

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Expediente **41001-31-05-002-2019-00100-01**

Neiva, diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada en sesión de trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por las entidades demandadas, contra la sentencia de 21 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **MARÍA CONSTANZA GÓMEZ CARDOZO** contra **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 2 de agosto de 1959 y que inició su vida laboral en el año 1982, fecha desde la cual se afilió al Régimen de Prima Media del extinto Seguro Social, sin embargo, para el mes de febrero de 1995, encontrándose, prestando sus servicios a al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE, los asesores de Colfondos S.A., solicitaron un espacio para brindar información sobre el portafolio que ofrecía la entidad y sobre el estado del antiguo Seguro Social.

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



formulario de vinculación el 7 de febrero de 1995.

Relató, que al encontrarse expectante por el cumplimiento de la edad para acceder a la anhelada pensión de vejez, en el año 2018, solicitó a Colfondos S.A, informarle sobre el valor probable del monto de la prestación, quien afirmó que para sus 60 años, su mesada pensional ascendería a \$1.214.385; 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 10 de enero y 5 de febrero de 2019 solicitando a las entidades demandadas, declarar 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 legalmente establecidas para ser 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 del derecho reclamado, prescripción, declaratoria de otras excepciones»*.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



.- **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a 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 engaño o presión a la entidad, porque el traslado aconteció de manera voluntaria, libre y sin presiones, transcurriendo 23 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 797 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 el demandante se encuentra a menos de dicho término para adquirir su derecho pensional, impidiendo su traslado.

Expuso, que para alegar nulidad por vicio del consentimiento se cuenta con el término de 3 años contados a partir de la realización del negocio jurídico, el cual se encuentra más que fenecido para la 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, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, enriquecimiento sin causa y la genérica»*

LA SENTENCIA.

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Neiva, declaró infundadas las excepciones propuestas, y nulo por ineficacia el traslado de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., el 7 de febrero de 1995 y ordenó su regreso a Colpensiones como si nunca hubiera estado desafiada, junto con todos los ahorros, rendimientos, gastos de administración e información.

Como soporte de su tesis, invocó las enseñanzas de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en lo que tiene que ver con la información



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

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

LA APELACIÓN

Inconformes con la decisión, las entidades demandadas la apelaron, así:

.- LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, 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 la actuación de la entidad fue de buena fe.

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 de conformidad con lo establecido artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

.- COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, manifestó que el traslado fue realizado por la demandante de manera libre, voluntaria, espontánea y en conocimiento pleno del régimen al que se trasladaba, firmando el formulario previsto para tal fin, con lo que se prueba suficientemente que se le brindó una adecuada asesoría, por cuanto en su momento se le brindó la información adecuada, además que la ley establece que contaba con 5 días hábiles para solicitar el regreso al antiguo régimen, sin que hubiese hecho uso de ello.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Que tampoco es aplicable a la figura de 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 y su configuración; refiriendo que la parte demandante debe probar que existió vicio del consentimiento y con ello la ineficacia, carga que no puede ser 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 a la afiliada todo lo relacionado con su situación pensional, agregando que la nulidad pretendida se encuentra prescrita.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, guardo silencio.

CONSIDERACIONES

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



encontrar causal de nulidad que invalide todo lo actuado, se pronunciará fallo de fondo.

Problema Jurídico

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).

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 28 del C 1° obra formulario de vinculación o traslado, efectuado el 7 de febrero de 1995, el cual no corresponde a un registro o constancia de que la AFP 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 último, y si bien no se desconoce que acertó el juez de instancia al considerar que es inoperante el traslado realizado por la demandante, deberá modificarse el numeral segundo de la sentencia recurrida, por cuanto allí se declaró nulo por ineficaz el traslado, empero lo procedente, cuando se transgrede el deber de información en el régimen pensional, según lo considerado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia al tratar asuntos de iguales connotaciones, es declarar la ineficacia en sentido estricto, como consecuencia, de retrotraer la situación al estado en que se encontraba, como si el acto nunca hubiere existido (SL1688-2019 y SL4360 de 2019).

Igualmente, atendiendo que no se registró en la parte resolutive del fallo apelado, se dará la orden a Colfondos S.A., de la remisión además de los ahorros de la cuenta de la afiliada, de los bonos pensionales, y sus respectivos frutos e intereses, a Colpensiones, siendo imperioso adicionar el numeral tercero de la sentencia, confirmándola en lo demás.

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.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en el sentido de DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la demandante MARÍA CONSTANZA GÓMEZ CARDOZO a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, lo restante queda incólume.

SEGUNDO: **ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva.

“TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CENSANTÍAS, remitir además de los ahorros de la cuenta de la afiliada, los bonos pensionales, y sus respectivos frutos e intereses a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**”

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

CUARTO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de **COLFONDOS S.A.** y a favor de la demandante, sin hacerlo a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

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

NOTIFÍQUESE,

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



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 - Huila**

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

**Gilma Leticia Parada Pulido
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila**

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:

71cf083a01e87996cacda1b4855d58353e70b18fe7a8dfa6390bfac7eef3
c871

Documento generado en 19/08/2021 03:46:01 p. m.