

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



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

Expediente **41001-31-05-002-2018-00099-01**

Neiva, doce (12) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada en sesión de siete (7) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por las entidades demandadas, contra la sentencia de 5 de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **JESÚS ANTONIO MARÍN RAMÍREZ** contra **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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 PORVENIR 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 23 de febrero de 1958 y que inicio su vida laboral en 1981, fecha desde la cual estuvo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la entonces CAJANAL.

Relató que, encontrándose prestando sus servicios a la Fiscalía General de la Nación- Seccional Huila, los asesores de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, solicitaron un espacio para brindar información sobre el portafolio que ofrecía la entidad, asesorándolo sobre las ventajas y beneficios del régimen de ahorro individual, 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

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



vinculación el 8 de octubre de 1997.

Indicó que, al percatarse del error, elevó sendos derechos de petición el 17 de julio y 4 de agosto de 2017 solicitando ante Porvenir S.A. y Colpensiones la nulidad de su afiliación, por considerarse engañado al no advertírsele acerca de la notable disminución de su mesada pensional al realizar el traslado de régimen.

### **CONTESTACIONES**

**.- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** contestó oponiéndose a las pretensiones toda vez que el afiliado se trasladó de forma libre y voluntaria y contaba con 5 días hábiles después de éste para retractarse, sin que lo hiciera.

Que conforme al artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el demandante sólo 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, dicho término venció para el señor Marín Ramírez, no existiendo mérito para declarar prósperas las pretensiones y tampoco condenarla en costas; en consecuencia propuso como excepciones las que denominó *«inexistencia del derecho reclamado, prescripción, declaratoria de otras excepciones»*.

**.- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.,** solicitó negar las pretensiones, refiriendo que sí se dio una asesoría completa al demandante el 8 de octubre de 1997, sin que alegara en los siguientes 21 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, y si quería retractarse debió hacerlo dentro de los cinco días posteriores a su afiliación.

Indicó, que el actor recibió asesoría conforme las disposiciones legales vigentes para la época, sin embargo, en ese tiempo no era necesario levantar constancias de las indicaciones brindadas ni mucho menos realizar

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



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, cumplimiento de la normativa vigente por parte de Porvenir S.A., prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación y la innominada»*.

**SENTENCIA.**

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Neiva, declaró infundadas las excepciones propuestas, y nulo por ineficacia el traslado de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., el 8 de octubre de 1997 y ordenó su regreso a Colpensiones como si nunca hubiera estado desafiliado, junto con los rendimientos.

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 consecuencia que dicho actuar traería.

Finalizó advirtiendo 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 al señor Marín Ramírez, accediendo a las pretensiones de la demanda.

**APELACIÓN**

Inconformes con la decisión, las entidades demandadas la apelaron:



.- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, argumentó 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».

Que se aparta de la postura, de imponer la carga de la prueba a la entidad encartada, por cuanto quien pretende que se le concedan unas pretensiones fundadas en el engaño sufrido, debió acreditar si quiera sumariamente en qué consistió éste.

Que basta con la simple voluntad del afiliado para que se dé el traslado del régimen, el que se reflejó en el formulario diligenciado, momento donde se le brindó una información completa sobre su realidad pensional, sumado que allí se contempló que, se eligió el fondo privado de forma voluntaria, documento al que impuso su firma y con ello su aceptación.

.- **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES-PORVENIR S.A.**, advirtió errado el análisis realizado por el juzgador de instancia de las pruebas recaudadas, porque en el formulario de afiliación se hizo constar la elección libre realizada por el demandante, echando de menos que no se dio una explicación o proyección del cálculo actual, porque para la época, dicho acontecimiento era imposible al desconocerse los datos y el salario que el afiliado iba a tener.

Reparó en que nunca hubo error, fuerza o dolo, pues no se indujo al actor para que accediera a un cambio de régimen; además porque si tenía la intención de volver al régimen inicial, contaba con la oportunidad de retractarse y de no hacerlo en dicha ocasión, tenía el límite de los diez años

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



anteriores al cumplimiento de la edad para acceder a la pensión, configurándose prescripción de la acción.

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, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, la suscripción del formulario de vinculación de ninguna manera puede entenderse como un consentimiento informado, en la medida en que dicho acto es insuficiente para dar por demostrado el deber de información de responsabilidad de los fondos de pensiones, máxime cuando el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, estableció la obligación de las administradoras de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, todas las características de cada régimen.

La demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pidió ser tenidos en cuenta los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, los alegatos de conclusión ante el *a quo*, y el recurso de alzada; manifestando no compartir, la postura consignada en la sentencia de primera instancia, bajo el amparo de una carga de la prueba atribuible a las administradoras de fondos de pensiones, porque no basta con que la parte actora exprese sentirse insatisfecha con el asesoramiento, teniendo en cuenta que aquel se desarrolló en un acto de voluntad consciente y libre.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, guardó 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, 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 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 le 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 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, 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 que obran en el plenario a folio 13 del C1°, formulario de solicitud de vinculación o traslado, no corresponde a un registro o constancia de que la AFP Porvenir S.A., hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado suministró como información general, su vinculación laboral y beneficiarios. En él 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, 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 al hoy demandante las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones.

En estos términos, véase que no era suficiente diligenciar el formulario de traslado para acreditar que se trató de un traslado voluntario y libre, pues ello no es excusa para omitir 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 afirman las entidades recurrentes, 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, 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

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



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 las entidades demandadas, 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 al respecto.

Pero, para la Sala no opera dicha figura en tratándose de la nulidad relativa de los negocios jurídicos regidos por el Código Civil, por error, fuerza o dolo que vician el consentimiento de una de las partes contratantes, dado que la acción incoada tiene su fuente en los artículos 13, 36, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, que establece la libertad del usuario como principio fundante para escoger el régimen por el cual pretende adquirir sus derechos pensionales.

En consecuencia, como en una oportunidad lo mencionó la Sala Tercera de Decisión de este Tribunal Superior, en un caso de similares connotaciones, *«el transcurso del tiempo, no puede ser un obstáculo en la aspiración de que se anule el traslado de régimen pensional, por cuanto ello sería como otorgarle consecuencias jurídicas a un acto viciado de nulidad, con menoscabo de la pérdida de un derecho irrenunciable, como lo es, a la pensión y el derecho fundamental a la seguridad social, a tono con el artículo 53 de la Constitución, referente a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; por lo que, la acción de nulidad del traslado del RPM al RAIS se torna imprescriptible, en virtud de que estando próxima a adquirir su derecho pensional apenas viene a percibir las consecuencias por la carente información que le fue brindada al momento que efectuó su traslado, por ello tal término prescriptivo resulta progresivo, lo que conduce a declarar no probada la exceptiva propuesta en ese sentido, y por tanto el reparo sin vocación de prosperidad».* (Sentencia del 29 de enero de 2019, radicado 41001-31-05-001-2016-00755-01).

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



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).

En ese orden de ideas deviene imperioso confirmar la decisión del *a quo*, no obstante, y como quiera que en el fallo de primera instancia no registró en la resolutive del asunto, la orden a Porvenir S.A., de la remisión además de los ahorros de la cuenta del afiliado, de los bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración y sus respectivos frutos e intereses, a Colpensiones. Se hace necesario adicionar el numeral segundo de la sentencia en ese entendido.

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 la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. en favor del demandante, sin hacerlo a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

**DECISIÓN**

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**

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



**PRIMERO:** **ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de 5 de diciembre de 2018 proferida por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE NEIVA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esa providencia, en el sentido de:

**«SEGUNDO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A,** remitir además de los ahorros de la cuenta del afiliado, los rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración y sus respectivos frutos e intereses a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.»**

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

**TERCERO: CONDENAR** en costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR 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.

**CUARTO: DEVOLVER** 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**  
**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**

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:

**a040566e34c92707f6c72812932e767076e1abac643b95b83835386bfe4**  
**30bf3**

Documento generado en 12/07/2021 02:17:37 PM