

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Expediente **41001-31-05-003-2018-00422-01**

Neiva, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiunos (2021)
Aprobada en sesión de dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por la demandada Colpensiones, contra la sentencia de 22 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **OLIVA CAPERA ROMERO** 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 22 de junio de 1960 y se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 1 de noviembre de 1979, realizando aportes de manera ininterrumpida al extinto ISS hoy Colpensiones.

Que encontrándose prestando sus servicios a la Cooperativa Financiera 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, advirtiéndole que la liquidación del monto pensional con esa

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



entidad sería más elevado; lo anterior la llevó a autorizar su afiliación al régimen privado, suscribiendo formulario de vinculación el 14 de octubre de 1999.

Relató, que el 30 de noviembre de 2017, solicitó a Protección S.A, informarle sobre el valor probable del monto de la prestación, donde se le afirmó que para sus 57 años, la suma ascendería a \$ 781.242; sintiéndose engañada y defraudada porque nunca se le comunicó 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 8 y 26 de febrero de 2018 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

.- 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 14 de octubre 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»*

.- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, descorrió el traslado 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, tampoco se han desconocido los derechos irrenunciables y el principio de favorabilidad laboral, ni 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 la facultad de trasladarse entre ellos, pero la escogencia del régimen de ahorro individual o la migración que pretendan, trae como consecuencia la pérdida de la protección de la transición, debiendo cumplir a satisfacción los requisitos de la ley 100 de 1993; en consecuencia, propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia del derecho y la obligación,, buena fe de la demandada, presunción de legalidad del acto administrativo, declaratoria de otras excepciones»*.

LA SENTENCIA.

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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.»

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 desfavor 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, 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 del plenario véase que a folio 28 obra formulario de vinculación o traslado, de 14 de octubre de 1999, el que no corresponde a un registro o constancia de que las AFP Protección S.A. hubiese dado información, por el contrario, sólo 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 los 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, véase que no era suficiente el diligenciamiento del formulario de traslado para acreditar que se trató de un acto voluntario y

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



libre, pues ello no es excusa para no brindar información amplia e ilustración de las consecuencias a futuro del cambio de régimen, recayendo en 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 indica 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».*

Frente al reparo de Colpensiones 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.»

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 último, y si bien no se desconoce que acertó la juez de instancia al considerar que es inoperante el traslado realizado por la demandante, deberá modificarse el numeral primero de la sentencia recurrida, por cuanto allí se declaró nulo 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; confirmándose en lo demás (SL1688-2019 y SL4360 de 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 en esta instancia 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: **MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida el 22 de julio de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación de la demandante OLIVA CAPERA ROMERO a LA ADMINISTRADORA DE

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., lo restante queda incólume.

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.

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 - Huila

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



**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**

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:

**d37b70ea5dfa40e37d15f675e2525505da73376152c6cd5aa6bafaa96c0
7a5fd**

Documento generado en 24/08/2021 03:30:09 PM