

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

**MAGISTRADO PONENTE: JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ**

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO  
**DECISIÓN:** MODIFICA Y ADICIONA SENTENCIA

Valledupar, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Una vez vencidos los términos para alegar, el magistrado ponente en asocio de los demás magistrados que conforman la Sala Cuarta de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede en forma escritural a resolver los recursos de apelación propuestos contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso ordinario laboral promovido por Marco Fidel Suarez Pereira contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir SA y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

**I. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES**

Persigue el demandante que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen que efectuó a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. – en adelante Porvenir y el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones. En consecuencia, que se ordene a Porvenir devolver al sistema todos los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses. Adicionalmente,

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

solicitó que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez en favor del demandante.

## **2. FUNDAMENTOS DE HECHO**

En síntesis, relatan los hechos de la demanda que Marco Fidel Suarez Pereira se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 3 de octubre de 1983, vinculación que se mantuvo vigente hasta que se produjo su traslado a Porvenir, en el año 1998.

Adujo que, al momento de ofertársele el traslado, la gestora no le advirtió las consecuencias y desventajas que podía acarrear ese acto, únicamente le informó que ganaría mejores rendimientos financieros y mayores beneficios al cambiarse de régimen pensional, le aseguró que se pensionaría a una edad inferior y que el ISS se liquidaría, por lo que su pensión se encontraba en riesgo si permanecía con esa administradora.

Señaló que el demandante, al 1° de abril de 1994 tenía 42 años cumplidos, y al momento de realizarse el traslado en el año 1998, este ya había cotizado 102,57 semanas con las Fuerzas Militares y 733 semanas con el ISS, equivalentes a 16 años en el Régimen de Prima Media, requisitos que lo hacían beneficiario del régimen de transición.

Indicó el actor que presentó derecho de petición ante Porvenir S.A., el 18 de noviembre de 2019, solicitando, entre otras, el traslado al RPMPD, pedimento que fue resuelto desfavorablemente por la gestora. De igual forma, acotó que remitió petición, en noviembre de 2019, dirigida a Colpensiones, deprecando el reconocimiento de pensión de vejez, solicitud que también fue resuelta en forma negativa por la administradora.

## **3. ACTUACIÓN PROCESAL**

Una vez subsanada, la demanda fue admitida mediante auto del 18 de febrero de 2021<sup>1</sup>, y una vez notificado ese proveído a las demandadas, estas procedieron a dar respuesta dentro del término legal para hacerlo, como sigue:

---

<sup>1</sup> Archivo exp. digital '008AutoAdmiteDemanda' – Pág. 1.

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

**3.1. Porvenir:** Indicó que algunos hechos no eran ciertos como estaban redactados, unos no le constaban y otros no eran hechos sino consideraciones subjetivas de la parte demandante.

Se opuso a cada una de las pretensiones, precisando que la solicitud de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado es improcedente debido a que la afiliación del demandante a Porvenir S.A., fue producto de una decisión libre voluntaria e informada, tal como consta en el formulario de vinculación, y señaló que, en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante no es beneficiario del Régimen de Transición Pensional.

Adujo que la parte actora no acreditó que, al momento de tramitar su traslado, su consentimiento estuviere viciado o que esa gestora hubiere ejecutado conductas dolosas contra su derecho de afiliación al sistema, presupuesto necesario para tal declaratoria, conforme lo prevé el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

No obstante, sostuvo que al afiliado siempre se le garantizó el derecho de retracto y la posibilidad de traslado habilitada por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, pero no hizo uso de estos. Agregó que después de 22 años de haberse afiliado al RAIS, el demandante tuvo tiempo suficiente para ampliar la información sobre las características del régimen, expresar su inconformidad o solicitar el traslado de régimen nuevamente, sin embargo, decidió hacerlo ahora cuando se encuentra incurso en la prohibición prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

En su defensa, propuso las excepciones que denominó «*Prescripción*», «*Buena fe*», «*Inexistencia de la obligación*» y «*Compensación*».

**3.2. Colpensiones:** Se pronunció manifestando no constarle ninguno de los hechos de la demanda y se opuso a la prosperidad de cada una de las pretensiones, arguyendo que el demandante realizó el traslado del RPM al RAIS de manera libre y voluntaria, y que la nulidad del traslado que pretende es jurídicamente improcedente al no cumplir con el requisito previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para acceder al traslado pretendido,

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

dado que al actor le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Agregó que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; pues no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues esa exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima y vulnera los principios de legalidad y debido proceso.

En desarrollo de su oposición, invocó como excepciones de mérito la «*Inexistencia de las obligaciones reclamadas*», «*Falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*Prescripción extintiva de la acción*» y «*Buena fe*».

#### **4. SENTENCIA APELADA**

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia de fecha 29 de julio de 2021, donde se resolvió declarar la *nulidad* del traslado que realizó Marco Fidel Suarez Pereira, en fecha 5 de febrero de 1998, del extinto Instituto de Seguros Sociales a Porvenir. En consecuencia, condenó a esa gestora a trasladar los «*[...] saldos, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses de la cuenta de ahorro individual del demandante [...]*» con destino a Colpensiones; ordenó a Colpensiones que active la afiliación del demandante, recibiendo los conceptos antes referidos; absolvió de las pretensiones restantes y condenó en costas al extremo pasivo.

Para arribar a esa decisión, trajo a colación la normatividad y jurisprudencia que rigen la materia, para concluir que son las AFP las que tienen sobre sus espaldas el deber probatorio, de acreditar suficientemente que suministró al futuro afiliado la información clara, concreta y precisa acerca de las ventajas y desventajas del cambio del régimen de prima media al de ahorro individual, las diferencias entre uno y otro, para que el cliente

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

decidiera con pleno conocimiento de las consecuencias que derivaban para su derecho pensional del traslado que le proponían.

Expuso que la gestora no demostró que el demandante recibió información suficiente completa y clara, que le permitiera a éste conocer y distinguir plenamente los costos beneficios de ese traslado, puesto que, si bien en el formulario de traslado que firmó aparece que escogió en forma libre, espontánea y sin presiones el RAIS, así como la selección de Porvenir, para administrar sus aportes pensionales; esas precisiones no conducen al convencimiento de que para ese momento contaba con la información echada de menos.

Resaltó que, con la declaración de la nulidad del traslado de régimen pensional pretendida por el demandante, debían declararse también procedentes las demás pretensiones, que se estructuraban a raíz de esta, es decir que son consecuencia de la declaratoria de nulidad. No obstante con relación al «Reconocimiento de la Pensión de Vejez» deprecada, consideró que no era procedente, toda vez que solo hasta que se realice el traslado del afiliado a Colpensiones se podrá determinar a cuántas semanas equivale todo el tiempo cotizado por el actor al RAIS, es decir a cuántas semanas equivale la totalidad de lo ahorrado en su Cuenta de Ahorro Individual, como quiera que en la actualidad no es posible determinarlas; aunado a esto, el estudio del reconocimiento de la pensión de vejez pretendida por el demandante no prospera, porque debe ser decidida por la AFP Colpensiones, en sede gubernativa por vía administrativa, una vez esta reciba los traslados de los dineros que se le están ordenando realizar a Porvenir S.A.

Sobre la excepción de prescripción, la declaró no probada, en tanto la CSJ ha señalado por regla general, que los derechos no pueden ejercerse mientras no sean exigibles, por tanto no es viable sancionar al titular del derecho por inacción o falta de ejercicio cuando aún no se han cumplido los presupuestos exigidos por la Ley, de suerte que, como el derecho que Marco Fidel Suarez Pereira deprecó, le fue negado por la demandada Colpensiones el día 18 de noviembre de 2019 y por Porvenir el 18 de marzo de 2020, y la demanda fue presentada el 9 de octubre de 2020, no habrían transcurrido los 3 años que exige el art 488 del CST y el art 151 CPTSS, para que opere el fenómeno extintivo de la prescripción.

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

Finalmente, negó el reconocimiento de la pensión de vejez pretendida por el demandante, debido a que debe ser decidido preliminarmente por vía gubernativa ante Colpensiones, una vez reciba el traslado de los dineros ordenado a Porvenir.

## **5. RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con lo decidido, Porvenir y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron formulados y sustentados, en el siguiente orden:

**5.1. Porvenir:** Solicitó la revocatoria de la decisión del *a quo* y la absolución de la gestora, esgrimiendo que el traslado realizado por el actor en el año 1998 fue producto de una decisión libre, espontánea, que no adolece de ningún vicio y de haber existido, se encuentra totalmente saneado por el paso del tiempo.

Resaltó que, en desarrollo del principio de seguridad jurídica, el ordenamiento legal ha establecido como principio que la ignorancia del derecho no sirve de excusa, agregando que el artículo 1509 del Código Civil indica que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, sin que pueda predicarse la declaratoria judicial de ineficacia o nulidad del negocio jurídico celebrado bajo tales circunstancias, razón por la que el demandante debe asumir las consecuencias y efectos jurídicos del mismo.

Sostuvo que no hay lugar a que Porvenir realice la devolución de las sumas adicionales de la cuenta de ahorro individual del demandante, debido a que ellas son reconocidas por las aseguradoras en el momento en que se cumplen los requisitos para acceder a la pensión y, no habiendo suma adicional pagada en favor del demandante, resulta inocuo ordenar el traslado de ese tipo de financiación de la pensión de vejez.

Reprochó la condena en costas que se le impuso, argumentando que la gestora no podía realizar la declaración de ineficacia del acto jurídico por vía administrativa, dado que aquella es de creación jurisprudencial y, por tanto, esa declaratoria le corresponde a un juez de la república, máxime si se tiene en cuenta que ello involucra a terceros como Colpensiones y

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

produce efectos jurídicos que pueden afectar al erario, reiterando que es forzoso que las partes acudan a la jurisdicción para dirimir el conflicto, resultando improcedente imponer condena por ese concepto.

Con relación a la prescripción señaló que, si bien es cierto que el derecho a la pensión es imprescriptible, hay ciertos emolumentos, como las sumas adicionales y gastos de administración, que hacen parte del vínculo jurídico con la AFP, que no están destinados a financiar la pensión de vejez; en ese orden de ideas, considera que estos estipendios al no ser los que directamente financian la pensión, no gozan de imprescriptibilidad y se ven afectados directamente por el fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y el 151 del CPTSS.

**5.2. Colpensiones:** Señaló que para la fecha en que se efectuó el traslado la ley no obligaba a los fondos privados a que tuvieran registro verbal de la asesoría que debían brindar los asesores comerciales de esas entidades, dado que solamente les exigía un formulario de afiliación, es decir, que Porvenir, en esa época, no hizo nada fuera de la ley.

Insistió en que el deber de información de Porvenir debió ser valorado con la normatividad vigente al momento de la materialización del traslado, no siendo válido imponer a los fondos de pensiones obligaciones no previstos al momento del traslado de régimen, puesto que se vulneraría el derecho al debido proceso; expuso que evaluar la actuación de los fondos privados con base a normas inexistentes no tiene fundamento jurídico y viola el debido proceso con relación a Colpensiones, quien finalmente debe afrontar la prestación y la condena en costas, sin que se exija al demandante ningún esfuerzo procesal tendiente a demostrar la existencia de un vicio del consentimiento.

Afirmó que, conforme al Régimen de Protección al Consumidor Financiero, existen ciertas obligaciones con respecto a los afiliados al SSP, destacando que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de pertenecer al régimen seleccionado, que el desconocimiento de la ley no es excusa y resaltó que el error de derecho no da lugar a la declaración de nulidad del negocio jurídico y, por tanto, la parte que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración.

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

Finalmente, manifestó que existen eventos que le permiten al afiliado escoger acertadamente el régimen pensional, por lo cual, en este asunto, no necesariamente el actor estuvo mal asesorado, sino que hubo factores diferentes que pudieron haber afectado la cuantía de su mesada pensional, lo cual resulta ajeno a las acciones de las demandadas.

## **6. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Corrido el traslado de rigor, en los términos señalados por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, intervinieron los apoderados de Porvenir SA y Colpensiones, esgrimiendo, en síntesis, los mismos argumentos que plantearon durante el desarrollo de la primera instancia.

## **II. CONSIDERACIONES**

El consabido presupuesto procesal de demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad procesal y competencia se hallan cumplidos en el presente caso, motivo por el cual el proceso se ha desarrollado normalmente. Desde el punto de vista de la actuación tampoco observa la Sala causal de nulidad que pueda invalidar el proceso, lo que obliga a adoptar una decisión de fondo.

La Sala resolverá el recurso en los términos en que fue formulado, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 66-A del CPTSS, 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.

### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

Acorde con los recursos de apelación, encuentra la Sala que los problemas jurídicos en alzada se contraen a determinar si acertó el fallador de primera instancia por haber declarado la *nulidad* del traslado efectuado por Marco Fidel Suárez Pereira, con la consecuente devolución de los aportes con destino al RPMPD, administrado por Colpensiones. En caso afirmativo, si esa orden debe excluir las sumas adicionales de la cuenta de ahorro individual del demandante

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

De igual forma, se abordará si el fenómeno prescriptivo opera sobre las sumas cuyo traslado se ordena por virtud de la ineficacia y si la gestora de pensiones demandada debe ser exonerada de costas.

## **2. TESIS DE LA SALA**

La respuesta que se dará al problema jurídico planteado es el acierto de la sentencia de primera instancia, debido a que Porvenir no cumplió con su carga de probar que dio cumplimiento al deber de información del que depende la validez del contrato de aseguramiento, omisión que trae aparejada la declaratoria de ineficacia de ese acto, de conformidad con el artículo 271 de la ley 100 de 1993, declaratoria que, a su vez, tiene como consecuencia la inexistencia de cualquier efecto jurídico de ese acto y el deber de traslado al sistema público de los montos recibidos en virtud de la afiliación declarada ineficaz, atendiendo lo previsto en el artículo 1746 del Código Civil.

En relación con el fenómeno de prescripción, no saldrá avante el reparo del recurrente, dado que, tratándose de la pretensión encaminada a obtener la ineficacia del traslado de régimen pensional y sus efectos los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS sobre prescripción trienal no aplican, pues aquellas ostentan un carácter declarativo y se relacionan con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

Por último, se respaldará la condena en costas impuesta contra Porvenir, dado que tal determinación deriva de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena en a quien pierda el juicio, sin que sea necesario entrar a analizar la razón.

## **3. DESARROLLO DE LA TESIS**

### **3.1. Validez del traslado efectuado entre regímenes pensionales**

La ley 100 de 1993, estableció en Colombia un modelo dual en el sistema general de pensiones, donde coexisten dos regímenes, el primero, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS–, administrado por los fondos privados de Pensiones, y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD– administrado por el antes Instituto de los Seguros

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

Sociales, liquidado en el 2012, lo asumió la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, amén de los regímenes especiales para las fuerzas militares, la policía y el magisterio.

Por su parte, 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, imponiendo que la selección de cualquiera de ellos debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado; a su vez, el artículo 271 *ibidem* señala que, si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, ésta quedará sin efecto y el artículo 272 de la misma ley prevé que la actuación que menoscabe la libertad, dignidad humana o derechos de los trabajadores perderá toda consecuencia jurídica.

La Corte Suprema de Justicia, a través de proveído CSJ SL1688-2019, en desarrollo de los mandatos de esos artículos, planteó algunos requisitos y reglas que deben cumplirse para dotar de eficacia el traslado de régimen pensional, concluyendo que: (i) desde su creación, las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) la simple afirmación en un formato pre impreso de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria no es suficiente para la validez del acto; (iii) la carga de la prueba se invierte en favor del demandante que no recibió la información debida cuando se afilió, y (iv) no se restringe el alcance de la jurisprudencia de la Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato.

Ahora, en punto a los recursos de apelación formulados por las gestoras demandadas, encuentra la Sala que ellos se fundamentan, en síntesis, sobre el argumento que el *a quo* erró al no exigir a la parte demandante prueba alguna de la existencia de un vicio del consentimiento; que no se demostró la existencia de actos que atentaran contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social; que para la época del traslado del actor, para el cumplimiento del deber de información no se exigía documento diferente a la suscripción del formulario de afiliación y que la pasividad del afiliado subsanó cualquier posible irregularidad o vicio frente a la celebración de ese negocio jurídico.

Para dar respuesta a esos reparos, primeramente, debe dejarse sentado que, durante el desarrollo del juicio se acreditó, y no fue reprochado en sede de alzada, que Marco Fidel Suárez Pereira se afilió al RPMPD desde el 3 de

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

octubre de 1983<sup>2</sup> y se trasladó a la AFP Porvenir S.A., en fecha 5 de febrero de 1998<sup>3</sup>.

Bajo las reglas reseñadas, lo primero que debe decirse es que una de las maneras de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, es omitir suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. Por tanto, el estudio del elemento del consentimiento en el cambio de régimen no debe fundarse en la verificación de los vicios de error, fuerza o dolo relativos a la validez del acto, sino que debe centrarse en la constatación del cumplimiento del deber de información y buen consejo a cargo de las AFP.

Así lo dispuso el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en sentencia CSJ SL2208-2021:

*[...] el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**». Resaltado del texto original.*

Atendiendo esas premisas, lo que debe precisar el fallador para definir si el traslado surte efectos es la existencia de la voluntad efectivamente informada, en el entendido que es un deber profesional de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información requerida para que el afiliado tome una decisión como la que se cuestiona, con conocimiento sobre sus implicaciones.

En ese sentido, es necesario tener en cuenta que, cuando el afiliado afirma que no se le suministró la información pertinente para adoptar su decisión de traslado, la discusión se ubica en el escenario de una negación indefinida que traslada la carga de la prueba a la AFP, quien deberá acreditar que al momento de su afiliación brindó las explicaciones suficientes y veraces sobre las consecuencias, características, riesgos, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional, incumbiéndole

---

<sup>2</sup> Folio 33, PDF 001 Expediente Digital, Primera Instancia

<sup>3</sup> Folio 45, ibidem

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

demostrar que dio a conocer al asegurado de manera clara los efectos que podría acarrear ese cambio, información que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Conforme tales previsiones, no puede acogerse el argumento común de las censoras, respecto a la obligación de acreditación del cumplimiento de esa obligación por la gestora, dado que, atendiendo la trascendencia del consentimiento informado arriba explicado, se ha enfatizado que desde el comienzo mismo del funcionamiento del sistema general de pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, sobre todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes.

Así lo explicó la alta corporación, en sentencia CSJ SL 1688 de 2019:

*(...) 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 SL 12136 de 2014).*

*Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008). (...)*

Con esos argumentos, contrario a lo referido por las apelantes, la alta corporación ha defendido la tesis que esa «obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

*negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto de los derechos de los afiliados» (CSJ SL1452-2019).*

En esa medida, si bien es cierto que para el año 1998, fecha en que se produjo el traslado del actor a Porvenir, no se había establecido una forma específica de acreditar el cumplimiento del deber de información, no puede llegar a sostenerse que no era necesario o que resultaba imposible cumplir dentro del juicio con el deber probatorio frente a esa obligación de asesoría, pues la gestora pudo hacerlo a través de los demás medios de prueba establecidos en la ley, tal como lo permite el artículo 51 del CPTSS.

Conforme tales mandatos, revisado el material probatorio allegado al proceso, no encuentra esta Sala la demostración del cumplimiento del deber de información explicado, tal como lo concluyó el juzgador de primera instancia. En efecto, solo obra el interrogatorio de parte rendido por el accionante, del cual no se deriva una confesión del hecho discutido, pues allí menciona que no recibió ninguna información y que decidió trasladarse porque se acercaron a su residencia comunicándole sobre la urgencia de ese acto, debido a que el Instituto de Seguros Sociales iba a ser liquidado.

Los documentos aportados al proceso tampoco logran acreditar el cumplimiento del deber de información, sin que sea posible darlo por demostrado con el formulario de afiliación efectuado por el actor a la AFP Porvenir, en el año 1998, toda vez que no basta para ello la afirmación que allí se consigna en cuanto a que la vinculación se hace de manera libre y voluntaria.

Al respecto, en el proveído antes referido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó:

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, 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 o aseveraciones, no son suficientes para*

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

*dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

[...]

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*

En esa medida el juez de primera instancia no se equivocó al advertir el incumplimiento de la carga de la prueba de la AFP accionada, pues no demostró haber obtenido el consentimiento informado de la actora frente al acto jurídico del traslado de régimen.

En este punto, debe destacarse que el prolongado paso del tiempo, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado<sup>4</sup>.

Con todo, ante el descuido de la AFP de su carga probatoria, es dable concluir que el afiliado desconocía la repercusión que tenía la decisión de traslado de régimen sobre sus derechos pensionales, lo que torna ese acto ineficaz, de acuerdo con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

### **3.2. Efectos de la declaratoria de ineficacia**

Ahora bien, la jurisprudencia reseñada tiene establecido que la trasgresión al deber 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. Tal declaratoria conlleva privar de todo efecto jurídico práctico al traslado que realizó el actor a Porvenir, es decir, como si no se hubiera dado. En otras palabras, implica declarar que

---

<sup>4</sup> CSJ SL5688-2021

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por Colpensiones.

Lo anterior con base en la sentencia CSJ SL3464-2019, donde se puntualizó:

*En sentencia CSJ SL1688- 2019 LA Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en un sentido estricto.*

*En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, ese instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis" (Subrayado fuera de texto original)*

En vista de lo anterior, debe explicarse que, independientemente de haberse declarado la ineficacia y no la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, las consecuencias de dicha declaratoria serán, como se ha venido mencionando, aquellas de que trata el artículo 1746 del Código Civil, dado que no existe previsión alguna en la legislación civil que señale cuales son las consecuencias de declaratoria de ineficacia del acto jurídico.

Así lo explicó la Corte Suprema de Justicia en la providencia CSJ SL1688-2019 citada, en la que precisó los alcances y efectos de la declaratoria de ineficacia, en los siguientes términos:

*La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, 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), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos*

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

*grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

### **3.3. Sumas que deben trasladarse por la declaratoria de ineficacia**

Ahora, en punto al recurso de apelación de Porvenir SA, la vocera judicial de la AFP reprochó que se haya ordenado la devolución de las sumas adicionales de la cuenta de ahorro individual del demandante, por tratarse de sumas que solo son reconocidas por las aseguradoras en el momento en que el afiliado cumple con los requisitos para acceder a la prestación pensional.

Sobre el particular, debe apuntar la Sala que no existe el yerro endilgado al juzgador de primera instancia, dado que el sustento jurídico que conlleva al fallador a ordenar la devolución de los emolumentos mencionados en el acápite anterior, se deriva de la aplicación del artículo 1746 del Código Civil, que a su tenor indica:

*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.*

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

Lo anterior, conforme a la sentencia CSJ SL 31989 del 9 sep. 2008; reiterada en Sentencia SL5680-2021, que indicó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado<sup>5</sup>.*

Ese criterio, se ha sostenido hasta la actualidad en sentencias como la CSJ SL4608-2021, donde se señaló que la ineficacia del traslado conlleva a:

---

<sup>5</sup> CSJ SL 31989 del 9 sep. 2008

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

*i) la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a que tendría derecho la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida;*

*ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.*

En ese sentido, una vez se declare la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, se debe ordenar al fondo privado la devolución del capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, las comisiones, los frutos e intereses causados durante el tiempo en que el trabajador estuvo vinculado, debidamente indexados, incluyendo los bonos pensionales a que haya lugar, medida que a su vez salvaguarda el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones y la conservación del valor adquisitivo de esos recursos.

Por otra parte, en relación con los medios exceptivos propuestos, debe recordarse que tratándose de la pretensión encaminada a obtener la ineficacia del traslado de régimen pensional y sus efectos los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS sobre prescripción trienal no aplican, pues aquellas ostentan un carácter declarativo y se relacionan con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. Así, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que la sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es *comprobar* o *constatar* un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la *litis*. (CSJ SL2209-2021) y, por tanto, en este asuntos como el que se estudia no resulta aplicable el fenómeno extintivo invocado.

Finalmente, frente a la condena en costas a cargo de Porvenir SA, basta decir que, conforme a lo estipulado en el artículo 365 del CGP, norma

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, es la parte vencida en el proceso o a quien se le decida desfavorablemente los recursos de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto, quien debe ser condenada en costas.

Se trata entonces de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena en costas a quien pierda el juicio, sin que sea necesario entrar a analizar la razón (CSJ SL3661-2021). En esa medida no hay lugar a modificar la decisión del *a quo*, ya que el juzgador simplemente acató lo ordenado en la ley.

Por todo lo anterior, para dotar la decisión de precisión conceptual, la Sala modificará el ordinal primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de indicar que lo procedente es la declaratoria de la ineficacia del traslado, y en virtud de la Consulta surtida a favor de Colpensiones, se adicionará la decisión precisar todos los conceptos que deberá devolver la AFP accionada al RPMPD.

En lo demás, se confirmará la sentencia de primer grado.

Al no salir avante los recursos, se condenará en costas a las demandadas Porvenir SA, y Colpensiones, tal como lo ordena el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y Por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal PRIMERO de la sentencia proferida el 29 de julio de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado del demandante Marco Fidel Suárez Pereira al RAIS, efectuado el 5 de febrero de 1998. En consecuencia, declarar que el actor se encuentra válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida.

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**RADICACIÓN:** 20001-31-05-004-2020-00213-01  
**DEMANDANTE:** MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
**DEMANDADO:** PORVENIR Y OTRO

**SEGUNDO: ADICIONAR** el ordinal SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de CONDENAR a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de Marco Fidel Suarez Pereira, los rendimientos financieros y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, frutos e intereses, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros provisionales, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados.

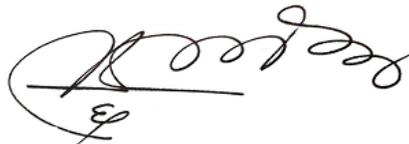
**TERCERO:** Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

**CUARTO:** Costas a cargo de las recurrentes vencidas. Como agencias en derecho a favor del demandante, y contra las demandadas Porvenir SA y Colpensiones, se fija la suma de un salario mínimo legal vigente. Liquidense concentradamente por el juez de primera instancia.

**QUINTO:** En firme esta decisión, vuelva el expediente a su lugar de origen para lo pertinente.

Por razones de salud pública que aqueja al país y al mundo actualmente debido a la propagación del virus Covid-19 y con ocasión a las medidas de distanciamiento social adoptadas por el presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura, se deja expresa constancia que esta providencia circuló a los demás Magistrados que componen esta Sala de manera virtual y su aprobación se hizo por el mismo medio.

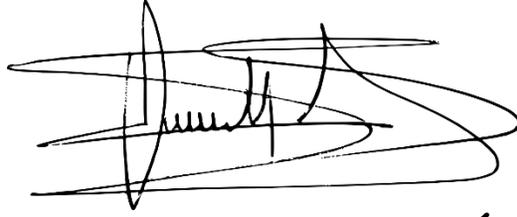
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ**  
Magistrado Ponente

**PROCESO:**  
**RADICACIÓN:**  
**DEMANDANTE:**  
**DEMANDADO:**

ORDINARIO LABORAL  
20001-31-05-004-2020-00213-01  
MARCO FIDEL SUAREZ PEREIRA  
PORVENIR Y OTRO



**OSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ**  
Magistrado



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado