

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Expediente **41001-31-05-003-2018-00331-01**

Neiva, treinta (30) 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 **PATRICIA SEGURA MÉNDEZ** 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 la 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 2 de octubre de 1961 y se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 6 de octubre de 1982, realizando aportes de manera ininterrumpida al extinto ISS hoy Colpensiones.

Relató que, encontrándose prestando sus servicios a la Gobernación del Huila, los asesores de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena S.A. hoy Protección S.A, solicitaron un espacio para brindar información sobre el portafolio que ofrecía la entidad, asesorándola sobre las ventajas y beneficios del régimen de ahorro individual,

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



advirtiéndole que la liquidación 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 19 de noviembre de 1999.

Relató, que en el 2017 solicitó a Protección S.A, informarle sobre el valor probable del monto de la prestación, quien afirmó que para sus 60 años, la suma ascendería a \$ 1.369.637; 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 22 de septiembre y 3 de octubre de 2017 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

.- LAS ADMINISTRADORAS 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 19 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 la actora 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 *«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 protección S.A. y prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, ausencia de prueba efectiva del daño alegado e inexistencia del mismo e innominada»*

.- LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contesto oponiéndose a las pretensiones de la demanda toda vez que no se encontró respaldo de los hechos, como quiera que no se evidenció la ocurrencia de una vía de hecho en materia pensional, que comprometiera el debido proceso, como tampoco se han desconocido los derechos irrenunciables de la demandante y el principio de favorabilidad laboral, sin que se afecte la seguridad social de la actora.

Añadió que los beneficiarios del régimen de transición tiene libertad para escoger el fondo al que desean afiliarse y también posee la facultad de trasladarse entre ellos, pero la escogencia del régimen de ahorro individual o la migración que pretendan al mismo, trae como consecuencia la pérdida de la protección del de transición, debiendo cumplir a satisfacción los requisitos de la ley 100 de 1993; en consecuencia, propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia de la obligación, prescripción, no hay lugar al cobro de intereses moratorios, no hay lugar a indexación, declaratoria de otras excepciones»*.

LA SENTENCIA.

La Juez Tercera Laboral del Circuito de Neiva, declaró que el traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad por PROTECCION S.A., es nulo y en consecuencia ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones aceptar el traslado de la actora desde la Sociedad

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. al régimen de prima media; a su vez ordenó a esta última., remitir el saldo total que posee la demandante en su cuenta individual junto con las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y los respectivos frutos e intereses a Colpensiones.

Finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Protección S.A., condenándolas en costas en favor de la demandante.

Como soporte de su tesis y citando la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, encontró que la AFP, no cumplió con la exigente carga impuesta por la jurisprudencia de acreditar que brindó asesoría completa y comprensible del cambio de régimen y sus consecuencias.

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 la demandante, por lo que se demuestra que su decisión fue libre, además que no probó el supuesto de hecho alegado, siendo carga de esta y no de la AFP, como lo consideró la juzgadora de instancia.

Por otra parte, sostuvo que a la actora le faltan menos de 10 años para acceder a la pensión, por lo que no se puede trasladar de régimen

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

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 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 la entidad recurrente.

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.»

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Ahora, en virtud del artículo 1604 del CC, que establece que *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*, por lo que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias para que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Y finalmente, no resulta razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual,

«[...] toda vez que, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros»

Para concluir, y citando la regla jurisprudencial determinada en las sentencias CSJ SL4989-2018; CSJ SL1452-2019 y CSJ SL1688-2019 entre otras, es las que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor de aquél.

Claro lo anterior, y descendiendo a las pruebas allegadas al plenario véase que a folio 18 formulario de vinculación o traslado, efectuado el 19 de noviembre de 1999, el que no corresponde a un registro o constancia de que la entonces COLMENA S.A. hoy AFP Protección S.A., hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que la afiliada 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.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



En estos términos, véase que 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 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»*.

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 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 5 del art. 365 del CGP, sin condena a 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: **CONFIRMAR** de la sentencia proferida el 8 de marzo de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva.

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



SEGUNDO: **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.

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
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva

Enasheilla Polania Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Gilma Leticia Parada Pulido
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De 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

Código de verificación:

0656c60dace7da69fb97a93ffadde347015fda0132f42ffbd4e8470eb24fc

95d

Documento generado en 30/07/2021 02:54:27 PM