



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR**  
**SALA CIVIL – FAMILIA –LABORAL**

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**PROVIDENCIA:** APELACION DE SENTENCIA  
**RADICADO:** 20001-31-05-004-2019-00196-01  
**DEMANDANTE:** ARMANDO DE JESÚS MARTÍNEZ RINCONES  
**DEMANDADA:** COLPENSIONES Y OTROS

**MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ**

Valledupar, trece (13) de julio de dos mil veintidós (2022)

Una vez vencido el traslado para alegar, atiende la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, las apelaciones de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Armando de Jesús Martínez Rincones contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Administradora de fondo de pensiones Colfondos S.A. y la Administradora de fondo de pensiones Porvenir S.A.

**ANTECEDENTES**

1.- Presentó el demandante, por intermedio de apoderado judicial, demanda contra Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., para que, mediante sentencia, se declare y condene:

1.1.- La nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional de Armando de Jesús Martínez Rincones, realizada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual RAIS administrado por Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

1.2.- Que se condene a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a reconocer y pagar los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), por no disfrutar de la pensión de vejez desde el momento en que cumplió los requisitos para acceder a ella, correspondientes a lo que hubiera

devengado por mesadas pensionales con los correspondientes intereses moratorios.

1.3.- Que se condene a las demandadas Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a reconocer y pagar los perjuicios morales sufridos por no disfrutar la pensión de vejez al momento de cumplir los requisitos para su reconocimiento.

1.4.- Que se condene a las demandadas a pagar intereses corrientes y moratorios sobre todas las sumas que se condenen.

1.5.- Subsidiariamente solicita que se ordene la indexación sobre las sumas de condena por indemnización de perjuicios.

1.6.- Que se condene al pago de costas y agencias en derecho, y lo que extra y ultra petita se determine.

2.- Como sustento de las pretensiones, expuso como fundamentos de hecho, lo siguiente:

2.1.- Que nació el 4 de diciembre de 1956, cumpliendo 62 años en diciembre de 2018.

2.2.- Que el 1 de marzo de 1977 se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD administrada por el ISS – hoy Colpensiones, realizando aportes de manera interrumpida hasta junio de 1994, acumulando 487 semanas.

2.3.- Que se trasladó a Colfondos a partir de noviembre de 1996, y posteriormente a Porvenir S.A. a partir del 18 de agosto de 1998.

2.4.- Que Colfondos antes de realizar la afiliación, omitió suministrar información necesaria sobre el régimen de transición que lo amparaba, ni los efectos negativos o positivos de su traslado de régimen pensional, ni la proyección del monto de su mesada, ni del plazo con el que contaba para retornar al RPMPD.

2.5.- Que Porvenir S.A. no proyectó la cuantía de la mesada pensional, ni le suministro información completa y comprensible sobre los beneficios e inconvenientes de los dos regímenes pensionales existentes, ni las ventajas y desventajas del traslado al momento de obtener la pensión de vejez, ni sobre los requisitos exigidos en cada régimen para obtener la pensión.

2.6.- Que Colfondos S.A. no verificó las condiciones en las que se encontraba al momento del traslado de régimen, causándole perjuicios irremediables.

2.7.- Que debido a la afiliación desinformada al RAIS no ha podido disfrutar de la pensión de vejez merecida, en el tiempo en que cumplió los requisitos para acceder a ella.

2.8.- Que por la conducta indebida de Colfondos S.A. y Porvenir S.A. no ha podido devengar las mesadas pensionales de Colpensiones, desde la fecha en que adquirió el estatus de pensionado.

### **TRAMITE PROCESAL**

3.- El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 17 de octubre de 2019, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., las que se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contestó oponiéndose a todas las pretensiones y proponiendo como excepciones de fondo: i) falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) inexistencia de las obligaciones reclamadas, iii) cobro de lo no debido, iv) prescripción, v) buena fe, vi) innominada o genérica.

3.2.- La Administradora Colfondos S.A., dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, planteando como excepciones de mérito: i) buena fe y no procedencia en constas, ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, iii) inexistencia de la obligación y falta de causa

para pedir, y iv) falta de todos los elementos de la existencia de la responsabilidad para que se condene por indemnización de perjuicios.

3.3.- La AFP Porvenir S.A. dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones del libelo inicial, proponiendo como excepciones de mérito: i) prescripción, ii) buena fe, iii) inexistencia de la obligación, iv) ausencia de prueba efectiva de daño, y v) excepción genérica.

3.4.- El 26 de abril de 2021, se dio inicio a la audiencia del artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que se determinó que por tratarse de ineficacia de traslado no es susceptible la conciliación; al no contar con excepciones previas para resolver, ni encontrarse causal para invalidar lo actuado, se fijó el litigio, y se decretaron las pruebas solicitadas.

3.5.- El 11 de mayo de 2021, se realizó la audiencia de trámite y juzgamiento, establecida en el art. 80 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, a la que asistieron los dos extremos procesales, se evacuaron las pruebas decretadas, se escucharon los alegatos de conclusión y se profirió la sentencia que hoy se revisa.

## LA SENTENCIA APELADA

4.- El juez de instancia resolvió:

**Primero:** Declarar la nulidad del traslado de régimen pensional, que el demandante ARMANDO DE JESÚS MARTÍNEZ RINCONES, realizó el día 29 de noviembre de 1996 de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., y como consecuencia de ello, se entiende que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se trasladó al RAIS, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**PARAGRAFO:** DECLARAR la ineficacia de la vinculación realizada pro el demandante ARMANDO DE JESÚS MARTÍNEZ RINCONES, de la AFP Colfondos S.A. a la AFP Porvenir S.A., el 18 de agosto de 1998.

**Segundo:** Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. a realizar el traslado a Colpensiones de la totalidad de lo ahorrado por el demandante ARMANDO DE JESÚS MARTÍNEZ RINCONES, en su cuenta de ahorro individual, más el bono pensional en caso de haberse recibido, los rendimientos, y demás sumas de dinero

recaudadas desde el 18 de agosto de 1998, hasta la fecha cuando se produzca el traslado efectivo a Colpensiones de las sumas indicadas, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**Tercero:** Ordenar a Colpensiones, que active la afiliación del demandante ARMANDO DE JESÚS MARTÍNEZ RINCONES, en su cuenta de ahorro individual, más el bono pensional en caso de haberse recibido, los rendimientos, y demás sumas de dinero recaudadas desde el 18 de agosto de 1998, hasta la fecha cuando se produzca el traslado efectivo a Colpensiones de las sumas indicadas, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**Cuarto:** Declarar no probadas las excepciones perentorias opuestas por las demandadas Colpensiones, Protección S.A. (sic) y Porvenir S.A., a las pretensiones conforme a la parte motiva de esta sentencia.

**Quinto:** Absolver a Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. de las restantes pretensiones de la demanda que en su contra formuló el demandante ARMANDO DE JESÚS MARTÍNEZ RINCONES, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**Sexto:** Se condena en costas a la parte demandada Colfondos S.A. para tales efectos se señala como agencias en derecho en la suma de \$1.755.604 pesos.

Como consideraciones de lo decidido, adujo el sentenciador de primer nivel que, las administradoras de fondos de pensión tienen el deber profesional de suministrar al afiliado información suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado, razón por la cual, la carga de la prueba recae sobre la administradora, en la medida en que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla.

Señaló como premisas jurisprudenciales las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 33083- 2011, 12136-2014,19447-2017, 4964-2018 y 452-2019, en cuanto a que la escogencia en la afiliación a pensiones debe ser libre y voluntaria, y que para que exista esa libertad, es necesario que haya una información previa al momento del traslado, que se traduce en una libertad cualificada e informada que avala la transición del régimen de prima Media al de Ahorro Individual.

Expuso que, se encuentra acreditado que el demandante realizó su traslado del RPMPD administrado por Colpensiones al RAIS administrado por Colfondos S.A., el 29 de noviembre de 1996, y en el año 1998 se trasladó a Porvenir S.A.; y que adicional a ello el actor afirmó en su demanda que le realizaron el traslado sin brindarle asesoría, información completa sobre las consecuencias, ventajas o desventajas del mismo.

Que consta que el demandante realizó su traslado a Colfondos S.A. y posteriormente a Porvenir S.A., encontrándose actualmente afiliado a esta entidad.

Expuso que como Colfondos omitió el deber de informar al afiliado las consecuencias del traslado del régimen, al momento de realizarlo, de ello deriva la nulidad del traslado, y en consecuencia la afiliación realizada posteriormente a Porvenir también deviene ineficaz, y como es en esta última entidad donde actualmente se encuentra afiliado, entonces deberá realizar el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Sobre la pretensión de pago de frutos materiales y perjuicios morales, anotó que en el presente asunto el demandante no logro probarlos.

Declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., incluida la de prescripción, puntualizando que el 26 de febrero de 2019 fue la fecha en que el demandante tuvo conocimiento de las implicaciones derivadas de su cambio de régimen y la imposibilidad de retorno al RPMPD, razón por la cual, es desde esa fecha en que el actor se habilito para exigir el derecho ante la jurisdicción ordinaria, lo cual hizo el 6 de septiembre del mismo año, por lo que no opero la prescripción alegada por la pasiva.

4.1.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó recurso de apelación, esgrimiendo que, el fallo desconoce el art 29 de la Constitución Política, puesto que, el debido proceso se debe aplicar a todas las actuaciones administrativas y nadie podrá ser juzgado

sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, por lo que no es jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

Alega que para la fecha en que se materializó el aludido traslado, no existía orden legal que obligará a los fondos a contar con soporte escrito de la asesoría brindada, y que aunado a ello se transgrede el debido proceso en relación con Colpensiones, entidad que sin haber participado en el trámite de traslado es ahora la que debe afrontar la carga de la prestación.

Indicó que los fallos proferidos por la CSJ en relación con el traslado de régimen, que sirven de soporte jurisprudencial al Juzgado de primer nivel, contrarían el art. 1604 del Código civil, puesto que su interpretación implica una responsabilidad objetiva en cabeza de los fondos, al no exigirle al demandante aportar soportes que demuestren la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, recayendo toda la carga probatoria en el fondo. Además, se desconoce el régimen de protección al consumidor financiero según el cual el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de pertenecer al régimen seleccionado.

Arguye que en el presente asunto no se advierte engaño de las AFP sino un interés económico en obtener una mesada pensional más alta, escudándose en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Esgrime que tampoco se tiene en cuenta el art. 1509 y 9 del Código civil, según los cuales la ignorancia de la ley no sirve de excusa y el error de derecho no da lugar a la declaratoria judicial de nulidad de un negocio jurídico, por lo que la parte que lo cometió debe asumir las consecuencias de su celebración.

4.2.- La AFP Porvenir apeló la decisión de instancia, solicitando su revocatoria, en el entendido que actuó de conformidad con la legislación vigente para la fecha del traslado del demandante, cumpliendo con todas las obligaciones a su cargo durante todo el proceso; que no existió error, fuerza, dolo, ni coacción que viciaran el consentimiento del actor al

momento de la afiliación, razón por la cual es válida y debe tenerse como vigente.

Aduce que, el demandante ha estado afiliado al sistema por más de 20 años, tiempo durante el cual pudo retornar al régimen de prima media, empero en lugar de ello ratificó su voluntad trasladándose a Porvenir, administradora del régimen privado, por tanto, el engaño que alega haber sufrido carece de fundamento jurídico, y no puede imponérsele una carga adicional a la AFP luego de más de 20 años de haberse realizado el negocio jurídico.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

5.- De conformidad con el numeral 1 del literal b), del artículo 15 del código de procedimiento laboral y de la seguridad social, la Sala es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada, así que, agotado el trámite de la instancia y reunidos los presupuestos de demanda en forma, capacidad para ser parte o para obrar en el proceso, a lo cual se suma que no se aprecian causales de nulidad que vicien lo actuado, procede decidir de fondo.

Con la expedición de la Ley 712 de 2001, varió sustancialmente, el tema de competencia del *ad quem* en lo referente al recurso de apelación, que sea propuesto en contra de las sentencias de primer grado, toda vez que de acuerdo con su artículo 35, por medio del cual fue adicionado el artículo 66A del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad social, es a las partes a quienes corresponde delimitar expresamente las materias a que se contrae expresamente ese recurso.

Sin embargo, aquellos puntos que no fueron objeto de reparo por las gestoras serán estudiados en el grado de consulta, en cuanto le sean adversos a Colpensiones, según lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, por tratarse de una institución de la cual es garante el Estado.

6.- Teniendo en cuenta los asuntos objeto de recurso, lo que debe determinar la Sala, es si tuvo razón el juez de primera instancia, en declarar la ineficacia del traslado del demandante al régimen pensional

de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello ordenar la devolución a Colpensiones de todos los valores recibidos por Porvenir S.A. en los términos que lo hizo.

7.- Para resolver el debate planteado, se debe tener en cuenta inicialmente lo siguiente:

- Que Armando Martínez Rincones se afilió en pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPMPD el 1 de octubre de 1983.

- El demandante solicitó vinculación y traslado de régimen, a la AFP Colfondos S.A. el 29 de noviembre de 1996.

- El actor solicitó traslado para el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., el 18 de agosto de 1998, el que se hizo efectivo desde el 1 de septiembre del mismo año.

- El 26 de febrero de 2019 el demandante presentó solicitud ante Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., a fin de retornar nuevamente al RPMPD, sin obtener respuestas.

8.- El artículo 13 de la ley 100 del 1993, establece la libertad de escogencia de régimen pensional, así como, los presupuestos básicos para la procedencia de traslado entre los regímenes:

ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

(...)

e. 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; (...)

8.1.- En relación con las características «*libre y voluntaria*» de la selección de régimen, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en señalar que la información precisa, es un elemento esencial de la libertad en la toma de la decisión, lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su acogimiento, así en sentencia SL1688-2019, reiterada en SL 25953-2021 expuso:

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).”

Así mismo, ha sido criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia que:

la simple firma del formulario de afiliación al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado (SL2877-2020 reiterada en sentencia SL 3708-2021)

De conformidad con los anteriores pronunciamientos, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, carga que le incumbe a la administradora de pensiones.

En el presente asunto, si bien consta que el actor se afilió al R.A.I.S. administrado por Colfondos S.A. el 29 de noviembre de 1996, y posteriormente, el 18 de agosto de 1998 se trasladó a la AFP Porvenir, se echa de menos prueba que acredite que los fondos privados hubieran cumplido el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus

posibles consecuencias futuras, a pesar de que dicha carga les correspondía.

Así las cosas, como la AFP Colfondos, no logró acreditar el cumplimiento de su deber de información al accionante, de ello se extrae que fue esa la causa que lo llevó a tomar una decisión de traslado desconociendo sus consecuencias, y como posterior a ello, la AFP Porvenir, tampoco cumplió con su deber de información de ello deviene que el demandante no contara con elementos necesarios para determinar el régimen pensional en que le convenía estar afiliado.

8.2.- Es pertinente señalar que la Corte también ha explicado que con el paso del tiempo el nivel de información ha alcanzado un mayor nivel de exigencia, identificándose tres etapas que – conforme a las normas que han regulado el tema-, abarcan tres períodos: i) desde 1993 hasta 2009, ii) desde 2009 hasta 2014, y iii) de 2014 en adelante.

La evolución normativa de tales periodos, fue sintetizada en sentencia CSJ SL 1452-2019 reiterada en SL896-2022, así:

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993  Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003  Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009  Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información,	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

De acuerdo con la fecha en que el accionante migró del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, esto es, en noviembre de 1996, la obligación de la AFP Colfondos S.A. se enmarca dentro del primer período, durante el cual la obligación consistía en suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que le resultara más favorable. Idéntica situación ocurre con la obligación de la AFP Porvenir, que realizó el traslado del demandante en el mismo régimen en agosto de 1998.

Lo anterior, de conformidad con el ya reseñado literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993 «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, dispuso en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Entonces, las AFP desde su creación y entrada en funcionamiento tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante el suministro de información suficiente y transparente, a fin de que el afiliado contará con los elementos suficientes para elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así las cosas, contrario a lo alegado por el apelante, la obligación de información no se constituye en una carga adicional, sino simplemente en un deber de la administradora desde el momento de su constitución.

No obstante, como quiera que, en el presente asunto, tanto la AFP Colfondos y la AFP Porvenir no acreditaron haber suministrado información veraz, idónea y transparente al afiliado al momento del traslado de fondo, de ello deviene incumplida la obligación de información por parte de estos fondos de pensión.

8.3.- De otra parte y en lo que hace a la carga de la prueba en los casos de ineficacia del traslado de régimen pensional, correspondía a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS, demostrar la diligencia, cuidado y buena fe en el cumplimiento del deber de información a su cargo, así como su acreditación. Al respecto, en sentencia CSJ SL2601-2021 en la que se rememoró la SL1688-2019, se indicó:

#### **De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado**

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, **debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse 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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (CSJ SL1688-2019)

De la jurisprudencia transliterada, se extrae que en el presente asunto hay lugar a la inversión de la carga de la prueba, como quiera que el demandante alega un supuesto negativo, de ahí que sea la administradora de pensiones la llamada a desvirtuarlo mediante la demostración del hecho positivo contrario, esto es, acreditando haber suministrado la información que le exigía la normatividad al momento de ocurrencia del traslado, empero como en el presente caso la pasiva no lo acredita, por tanto, las acusaciones del apelante respecto al presunto desconocimiento de la carga probatoria, resultan infundadas.

8.4.- En cuanto a las consecuencias de la inobservancia del deber de información, conviene recordar que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993,

consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia, así mismo, la Sala de Casación Laboral, ha dicho que:

la reacción del ordenamiento jurídico frente a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por lo que, su examen debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al *status quo ante*, art. 1746 CC). (CSJ SL3708-2021)

De ello deviene que, resulta equivocado el análisis de este tipo de asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (SL1688-2019), razón por la cual, lo acertado es declarar la ineficacia del traslado realizado del RPMPD al RAIS el 29 de noviembre de 1996 y no la nulidad del mismo, por lo que se modificará el ordinal primero de la decisión de instancia en ese sentido.

Así mismo, conviene puntualizar que la transgresión del deber de información cuando se realiza un cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia, pues si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, la misma quedará sin efecto, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL 1452-2019 - CSJ SL4360-2019).

También se ha dicho por la Sala que:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”. (CSJ SL3708-2021)

En consecuencia, la orden emitida por el Juez de instancia de ordenar a la AFP Porvenir trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración

pertenecientes a la cuenta del demandante, se torna acertada, no obstante, de conformidad con el pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral es pertinente discriminarlos adecuadamente, por lo que se modificará la orden emitida en el ordinal segundo, en el sentido de que Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos.

De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así mismo, corresponde a Colpensiones recibir los aludidos conceptos, tal como aquí se expuso, por tanto, corresponde modificar las ordenes emitidas en los ordinales segundo y tercero de la sentencia apelada.

8.5.- Ahora bien, Porvenir S.A. esgrime en su favor que el demandante dejó transcurrir 20 años, antes de alegar la presunta falta de información al momento de traslado de régimen, a este respecto, conviene precisar que son los fondos de pensiones a quienes incumbe acreditar haber suministrado la información correspondiente a sus usuarios al momento de realizar la afiliación o traslado de régimen, por tanto, no puede imponerse al afiliado la carga de manifestar su inconformidad en un término determinado, máxime que es un asunto técnico que escapa de la orbita del conocimiento de una persona del común, razón por la cual son los fondos privados los obligados a brindar la asesoría.

9.- Dado que no existen otros reparos, esta Colegiatura procederá a modificar los ordinales primero, segundo y tercero de la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 11 de mayo de 2021, por las razones aquí expuestas, en lo demás se confirma la decisión de instancia. Al no prosperar los recursos de alzada, las costas en esta instancia serán a cargo de las demandadas

Colpensiones y AFP Porvenir, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV, las cuales se liquidarán de forma concentrada por el juzgado de origen, en virtud del artículo 366 del CGP.

## DECISION

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:** MODIFICAR los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2021, los cuales quedarán así:

**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional, que el demandante ARMANDO DE JESÚS MARTÍNEZ RINCONES, realizó el 29 de noviembre de 1996, de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., y como consecuencia de ello, se entiende que, para todos los efectos legales, el demandante nunca se traslado al RAIS, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**PARAGRAFO:** DECLARAR la ineficacia de la vinculación realizada por el demandante ARMANO DE JESÚS MARTÍNEZ RINCONCES, de la AFP Colfondos a la AFP Porvenir, el día 18 de mayo de 1998.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. La citada AFP también deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que reciba todos los valores que le sean trasladados por PORVENIR S.A. correspondientes a los saldos

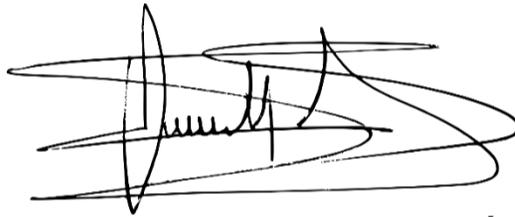
obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, en los términos que aquí se expuso.

En lo demás se confirma la decisión de instancia.

COSTAS como se dejó visto en la parte motiva.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen una vez cumplidos los trámites propios de esta instancia. Déjense las constancias del caso en el sistema justicia siglo XXI.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE,



**ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ**  
Magistrado Ponente



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado



**JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH**  
Magistrado