulidad del acta o formulario de afiliación de la demandante, carencia de acción, buena fe, compensación y la genérica”*.

**.- COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, manifestó no compartir las pretensiones, advirtiendo que la demandante al momento de su afiliación era una persona capaz y conocedora de las condiciones del régimen seleccionado, no siendo de recibo endilgar responsabilidad sobre

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



engaño o presión a la entidad, porque el traslado aconteció de manera voluntaria, libre y sin presiones, transcurriendo 11 años desde la afiliación sin requerimiento o solicitud frente a su vinculación; además que según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 737 de 2003, prohíbe el traslado de régimen faltando 10 años o menos, antes de adquirir la edad para la pensión, y que en este caso la demandante ya cumple con la edad de reglamentaria para tal fin, impidiendo su traslado.

Expuso, que para alegar nulidad por vicio del consentimiento se cuenta con el término de 4 años contados a partir de la realización del negocio jurídico, el cual se encuentra más que fenecido para el demandante, encontrándose prescrita la acción para solicitar la ineficacia del traslado, pues para alegarla contaba únicamente con tres años, según la legislación laboral.

Formulando como excepciones *«prescripción de la acción por la cual se pretende la nulidad, buena fe, no cumplimiento de los requisitos exigidos por las sentencias C789 de 2002 y C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, encontrarse incurso en prohibición de traslado de régimen el demandante literal A artículo 2 Ley 797 de 2003, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo, enriquecimiento sin justa causa y genérica»*

**LA SENTENCIA.**

La Juez Tercera Laboral del Circuito de Neiva, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad dirigido por PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia ordenó a COLFONDOS S.A., entidad donde se encuentra actualmente afiliada la señora Luz Franczy Torres Díaz, a trasladar el saldo de la demandante, junto cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses a COLPENSIONES, ordenando a esta última aceptar el traslado.

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



Como soporte de su tesis, indicó que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, corresponde a la entidad que pretende el traslado del afiliado, informar de forma completa y comprensible del cambio y sus consecuencias, encontrándose en ella la carga de la prueba para acreditar que así lo hizo.

Luego, al descender al caso concreto, consideró que en ninguno de los cambios que realizó la afiliada a las distintas administradoras privadas, fue informada de las implicaciones del régimen de ahorro individual, tampoco ninguna de ellas realizó un cálculo de proyección de su situación pensional, incumpliendo su deber de buen consejo, por lo que la omisión de tales obligaciones hace ineficaz la afiliación.

**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 realizado por parte de la demandante a los Protección S.A. y Colfondos S.A.,

Que la afiliación al régimen de ahorro individual efectuado por la actual AFP Colfondos tiene plena validez; además que de conformidad con lo establecido artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no se puede trasladar de régimen estando próxima de adquirir su reconocimiento pensional por vejez.

**.- COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, argumentó no compartir la apreciación de la juzgadora de instancia referente a la inversión de la carga de la prueba, por cuanto se debe aplicar la regla general, según la cual compete probar a la parte que invoca los supuestos de hecho su configuración; refiriendo que la parte demandante debe probar que existió vicio del consentimiento y con ello la ineficacia, carga que no puede ser

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



trasladada a Colfondos, por cuanto esta actuó bajo el principio de la buena fe.

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.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, expuso que la demandante suscribió de forma libre, espontánea y sin presiones el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificando su traslado al no presentar ninguna reclamación de conformidad con el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, cumpliendo a cabalidad con el deber de información, según las documentales aportadas al juicio donde se le manifestó al afiliado todo lo relacionado con su situación pensional, agregando que la nulidad pretendida se encuentra prescrita.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., 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, 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 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.

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



Claro lo anterior, y descendiendo a las pruebas allegadas al plenario véase que a folios 47 y 48 del C 1° obran formularios de vinculación o traslado, efectuados el 11 de mayo de 1998 y 12 de abril de 2002, los cuales no corresponden a un registro o constancia de que las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A., hubiesen dado información, por el contrario, contienen datos que la afiliada suministró, registrándose información general de su vinculación laboral y beneficiarios. En ellos 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 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 de los formularios 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 las administradoras, 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 engaño 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

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



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*».

Por lo anterior, habrá que confirmarse la sentencia de primer grado, pues acertó la juez de instancia al considerar que la sanción por la afiliación desinformada no es otra que la ineficacia en sentido estricto y genera, como consecuencia, retrotraer la situación al estado en que se encontraba como si el acto nunca hubiera existido, es decir, se debe hacer la ficción que el traslado nunca ocurrió (SL1688-2019).

Queda así entonces agotada la competencia funcional de esta Sala.

**COSTAS**

De conformidad con el numeral 1 del art. 365 del CGP, ante la decisión adversa de los recursos de alzada, habrá que condenarse en costas de segunda instancia a COLFONDOS S.A. en 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.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, “*administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley*”,

**RESUELVE**

**PRIMERO:**       **CONFIRMAR** de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva.

**SEGUNDO:**       **CONDENAR** en costas en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.** y a favor de la demandante, sin hacerlo a cargo de la

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



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

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

**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**

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



Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**fdc550553e40e07cce0a0ea521376510b317334899c98a59d110dd8dfd  
3154ad**

Documento generado en 29/07/2021 02:31:58 p. m.