

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



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

Expediente **41001-31-05-002-2018-00544-01**

Neiva, once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Aprobada en sesión de cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Sala el recurso de apelación instaurado por las entidades demandadas, contra la sentencia de 14 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en el proceso ordinario laboral de **LUZ MARY MUÑOZ MALAGÓN** 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 la demandante se declare la ineficacia o nulidad de su 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 17 de febrero de 1960 y que inicio su vida laboral en 1984, fecha desde la cual estuvo afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces ISS.

Relató que, encontrándose prestando sus servicios al Banco de Colombia, 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

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



a autorizar su afiliación al régimen privado, suscribiendo formulario de vinculación el 12 de abril de 1997.

Manifestó, que al encontrarse expectante por el cumplimiento de la edad para acceder a la anhelada pensión de vejez, solicitó a Porvenir 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 un salario mínimo legal mensual vigente; 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 4 y 5 de septiembre de 2018 solicitando ante Porvenir S.A. y Colpensiones 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 encontrar respuesta positiva.

### **CONTESTACIÓN DE LOS DEMANDADOS**

**.- LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** lo hizo oponiéndose a las pretensiones toda vez que la afiliada se trasladó de forma libre y voluntaria y contaba con 5 días hábiles después del traslado para retractarse, sin que lo hiciera.

Que conforme el 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, y en este caso, dicho término venció para la señora Muñoz Malagón, 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»*.



**.- LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.**, solicitó negar las pretensiones, refiriendo que sí se dio una asesoría completa a la demandante el 12 de abril de 1997, sin que alegara en los siguientes 22 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.

Que la actora 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 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»*

### **LA SENTENCIA.**

El Juez Segundo Laboral del Circuito de Neiva, declaró ineficaz el traslado de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., desde el 12 de abril de 1997 y ordenó su regreso a Colpensiones como si nunca hubiera estado desafiada, junto con la totalidad de los ahorros indexados, 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 a la afiliada, 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 la carga de la prueba está en cabeza de la AFP, la cual no se suple con el hecho de aportar copia del formato de afiliación a Porvenir S.A., esté no es suficiente para demostrar por parte de la entidad demandada, haber suministrado una información completa y buen consejo a la señora Muñoz Malagón, de la alteración de su mesada pensional, accediendo a las pretensiones de la demanda.

### **LA APELACIÓN**

Inconformes con la decisión, las entidades demandadas la apelaron:

**.- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, argumentó que, nada tuvo que ver con el traslado efectuado por el demandante, por lo que se demuestra que su decisión fue libre; que le faltan menos de 10 años para acceder a la pensión, por lo que no se puede trasladar de régimen. Además, la demandante no hace parte del régimen de transición por lo que no se ha vulnerado ningún derecho. Sumado a ello, se configura la prescripción de la acción por haber transcurrido más de 4 años desde la ocurrencia del hecho y la presentación de la demanda.

Reparó 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, debía acreditarse si quiera sumariamente en qué consistió el mismo, bastando con la simple voluntad de la afiliada para que se dé el traslado del régimen, el que se reflejó en los formularios diligenciados, momentos en donde se le brindó una información completa sobre su realidad pensional, sumado que allí se contempló que, se

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



eligió el fondo privado de forma voluntaria, documentos a los que se les impuso su firma y con ello su aceptación.

.- Por su parte la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES- PORVENIR S.A.**, advirtió errado el análisis realizado por el juzgado 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 salario que la afiliada iba a tener.

Reparó en que nunca hubo error, fuerza o dolo, pues no se indujo a la actora 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 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, las motivaciones expuestas por el *a quo*, el material probatorio aportado y practicado en el presente juicio, no se logró desvirtuar que la afiliación al régimen de prima media con prestación definida hubiese sido libre y voluntaria.

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, que se hizo constar con la suscripción del formulario de afiliación; asimismo, reparó que no es posible ordenar la devolución de los gastos de administración, al no haberse constituido como pretensión de la demanda y establecer detrimento a la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

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

**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 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.»*

**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 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 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 yace en el plenario a folio 4 del C1°, obra formulario de vinculación o traslado, efectuado el 12 de abril de 1997, 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.

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



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 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 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 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

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



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).

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 devendría confirmar en su integridad el fallo de instancia, ya 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); no obstante, y como quiera que no registró en la resolutive

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



la orden a Porvenir S.A., de la remisión además de los ahorros de la cuenta de la afiliada, los bonos pensionales a Colpensiones. Se hace necesario adicionar el numeral tercero 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 de condenarse en costas de segunda instancia a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR 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.

**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**

**PRIMERO:**        **ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia de 14 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en el sentido de **ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, remitir además de los ahorros de la cuenta de la afiliada, los bonos pensionales 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

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



Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, por haberse surtido el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

**CUARTO:**           **DEVOLVER** el proceso al juzgado de origen.

**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**

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



**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:

**74eba4a3bd9417aede119830cf3b492d62219e9f93a796a4e5f0ef4c14d**  
**71803**

Documento generado en 11/08/2021 11:35:49 AM