

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

Magistrada Ponente

Expediente **41001-31-05-003-2019-00078-01**

Neiva, veintisiete (27) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada en sesión de veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por la entidad demandada Colpensiones, contra la sentencia de 25 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **JORGE FERNANDO MEJÍA CADAVID** 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 17 de febrero de 1960 y se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el año 1985, realizando aportes de manera ininterrumpida al extinto ISS hoy Colpensiones; y para el 28 de octubre de 1998, como consecuencia de la indebida e incompleta información suministrada por PROTECCION S.A. Pensiones y Cesantías, se trasladó a dicha entidad.

Relató, que al encontrarse expectante por el cumplimiento de la edad para acceder a la anhelada pensión de vejez, solicitó a Protección S.A, informarle

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



sobre el valor probable del monto de la prestación, quien afirmó que para sus 62 años, la suma ascendería a \$ 3.269.350; sintiéndose engañado y defraudado 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 30 de noviembre y 14 de diciembre de 2018 solicitando a las entidades demandadas suministrar copia de la «*documentación clara y suficiente frente a los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional*» (sic), y demostrara el suficiente asesoramiento brindado por los fondos privados, declarando la nulidad o ineficacia de los traslados, sin encontrar respuesta positiva.

CONTESTACIÓN DE LOS DEMANDADOS

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

Añadió que conforme el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el 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, el término venció para el señor Mejía Cadavid; en consecuencia, propuso como excepciones las que denominó «*inexistencia de la obligación, prescripción, 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 al demandante el 28 de octubre de 1998, 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.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 de diciembre de ese mismo año de la Superintendencia Financiera de Colombia; propuso como excepciones las que denominó *«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., prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y la genérica»*

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 Protección S.A., es ineficaz y en consecuencia ordenó la remisión a Colpensiones, del saldo total que posee el demandante en su cuenta individual junto con los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y los respectivos frutos e intereses.

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



.- Inconforme con la decisión **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, elevó recurso de apelación argumentando que, el despacho desconoció o no tuvo en cuenta lo establecido en la ley 797 de 2003, que indicó en su artículo 2° *«características del sistema general de pensiones literal E, que indicó que; «los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;»*, esta norma es clara en puntualizar la opción que tuvieron los demandantes de realizar ese traslado, y no lo realizaron»; además que se configuró la prescripción de la acción.

Reparó que se aparta de la postura, de imponer la carga de la prueba a la entidad encartada, por cuanto quien pretende se le concedan las pretensiones, fundadas en el engaño sufrido, debe acreditar si quiera sumariamente en qué consistió el mismo; empero, a su consideración el demandante demostró su voluntad de traslado de régimen privado, al suscribir el formulario de afiliación, en donde se le brindó una información completa sobre su realidad pensional; que en consecuencia debe revocarse la decisión de instancia, absolviendo a la entidad de la condenada en costas impuesta.

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 de primera instancia, 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 Colombiana de Pensiones – Colpensiones, indicó que no es posible declarar la ineficacia del traslado, porque el demandante a la fecha cuenta con más de 62 años de edad y cumple requisitos para pensionarse, además al no evidenciarse elementos que demuestren de manera

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



objetiva que el traslado al régimen de ahorro individual se haya realizado mediante engaño, información superflua, falaz o incompleta, como tampoco intentó dentro del tiempo establecido por la Ley, la declaración de ineficacia del traslado.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., guardo 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, el demandante fue debidamente informado por parte de la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad sobre las consecuencias que 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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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 el reparo realizado 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 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,

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



«[...] 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, 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 del plenario véase que a folio 23 del C 1° obra formulario de vinculación o traslado, efectuado el 28 de octubre de 1998, lo que no corresponde a un registro o constancia de que las AFP Protección S.A., hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado suministró, registrándose información general de su vinculación laboral y beneficiarios. En ellos se observa una casilla denominada *«voluntad de selección y 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 le haya 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.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Para reforzar lo anterior, valga aclarar que contrario a lo afirmado por 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 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 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 demandada Colpensiones, 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.

Pero, para la Sala no opera la figura reclamada, en razón de que el aspecto que se controvierte en el presente juicio, guarda íntima relación con un derecho irrenunciable como es de la pensión, ello, en concordancia con el postulado acogido por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, según el cual las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, como sucede cuando la pretensión está encaminada a obtener el traslado de régimen pensional, son imprescriptibles.

Estableciendo la Alta Corporación¹, que *«los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales (...)»*, mencionando *«conforme al artículo 48 de la*

¹ Sentencia SL1688 de 2019

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable» y «Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible (...).

Ahora, tampoco opera la prescripción de la nulidad relativa de los negocios jurídicos regidos por el Código Civil, por error, fuerza o dolo, atendiendo que el artículo 2° del C.P.T. y de la S.S. señala que la Jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral conoce entre otros asuntos, de *«Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados y las entidades administradoras o prestadoras»*, por lo que, dado que la pretensión del demandante es la ineficacia de la afiliación al RAIS, las normas que sustentan su resolución, aparte de la procesal laboral, son los artículos 13, 36, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, empero no se rige por la codificación civil anotada por la entidad recurrente al replicar la demanda.

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 a la petición de Colpensiones de absolvérsele de la condena en costas impuestas al desatar las pretensiones en primera instancia, resulta aplicable lo que tiene sentado de antaño la jurisprudencia en tratándose de imposición de costas procesales, por ejemplo, la sentencia de 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.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Finalmente, se hace necesario adicionar el numeral tercero de la sentencia de primera instancia en tanto el juzgador omitió ordenar por parte de Protección S.A., la remisión de los gastos de administración, confirmándose en lo demás la sentencia recurrida.

La consulta

De entrada, importa precisar que las sentencias que imponen obligaciones a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES deben ser consultadas, como quiera que el pago de esos dineros corresponde hacerlo con cargo al Presupuesto General de la Nación (AL3140-2021).

Pero recuérdese que la consulta no es propiamente un recurso ordinario o extraordinario, pero sí un “*mecanismo de revisión oficioso*”, con el cual se busca proteger los derechos fundamentales del trabajador o velar por el interés público (AL3140-2021).

En ese contexto, analizada la decisión criticada, resulta evidente que no existen causas que permitan advertir a la Sala sobre la eventual incursión en actos de quebrantamiento de los derechos de defensa y debido proceso de las partes, como tampoco, que se haya desconocido el ordenamiento jurídico que gobernaba el caso concreto; por el contrario, se estima que observó la normatividad y jurisprudencia aplicable como medio para decidir el mismo.

Queda así entonces agotada la competencia funcional de esta Sala.

COSTAS

Por surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, no habrá condena en costas en esta instancia

DECISIÓN

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: **ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, el 25 de febrero de 2020, en el sentido de **ORDENAR** a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. la remisión de 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 por las razones expuestas.

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

NOTIFÍQUESE,

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ

GILMA LETICIA PARADA PULIDO

ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ

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



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**

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:

**f46fe0790e35ddb808ed6a9dffab8c4e52f895bd835170ea268fca6887023
c98**

Documento generado en 27/10/2021 09:31:58 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**