

**CARGA PROBATORIA ANTE LA INEFICACIA DEL TRASLADO ENTRE
RÉGIMENES PENSIONALES EN COLOMBIA**

MANUEL ENRIQUE BRACHO ALTAMIRANDA

ANGIE CAROLINA GOMEZ SANTOS

UNIVERSIDAD REMINGTON

ESPECIALIZACIÓN DERECHO LABORAL

MONTERÍA – CÓRDOBA

2025

INTRODUCCIÓN.

La elección de quienes hacen uso del sistema general de seguridad social en pensiones en nuestro país, de trasladar sus recursos entre el fondo de pensión público administrado por COLPENSIONES y los fondos privados, representa un hito crucial en su vida económica; con consecuencias de largo alcance, sin embargo, esta decisión a menudo compleja y llena de dudas, se ve ensombrecida por una notable asimetría informativa. esto se debe a la extensa protección que brinda el ordenamiento jurídico en el servicio público de la seguridad social, ya que este abarca los intereses fundamentales de quien busca utilizar dicho servicio, para el caso, el afiliado; a diferencia de los contratos (Acevedo Cadavid, 2023); ese traslado entre regímenes pensionales genera consecuencias que perduran hasta la muerte del afiliado; Sin embargo, esta decisión, que es compleja y está llena de dudas, se ve comprometida por una notable asimetría informativa.

Las entidades encargadas de gestionar fondos de pensiones, por su naturaleza, poseen un conocimiento especializado que contrasta con la escasa información de los afiliados, esa desigualdad genera una vulnerabilidad que puede conducir a decisiones desinformadas y a prácticas comerciales abusivas. En este contexto surge el principio jurídico de ineficacia del traslado, que habilita a los afiliados a solicitar la anulación de una decisión adoptada bajo condiciones de información desigual. Es fundamental determinar quién debe demostrar que el cambio ejecutado ocurre de manera irregular: El afiliado, que se encuentra en una situación de desventaja, o la entidad administradora que tiene un acceso más amplio a la información.

Las AFP privadas debían adherirse a los parámetros y prerrogativas que, de una manera u otra, honraran principios como: el derecho a estar informado, el derecho a otorgar un consentimiento fundamentado en bases sólidas que promuevan el fortalecimiento de un criterio integral que no permita la aparición o formación de vicios al momento de aceptar, ser transferido del régimen pensional, es decir, del Fondo público garantista, al privado engañoso (Torres et al., 2019). Ese deber de información por parte de las AFP encuentra sustento entre otras normas en el

Decreto – Ley 663 de 1993, en su artículo 97, numeral 1, en la que se dice, cito textualmente: “1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben 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” (estatuto orgánico del sistema financiero, 1993).

Teniendo en cuenta que se traspasan o transgreden los límites impuestos por el legislador; límites que están sujetos a las fluctuaciones histórico-culturales provocadas por el transcurso del tiempo; esos límites, también se establecen mediante normas positivas modificadas según la realidad social, donde se aplican varias penalizaciones a aquel contrato que los infringe. Se trata de las causales de anulación, ineficacia e incluso la falta de existencia del mismo. (Acevedo Cadavid, 2023).

La atribución la carga probatoria en estas situaciones, influye directamente en la salvaguarda de los derechos de los afiliados y en la confianza en el sistema de pensiones. Una repartición justa de esta responsabilidad no solo asegura un acceso más equitativo a la justicia, sino, que también disuade las prácticas abusivas por parte de las entidades administradoras y promueve una mayor transparencia.

La jurisprudencia colombiana en este tema ha evolucionado de manera constante, generando diversas interpretaciones acerca de la aplicación de la misma. Sin embargo, persiste el desafío de encontrar un balance apropiado entre la protección de los derechos de los afiliados, que frecuentemente son consumidores vulnerables, y la obligación de proteger la seguridad jurídica de las entidades de gestión.

DESARROLLO.

La ley 100 del año 1993, representó un punto de impacto en el SGSS de nuestro país, implementando modificaciones importantes en el sistema de pensiones. Una de las innovaciones más destacadas de esta normativa fue el establecimiento de los Fondos Administradores de Pensiones (AFP), organismos privados

responsables de administrar los ahorros individuales de sus miembros para su retiro. Con esta acción, se implementó un elemento de capitalización individual en el SGSS en pensiones colombiano, enriqueciendo la clásica técnica de reparto.

Principales características del sistema establecido por la Ley 100:

- Coexistencia de dos regímenes:
 - RPM – El Régimen de Prima Media con Prestación Definida: Este es dirigido por COLPENSIONES, siendo un fondo pensional público que administra los recursos, basado en la ponderación de los salarios durante el tiempo laborado.
 - RAIS – El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad: dirigido por los fondos en el ámbito privado, basado en los aportes individuales de cada afiliado.
- Flexibilidad: Los miembros o afiliados tienen la posibilidad legal de elegir entre uno u otro régimen, o incluso cambiar de régimen bajo ciertas condiciones.
- Solidaridad: Se mantiene un componente de solidaridad a través del Fondo de Solidaridad de Pensión, que financia los recursos mínimos y otras prestaciones.

Pese a los progresos logrados por la Ley 100, el sistema de pensión colombiano ha lidiado con múltiples obstáculos. Se pueden resaltar aspectos como la viabilidad económica de ciertos fondos de pensiones, particularmente en tiempos de crisis financiera, y la disparidad en las pensiones entre los distintos grupos de afiliados. Además, la complejidad del sistema, con la presencia de dos regímenes y diversas alternativas de inversión, ha complicado que los miembros tomen decisiones fundamentadas.

La Ley en comento, estableció un marco normativo para la coexistencia de los regímenes pensionales existentes: El RPM y el RAIS. Esta coexistencia trajo consigo la virtualidad que los afiliados pudieran trasladarse entre regímenes

pensionales, siempre y cuando cumplieran con las condiciones estipuladas en la ley.

Esta norma, en su artículo 13, prescribe la libertad de los afiliados para escoger el régimen pensional de su preferencia. Sin embargo, esta libertad no es absoluta y se encuentra sujeta a ciertas condiciones y restricciones.

Principales aspectos a considerar:

- Libertad de elección: Los afiliados tienen la libertad de elegir entre cualquiera de los regímenes existentes (RPM y RAIS) al momento de afiliarse al sistema o al realizar un traslado.
- Traslados posteriores: Toda vez, concretada la selección de un régimen pensional, los usuarios pueden solicitar el cambio de régimen y viceversa por una sola vez cada cinco (5) años.
- Periodos de carencia: En algunos casos, la ley establece periodos de carencia para poder realizar un traslado, con el fin de evitar desequilibrios en los fondos pensionales.
- Requisitos especiales: Para ciertos grupos de afiliados, como los beneficiarios de subsidios, existen requisitos especiales para realizar el traslado.

El propósito de las limitaciones a la libertad de elección de régimen es asegurar la viabilidad del sistema de pensiones, evitar comportamientos abusivos y salvaguardar los derechos de los miembros. Por ejemplo, los periodos de carencia intentan prevenir modificaciones constantes en el régimen que puedan provocar inestabilidad en los fondos y perjudicar la habilidad del sistema para cumplir con sus compromisos.

- La elección de cambiar de un régimen a otro conlleva consecuencias importantes para los afiliados. Dentro de las consecuencias más relevantes se incluyen:

- Disminución de ventajas: Cuando los afiliados cambian de régimen, pueden perder algunas ventajas obtenidas en el régimen previo, como derechos adquiridos o condiciones especiales.
- Modificaciones en las expectativas de jubilación: La compensación que se obtendrá al final se determinará por el régimen seleccionado y por las contribuciones efectuadas. Un cambio puede impactar en las expectativas de jubilación del miembro.
- Costos de gestión: Los desplazamientos generalmente conllevan gastos administrativos para el miembro, como comisiones por transferencia de recursos.
- Precauciones vinculadas a la inversión: Para los traslados al RAIS, los miembros toman un riesgo más elevado en sus inversiones, dado que el monto de su pensión se basará en el desempeño de los fondos.

Las condiciones que deben acatar los fondos de pensiones para que la decisión de traslado que tome el afiliado sea válida y no pueda ser impugnada posteriormente, es imprescindible que se satisfagan determinados requisitos que garanticen que la decisión del afiliado sea libre y voluntaria, sin que se vean afectados por vicios del consentimiento. (Jamza Mejia & Cortes Riveros, 2022) manifiesta que al tratarse de consumidores financieros, los fondos de pensiones deben cumplir con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1328 de 2009.

A continuación, se detallan los principales requerimientos que deben acatar dichos fondos de pensiones para garantizar que la decisión de traslado de fondo no este afectada por nulidad:

Información Clara e integra.

- Información acerca de ambos regímenes: Las AFP deben ofrecer a los miembros o afiliados, datos claros, completos y precisos acerca de las particularidades de ambos regímenes, así como los pros y contra asociados a cada uno.

- Comparativo de beneficios: Se debe presentar un comparativo claro y sencillo que permita al afiliado evaluar las diferencias entre ambos regímenes en términos de valor económico de la pensión, edad de pensión, requisitos de cotización y otros aspectos relevantes.
- Simulación de pensiones: Es importante que el afiliado pueda realizar una simulación de su pensión futura en ambos regímenes, con base en sus aportes y proyecciones de vida laboral.

Asesoría Personalizada

- Asesoría especializada: Las AFP deben contar con personal capacitado para brindar asesoría personalizada a los afiliados, respondiendo a sus inquietudes y ayudándoles a tomar una decisión informada.
- Confidencialidad: La información suministrada por el afiliado debe ser tratada con absoluta confidencialidad.
- Imparcialidad: La asesoría debe ser imparcial y objetiva, sin presiones para que el afiliado se decante por un régimen en particular.

Transparencia en las Operaciones

- Información sobre costos: Los afiliados deben conocer todos los costos asociados al traslado de fondo, incluyendo comisiones y gastos administrativos.
- Información sobre riesgos: Se deben informar los riesgos inherentes a cada régimen, de lo cambiante que pueden ser los mercados financieros en el caso del RAIS.
- Acceso a información: Los afiliados deben tener acercamiento a toda la información importante sobre su cuenta de pensiones, de manera clara y oportuna.

Libre Voluntad del Afiliado

- Ausencia de coacción: La decisión de trasladarse de régimen debe ser tomada de manera libre y voluntaria por el afiliado, sin que exista ninguna presión o coacción por parte de la AFP o de terceros.
- Consentimiento informado: El afiliado debe firmar un documento en el que se evidencie que ha recibido toda la información necesaria y que ha hecho uso del derecho a trasladarse de manera consciente y voluntaria.

La decisión de trasladar los fondos pensionales entre el régimen público y privado en Colombia es una elección de gran relevancia para los afiliados, pues incide directamente en su futuro económico. Sin embargo, esta elección no siempre se realiza con el conocimiento y la información adecuada. Ante esta realidad, surge la figura de la ineficacia del traslado, que permite a los afiliados solicitar la nulidad de esta decisión cuando consideran que no fueron debidamente informados o que se les indujo a error.

En el ámbito jurídico, los vicios del consentimiento se refieren a aquellos factores que afectan la voluntad de una persona al momento de tomar una decisión, impidiendo que esta sea libre y consciente. En el contexto de los traslados de regímenes pensionales, estos vicios pueden invalidar la decisión del afiliado y permitirle solicitar la nulidad del traslado.

Vicios del consentimiento más comunes en traslados pensionales

- Error: Se presenta cuando el afiliado se equivoca sobre un elemento esencial del contrato, como las características del nuevo régimen o las consecuencias del traslado. Por ejemplo, si el afiliado cree que al trasladarse tendrá una pensión más alta cuando en realidad será más baja.
- Dolo: Ocurre cuando una de las partes (en este caso, la AFP) induce a error al afiliado con información falsa o incompleta, con el fin de que tome una decisión que le perjudique.
- Violencia: Se presenta cuando se obliga al miembro o afiliado a tomar una decisión mediante la coerción o de amenazas.

- Intimidación: Similar a la violencia, pero se refiere a la utilización de medios psicológicos para coaccionar al usuario.

La ineficacia del traslado del usuario de un régimen pensional a otro Régimen pensional, se refiere a una figura jurídica que permite a un miembro o afiliado solicitar la declaración de ineficacia de una decisión de traslado, cuando considera que esta se tomó bajo condiciones que vulneraron sus derechos. En otras palabras, es una herramienta legal que permite a los afiliados impugnar un traslado cuando este se realizó sin el conocimiento adecuado, bajo presión o debido a información errónea proporcionada por la entidad administradora.

La carga dinámica de la prueba como principio del derecho procesal, determina quién tiene el deber de suministrar las pruebas necesarias para demostrar su pretensión. En otras palabras, es la responsabilidad de una de las partes en un juicio de dar a conocer criterios que convencan al juez sobre la certeza de sus alegaciones.

Conforme a lo dicho, la carga probatoria corresponde a la parte que manifiesta un hecho positivo, es decir, quien alega que algo sucedió. Por ejemplo, en un juicio civil, quien demanda a otra persona tiene la obligación de demostrar los hechos que sustentan su demanda.

Existen algunas excepciones a la regla general de que la carga probatoria recae sobre quien sostiene un hecho cierto. Ejemplo de ello son:

- Hechos presuntos: En algunos casos, la ley presume ciertos hechos, y la parte contraria debe probar que no se cumplen.
- Inversión de la carga probatoria: En determinadas circunstancias, el juez puede invertir la carga probatoria, por ejemplo, el juez invierte esta carga al constatar que una de las partes tiene conocimiento especial sobre los hechos del caso.

La inversión de la carga probatoria conlleva una modificación en la aplicación de la obligación de probar los hechos en un procedimiento legal. por lo cual, quien inicia

un proceso judicial se releva en su obligación de demostrar determinado hecho, recayendo esta responsabilidad en la parte contraria obligándola a demostrar la falsedad de lo afirmado o infirmado.

Esa inversión de la carga probatoria tiene aplicación bajo la premisa que una de las partes tiene acercamiento a los medios de prueba o en los casos determinados en el inciso 4 del artículo 167 del C.G.P, al manifestarse que aquellos hechos que son evidentes o ampliamente conocidos y los hechos enunciados como positivos o negativos de manera indefinida no requieren medios de prueba. (CGP, 2012); al tratarse entonces de una afirmación o negación indefinida, lo que se genera es la inversión en la carga probatoria debiendo demostrar la parte contra quien se aduce la afirmación o negación indefinida, el haber realizado o abstenido de realizar el hecho que se le endilga.

La aplicación de la inversión de la carga probatoria de forma indiscriminada puede generar un desequilibrio entre las partes procesales, así como, puede agilizar los procesos al reducir la carga probatoria de una de los interesados.

La Corte Suprema de Justicia viene desempeñando un papel crucial en desglose de las reglas para resolver la ineficacia de los traslados entre regímenes de pensiones en Colombia mediante sentencias que crean líneas jurisprudenciales, ha establecido jurisprudencia que ha moldeado la comprensión y aplicación de la norma existente.

La Corte Suprema ha evolucionado en su posición a lo largo del tiempo, adaptándose a los cambios en la legislación y a las nuevas realidades del sistema pensional colombiano. Inicialmente, la Corte tendió a adoptar una postura más restrictiva en cuanto a la declaración de ineficacia de los traslados. Sin embargo, con el paso del tiempo y ante las diversas situaciones planteadas por los afiliados, ha ido ampliando los supuestos en los que se puede declarar la nulidad de un traslado.

La Corte Suprema ha establecido los siguientes criterios fundamentales para declarar la ineficacia de un traslado pensional:

- Falta de información clara y completa: La AFP debe brindar a sus afiliados toda la información necesaria pudiendo ese afiliado tomar una decisión consciente y libre de vicios. Si la información es insuficiente, errónea o engañosa, el traslado puede ser declarado ineficaz.
- Coacción o violencia: Si el afiliado se vio obligado a tomar la decisión de trasladarse bajo amenaza o coacción, el traslado puede ser declarado nulo.
- Error esencial: Si el afiliado se equivocó sobre un aspecto fundamental del traslado, como las consecuencias económicas o las condiciones del nuevo régimen, puede solicitar la nulidad del mismo.
- Violación del deber de lealtad: Si la AFP actuó de mala fe o violó su deber de lealtad hacia el afiliado, el traslado puede ser declarado nulo.

la Corte Constitucional ha realizado algunas precisiones a este principio. Ha señalado que la carga de la probatoria no puede ser tan onerosa para ninguna de las partes, ni para el afiliado ni para la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) público o privado.

El juez, siendo el director del proceso, tiene la responsabilidad de valorar todas las pruebas presentadas y de buscar la verdad material del caso.

CONTRA ARGUMENTACION

En principio lo que se busca es la inversión de la carga probatoria en procesos de ineficacia de traslados entre regímenes, sustentada en la carencia del conocimiento idóneo sobre los beneficios o perjuicios, buscando el amparo de los usuarios, existen premisas que van en contra de esta postura. En nuestro sistema colombiano, la norma procedimental ordena que cada parte aporte las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes tendientes a demostrar los hechos que soportan sus pretensiones, lo que indica que el usuario, en su rol de demandante, está obligado a probar que el fondo de pensiones no le brindó la información necesaria. Una inversión automática de la carga podría generar la afectación o vulneración de los derechos de las AFP, llevándolas a demostrar o considerar los hechos, como la necesidad que surge de brindar la correspondiente información

sobre los beneficios o perjuicios que implican una elección inicial de fondo, lo que se considera injusto, y podría acarrearles a los fondos, pérdidas operativas considerables.

CONCLUSIÓN

La determinación de la carga probatoria en los casos de ineficacia de traslados de regímenes pensionales es un tema de vital importancia, pues, tiene un impacto directo en la salvaguarda de los beneficios de los usuarios del sistema pensional. Los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, han emitido pronunciamientos al respecto, estableciendo criterios y principios que orientan la resolución de estos conflictos.

Conforme a todo lo expuesto a lo largo del trabajo, se estableció que los afiliados a los fondos de pensiones tienen el derecho a ser informados sobre los beneficios y condiciones establecidas en cada régimen pensional, con el fin de que puedan adoptar decisiones informadas, conscientes y no se vea afectada su voluntad, ya que quien no tiene claridad de lo indicado, puede cometer errores y decidir erradamente. En virtud de ello, se estaría afectando no solo el derecho a estar informando, sino también el acceso efectivo a la pensión cuando se cumplan las condiciones establecidas en la ley para tal finalidad.

Conforme a lo anterior, se identificó además que, cuando los afiliados aseguran que se les vulneró dicho derecho a la doble asesoría, que es lo mismo a estar debidamente informado, de forma general están acudiendo a la jurisdicción laboral, solicitado que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional. Lo anterior, genera dos posturas en relación a la carga de la prueba, por un lado, están los AFP quienes, al ser demandados de forma general, asumen que no están en la obligación de probar que brindaron la asesoría y por el otro están los demandados, que en principio les asiste la carga de la prueba con la presentación de la demanda.

En consonancia con lo expuesto, también se llega a la conclusión que existen dos posiciones, dispuestas por las altas cortes, donde no se identifica unanimidad entre ellas, respecto a la carga probatoria en los procesos en que se busca que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales. Siendo así, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SL 168 de 2019, plantea que la obligación de informar

nace con el sistema de pensiones y el sometimiento a vigilancia de las AFP como entidades financieras y un usuario consumidor financiero y en contraposición la Corte Constitucional, en la Sentencia SU 107 de 2024, plasma un claro intento de variación o asignación de carga de probar de quien demanda.

Teniendo claridad de las dos posiciones existentes, como investigadores estamos de acuerdo con la desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, que sin duda reconoce que existe un deber claro de informar por parte de los fondos de pensiones, y por lo tanto, estos están en mejor posición de probar el cumplimiento de ese deber, ya que el afiliado, sin duda alguna se encuentra en una posición de desventaja, ya que en muchos casos no cuentan con elementos pruebas que le permitan demostrar desde el inicio los supuestos de hechos que alega en su demanda. Siendo así, el juez también juega un papel importante, en la búsqueda de esa verdad procesal, por lo que puede ordenar pruebas de oficios o invertir la carga de la prueba.

Conclusiones clave:

- Seguridad jurídica de los derechos ius fundamentales: La Corte Constitucional y la Corte Suprema coinciden en la importancia de amparar los derechos iusfundamentales de los miembros o afiliados, como la seguridad social y el recibir información clara y veraz.
- Información clara y completa: Ambas cortes han enfatizado la necesidad de que las AFP suministren información clara, completa y veraz a los afiliados al momento de realizar un traslado.
- Voluntariedad del consentimiento: El deseo de trasladarse de régimen debe ser espontaneo y voluntario, sin que exista coacción o influencia indebida por parte del fondo (AFP).
- Carga probatoria: Está inicialmente en el afiliado, la Corte Constitucional ha mostrado una mayor flexibilidad, reconociendo las dificultades que pueden enfrentar los afiliados para probar ciertos hechos. La Corte Suprema, por su parte, ha sido más estricta en exigir pruebas contundentes.
- Análisis caso por caso: Ambas cortes han señalado que cada caso debe ser analizado de manera individualizada, conforme a las particularidades de usuario y las pruebas aportadas.

BIBLIOGRAFIA

Acevedo Cadavid, C. D. (2023). *Ineficacia del traslado de régimen pensional en pensionados del régimen de ahorro individual con solidaridad.*

<https://doi.org/10.57998/bdigital/handle.001.1365>

Código General del Proceso, Pub. L. No. 1564, 1564 (2012).

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48425>

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Pub. L. No. 663, 663 Decreto ley 663 (1993).

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html

Jamza Mejia, N. J., & Cortes Riveros, M. J. (2022). *Declaración judicial de nulidad o ineficacia de traslado entre regímenes pensionales ¿Solución o problema en materia de conflictividad respecto de movilidad pensional?*

<https://doi.org/10.11144/Javeriana.10554.59383>

Torres, J. M., Zambrano, A. M., & Cañas, K. D. (2019). Nulidad de traslado del RPM al RAIS - Cómo afecta la congestión judicial, el efectivo acceso a la justicia, de los usuarios que han sido engañados por los fondos privados de pensiones. *Pensamiento Republicano*, 10, 109-120.

<http://dx.doi.org/10.21017/pen.repub.2019.n10.a51>