

**TRIBUNAL SUPERIOR  
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS  
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**  
Proceso: Ordinario  
Radicación No. 25307-31-05-001-2021-00134-01  
Demandante: **OFIR CONDE GONZÁLEZ**  
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE  
PENSIONES – COLPENSIONES, Y OTRA**

En Bogotá D.C. a los **27 DIAS DEL MES DE SEPTIEMBRE DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022. Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot –Cundinamarca-, dentro del proceso de la referencia

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**OFIR CONDE GONZÁLEZ**, demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a la **AFP COLFONDOS**

**S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, para que previo trámite del proceso ordinario laboral se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizó la actora al existir vicio en el consentimiento; que se declare válida, vigente y sin solución de continuidad el traslado que hizo CAJANAL en liquidación de la demandante al ISS; y en consecuencia se ordene el traslado o regreso de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, que COLFONDOS traslade todos y cada uno de los aportes que la actora efectuó al RAIS, incluidos los rendimientos sin ningún descuentos por cuota de administración, que COLPENSIONES reactive la afiliación de la actora , lo ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones se expone en la demanda que la actora nació el 1° de febrero de 1960, para la fecha de presentación de la demanda contaba con 60 años, que se afilió a CAJANAL el 1° de junio de 1991, luego fue trasladada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES; el 1° de febrero de 1996 se afilió a COLFONDOS, trasladándose de esta manera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el entonces ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que para ello hubiere tenido el doble asesoramiento; para esa fecha contaba con 36 años de edad; que en ejercicio de la campaña comercial que implementaron los fondos privados para captar afiliados, a la actora la contactó una asesora comercial de la AFP demandada, quien *“...con una muy deficiente, incompleta, engañosa, superficial y vacilante explicación de los pormenores de la concreta situación pensional de mi cliente, es decir sin poner en una justa balanza las ventajas y desventajas que tenía frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el Régimen de Ahorro*

*Individual, sin explicarle que al cambiarse de régimen pensional perdería las prebendas y formas de liquidar la pensión que tenía en el extinto I.S.S. y hoy Colpensiones, sin explicarle en detalle la forma como el RAIS liquida las pensiones y las tres modalidades de pensión que allí se ofrecen, y con la engañosa intención de hacerle creer que en el Fondo de pensiones privado se podía obtener una pensión de vejez más ventajosa, mas rápido, sin tener en cuenta la edad, con una mesada pensional más alta, sin efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de una u otra opción, sin indicarle que necesitaba una suma de capital de ahorro mínimo para poder acceder a su pensión, sin indicarle que si ese ahorro individual en su cuenta personal no le alcanzaba para la fórmula matemática y financiera debía aspirar a una pensión mínima completada por el estado pero que debía esperar a cumplir al menos 60 años o hasta más según su caso particular que tampoco le explicó y con la afirmación de que el I.S.S. se iba a acabar y a liquidar lo que le ocasionaría perjuicios en su futura pensión, por lo que lo indujo a firmar el traslado de pensiones a mi mandante para dicho fondo sin informar, suficientemente, oportuna, clara, coherente, certera, debida y completamente su consentimiento con conocimiento preciso y claro de sus consecuencias, aprovechándose de la ignorancia de mi cliente en ese campo...”.*

Sostiene que las omisiones aludidas, constituyen un engaño y un dolo manifiesto por parte de la entidad, induciendo en error y por tanto viciando el consentimiento de la accionada, “...en el sentido de que si se le hubiere informado la realidad de la situación en la cual se encontraba y en la cual iba a quedar su derecho pensional al trasladarse para el RAIS y abandonar sus beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con absoluta seguridad nunca hubiera firmado el traslado a dicho fondo como expresamente así me lo manifiesta...”; por lo que el formulario de traslado no es válido o se encuentra viciado de nulidad, pues no hubo un consentimiento libre, espontáneo e informado de manera suficiente, clara, coherente, preciso, con conocimiento concreto de

las consecuencias, con las proyecciones aritméticas previas de cómo quedaría su mesada pensional en un futuro, es decir, el monto porcentual, valor mensual de la mesada, a partir de qué edad podía hacer uso de su derecho pensional, bajo que modalidad le convenía más, etc., violentando así el artículo 16 de la C.P.

Menciona que el la AFP accionada, fue omisivo por segunda vez y de mala fe al no brindarle una re-asesoría a la actora, al momento del límite en que le faltaban a la actora 10 años para cumplir con el requisito de su pensión, es decir, al momento de esa década antes de cumplir la edad de 57 años, la debió asesora nuevamente antes de que se adentrara en ese estado de no retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que el 18 de septiembre de 2013, la actora solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y ese mismo día bajo el radicado 2013-6684111 fue negada su solicitud en atención a que la petición no se realizó con diez años de anticipación antes de cumplir los 57 años; que elevó derecho de petición a COLFONDOS, en la que entre otras solicitudes se pido que se entregara copia completa de las asesorías y re-asesorías que le habían hecho al momento del traslado al llenar la solicitud 287019 y el de faltarle los diez años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para haber tomado la decisión de devolverse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin embargo en respuesta del 3 de mayo de 2019 manifiesta no tener soporte por escrito (fl. 1 a 24 PDF 01 y el PDF 05).

La demanda fue enviada al correo electrónico del **Juzgado Laboral del Circuito de Girardot**, el 27 de abril de 2021 (PDF 02); autoridad judicial que, con auto de 19 de noviembre de 2021, la

admitió, disponiendo la notificación a la parte demandada en los términos allí indicado, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo previsto en los artículos 610 a 612 del CGP (PDF 03).

Dentro del término de traslado, las accionadas dieron contestación a la demanda en los siguientes términos:

La Sociedad **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, dijo que se oponía a las pretensiones de la demanda, por considerar que la accionante al suscribir de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza el formulario de afiliación, ratificó su traslado de régimen y es así como el mismo no presentó nunca reclamación alguna conforme lo reglado en el artículo tercero del decreto 1161 de 1994 que establece un plazo de cinco (5) días siguientes a la fecha de vinculación para presentar retracto al cambio de régimen por lo que este último se entiende con plena validez; que la demandante está sujeta a la prohibición señalada en el literal e. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, por el cual se prohíbe expresamente el traslado de régimen pensional de personas a las que le faltasen 10 años o menos para llegar a la edad pensional, como es el caso de aquella, quien a la fecha de la presente demanda cuenta con más de 57 años, y también se encontraba inmersa en esta prohibición al momento de presentar solicitudes a esta administradora, es menester el indicar que se debe de realizar solicitud de traslado ante la entidad a la cual pretende la afiliada pertenecer, situación que ha ocurrido en el presente asunto y fue así

como Colpensiones, negó el traslado por encontrarse en curso en la prohibición arriba descrita.

Menciona que, para poder retornar al RPM, administrado por Colpensiones, la demandante deberá cumplir con los requisitos señalados en las sentencias C 789 de 2002, C 1024 de 2004, T 168 de 2009 y SU 062 de 2010 y la más reciente SU -130 de 2013, que permiten el traslado de régimen solamente a personas de cualquier edad en cualquier tiempo, siempre que a 1º de abril de 1994 tengan 15 años o más de cotizaciones; aunado a que no es posible declarar la nulidad de la afiliación de OFIR CONDE GONZALEZ a este fondo, por cuanto el consentimiento del demandante no se vio afectado ni por error ni por dolo; no hay error de derecho; que la AFP dentro de las actuaciones desplegada, cumplió a cabalidad con el deber de información, como se deja ver de las documentales allegadas donde se le manifiesta al afiliado toda la información que este requiere sobre su situación pensional; que debe tenerse en cuenta que la actora se trasladó en el año 1996, *“...es decir lleva más de 20 años en el régimen administrado por mi mandante. Por lo cual el demandante siempre ha contado con la información necesaria y los elementos para realizar un juicio sobre su situación pensional. Máxime cuando el afiliado según lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 100 de 1993 numeral E, que permite el traslado de régimen cada cinco (05) años. Si se hubiere percatado de su situación pensional hubiera contado con tres (03) oportunidades para realizar traslado...”*.

Considera que, en el presente caso, no ha faltado al deber de información, *“...teniendo en cuenta que este último ha tenido un desarrollo progresivo desde la ley 1328 de 2009 (PROTECCION AL CONSUMIDOR FINANCIERO), modificado por el decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014 y decreto 2071 de 2015. Por lo que las actuaciones de mi mandante se han realizado con arreglo*

*al progresivo reconocimiento de este derecho. Y no es posible aplicar obligaciones a mi mandante que no existían al momento del traslado en el año 1999...”, aunado a que “...dentro del presente asunto se configura la prescripción de la acción, ya sea con el tiempo establecido de diez años del Código Civil o se tome el tiempo traído por el Código Laboral de tres años. Si bien la obligación de realizar aportes, es de tracto sucesivo este se diferencia del acto jurídico de traslado de régimen el cual no lo es. Por lo que de contarse los diez años la acción ya feneció, así mismo si se contara el tiempo traído por la normatividad laboral el término feneció...”.*

Precisa en el acápite de HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO DE LA DEFENSA, que: *“...1. El demandante se vinculó al RAIS mediante formulario suscrito en el año 1996. 2. El demandante expresó su voluntad de vinculación de manera libre, voluntaria y consciente, imponiendo su firma en la casilla correspondiente del formulario denominado, “VOLUNTAD AFILIACIÓN DE PENSIONES OBLIGATORIAS”. 3. Con la manifestación de vinculación referida anteriormente, la demandante igualmente aceptó a COLFONDOS S.A., como la administradora fuera la única administradora de sus recursos pensionales; aceptando implícitamente, pensionarse bajo los preceptos de los artículos 64 y siguientes de la Ley 100 de 1993 que reglamentan el RAIS. 4. De conformidad con el resumen de la Historia Laboral emitida por la OBP, el demandante al 01 de abril de 1994, no tenía 750 semanas cotizadas, es decir, que no cumplía con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición. 5. COLFONDOS S.A dio respuesta solicitud elevada por la demandante atinente al trámite de su bono pensional ante la OBP. 6. El demandante radicó solicitud de traslado de régimen ante COLFONDOS S.A indicando como motivo de la misma, el engaño consistente según el togado en falta de información de mi representada. 7. Mi representada, mediante comunicación informó al demandante la imposibilidad de efectuar el traslado solicitado toda vez que, no hay orden expresa de autoridad competente para declarar dicha nulidad y por otro lado la demandante se encuentra válidamente afiliada con ocasión del formulario de vinculación suscrito por en*

*el año 1996. 8. El demandante radicó solicitud de reclamación de prestaciones económicas bajo el, para acceder a la pensión de vejez...”.*

En su defensa, formuló los medios exceptivos denominados: Prescripción, Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, Buena fe, Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, Ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, Innominada o Genérica (fls.1 a 29 PDF 09).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por conducto de apoderada, dentro del término legal, contestó con oposición a las pretensiones, señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no precedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual reza “...Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuándo le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”.

En el capítulo de RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO, sostiene que las pretensiones de la accionante no están llamadas a prosperar, especialmente lo relacionado a que Colpensiones acepte la vinculación del demandante, al sistema de seguridad social de prima media con prestación definida, dado que aquella no es beneficiaria del régimen de transición, puesto que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- contaba con 34 años pues nació el 1° de febrero de 1960 y no cumplía con el requisito de las 750 semanas de cotizaciones o los 15 años de tiempo de servicios, *“...razón por lo cual no es de recibo que pretenda regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como así lo solicita...”*; aunado a que para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorno, en el año 2013, la actora contaba con 53 años de edad, encontrándose dentro de la prohibición legal conforme el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el apartado 13 de la ley 100 de 1993; además aquella no hizo uso de los derechos de los afiliados, ya que no hizo uso del derecho de retracto, el cual da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección en cualquiera de los dos regímenes dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual haya manifestado por escrito la correspondiente selección; y cuando se trasladó al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa, ya que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1° de abril de 1994, la demandante contaba con 34 años de edad y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicios para querer regresar al RPM en cualquier tiempo; reiterando que la accionante no reúne los requisitos legales para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

También considera que no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del C.C., que establece que es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento. Pues conforme el artículo 1750 ídem, tenía un plazo de cuatro (4) años, vale decir hasta febrero de 2000, y no lo hizo; por lo que de considerarse que existió la nulidad alegada la misma fue saneada en los términos del apartado 1752 ibídem, ya que la demandante saneo la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 id., al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, como quiera que durante todo el tiempo ha consentido que le hagan los descuentos respectivos con destino al RAIS.

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, Prescripción de la acción laboral, Caducidad, Inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la “Innominada o Genérica” (fls. 1 a 44 PDF 11)

## **II. SENTENCIA DEL JUZGADO.**

Agotados los trámites procesales el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot - Cundinamarca, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2022, decidió:

*“(…) **Primero: DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN** de la señora **OFIR CONDE GONZÁLEZ** a la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, desde el mes de febrero de 1996, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

***Segundo: Condenar** a la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a devolver en el término de veinte (20) días seguidos a la ejecutoria de esta sentencia, a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **OFIR CONDE GONZÁLEZ**, como la totalidad del capital ahorrado, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones generadas en su cuenta de ahorro individual. Y los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***Tercero: Declarar** que prospera la excepción de no procedencia a la condena de costas, propuesta por la **Administradora Colombiana de Pensiones “COLPENSIONES”**, conforme con lo expuesto.*

***Cuarto: Declarar** imprósperas las demás excepciones de mérito propuestas por las demandadas.*

***Quinto: Condenar** en costas a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, fijándose las agencias en derecho en la suma de \$1'000.000 a favor de la parte demandante.*

***Sexto: En caso de no ser apelado el presente fallo, CONSÚLTESE** ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Cundinamarca, conforme al art. 69 del C.P.T...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 19 y 20)”.*

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA:**

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colfondos S.A. y Colpensiones, formularon y sustentaron los recursos de apelación, en los siguientes términos:

El vocero judicial de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, sostuvo:

*“(…) Gracias señora juez, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que ha dictado, recurso el cual sustento de la siguiente manera:*

*Se tiene que la aquí demandante a pesar de lo mencionado en la parte motiva de esta sentencia, si se encuentra sujeta a la prohibición señalada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por la cual se prohíbe expresamente el traslado de regímenes pensionales de personas que les faltaren 10 años o menos para llegar a la edad de pensión, como es el caso de la aquí demandante, ya que a la fecha de la presentación de la demanda se encontraba inmersa en la prohibición de solicitar el traslado de régimen pensional.*

*Además de ello, como se dijo en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, la demandante contaba con un plazo de 5 días hábiles siguientes a la fecha de la vinculación para retractarse del cambio de régimen según el Decreto 1161 de 1994, lapso o período el cual la demandante dejó vencer pues no hizo uso de su derecho de retracto.*

*Por otro lado, si se deberá tener en cuenta la prescripción de que trata el artículo 1750 del CC., mencionada y propuesta como excepción dentro de la contestación de demanda, teniendo en cuenta pues que se habla de la rescisión de un contrato firmado para el año de traslado, es decir nos encontramos en 1993 (sic); por lo tanto, es viable dar aplicación a lo mencionado en el artículo 1750 que habla de un término prescriptivo de 4 años.*

*Se solicita respetuosamente al Honorable Tribunal Sala Laboral de Cundinamarca, que estudie a fondo el recurso que planteo y revoque la sentencia de instancia, teniendo en cuenta pues que la demandante actualmente se encuentra en la prohibición legal – artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones-. De igual forma, la acción se encuentra prescrita, debido a que se ha solicitado la nulidad del traslado de régimen. Conforme a ello, pues solicitó una vez más al Tribunal, revoque la sentencia aquí dictada. Muchas gracias señora juez...”*

La vocera judicial de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, manifestó:

*“(...) Gracias señora juez, estando dentro del término legal, me permito interponer el recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho para que el Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca en su Sala Laboral revoque la anterior parcialmente y en su lugar absuelva a mi representada COLPENSIONES, de las condenas impuestas en la presente sentencia:*

*Como se manifestó en los alegatos de conclusión, no debe declararse la afiliación a la Administradora Colombiana de Pensiones*

*Colpensiones de la demandante, toda vez que lo que se busca en esta clase de procesos de ineficacia de traslado, el volver a que las cosas vuelvan a su estado inicial; siendo así, la demandante ORFI CONDE GONZÁLEZ pues nunca ha estado afiliada al Instituto de Seguros Sociales ni a Colpensiones, según el reporte Histórico Laboral y lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte.*

*Mi representada no es la encargada de asumir la afiliación de la demandante porque nunca ha estado afiliada al ISS ni a Colpensiones.*

*Tampoco debe declararse la ineficacia del traslado del régimen de prima media al RAIS, ni declarar la afiliación al Fondo de Pensiones Colpensiones, en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos tanto que la demandante efectuó aportes al fondo privado, adquiriendo obligaciones por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de mi representada.*

*Para finalizar, pues no puede manifestar la demandante, ya cuando tiene la edad requerida o esta próxima, en el régimen de prima media, que fue engañada, que no le brindaron la especial información, cuando uno de sus deberes es informarse adecuadamente de que productos adquirió o está adquiriendo, Decreto 2241 de 2010, en su artículo 4, hubo falta de interés, poca interacción, negligencia por parte de la demandante en toda su vida pensional, más aún la profesión que tiene la demandante que es abogada, el desconocimiento de la ley no es excusa.*

*En caso de confirmar la sentencia en segunda instancia, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados, no condenar en costas a mi representada en esa segunda instancia, toda vez que se evidencia dentro del proceso que mi representada ha actuado de buena fe, aplicando la normatividad vigente, y para el caso concreto pues no podía dar traslado de régimen, toda vez que se encuentra en una prohibición legal, contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; en la actualidad pues la demandante está próxima a obtener la edad de pensión en el régimen de prima media.*

*También les solicitó a los Honorables Magistrados del Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca, en caso de confirmar esta decisión, se le ordene a COLFONDOS reintegrar la totalidad de cotizaciones, según la sentencia SL 17595 de 2007 (sic), SL4989 de 2018, SL 1421 de 2019, radicado 56174, debidamente indexados.*

*Por lo anterior, pues una vez me corran traslado el Tribunal, ampliare mis alegatos de conclusión en estos puntos ya mencionados. Por lo anterior, ruego a los Honorables Magistrados del Honorable Tribunal*

*Superior de Cundinamarca, en su Sala Laboral, que sean considerados estos argumentos y en consecuencia que sea revocada parcialmente la sentencia proferida por este juzgado. Muchas gracias...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 18 y 19).*

La juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos por la parte demandada. Recibido el expediente por la Secretaría del Tribunal fue asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSION:**

En el término concedido en segunda instancia para alegar, las entidades apelantes presentaron alegaciones ante la Corporación.

La apoderada de **COLPENSIONES**, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, y que en el evento de no atenderse dicha solicitud, de manera subsidiaria pretende, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones al “...previo cumplimiento de LA DEVOLUCIÓN de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante por la AFP, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM y gastos de administración, y los demanda (sic) a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos...”; y que “...no sea condenada en esta instancia a mi representada en costas, toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a COLPENSIONES...”; para lo cual, menciona:

**“(...) II DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN DE COLPENSIONES**

*Se resumen en 5 las razones de la apelación planteada, los cuales se reiteran en esta oportunidad, argumentos que no fueron tenidos en cuenta por el fallador de instancia, aplicando de manera objetiva el actual criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, sin mirar a fondo las circunstancias del caso en concreto, tesis estas que se sintetizan de la siguiente manera:*

**Consideración preliminar.**

*No es ajeno a esta apoderada judicial, la actual postura de la H. Corte Suprema de Justicia frente de las nulidades e ineficacia de traslado, que incluso se viene aplicando por esta alta corporación vía tutela<sup>1</sup>, sin embargo respetuosamente me alejo de dicho análisis, toda vez que la Corte Suprema de Justicia hasta hace muy poco, estuvo conformada por 5 magistrados que actualmente volvieron a ser 7, y de estos 5 las reglas creadas para ineficacia fueron dadas por dos magistrados, que nunca se ha pronunciado sobre los fuertes argumentos que esgrimen los fondos de pensiones y que si bien los fallos actuales de la Corte fundaron las bases de este nuevo precedente de las sentencias de 2008 de la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, los supuestos facticos de aquellas a los de ahora distan bastante, por lo cual ruego a la sala de decisión se tenga en cuenta los que paso a reiterar.*

- I. **Sobre la prohibición legal:** Al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba dentro de una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha 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.*
- II. **Sobre no acreditar vicios del consentimiento:** dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), ahora bien no nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la **DEMANDANTE Y COLFONDOS S.A**, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.*

*No obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durara cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el primer traslado del régimen se hizo con **COLFONDOS S.A.** en **febrero 1996**, según se desprende de los*

*documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de **febrero de 2000**.*

*Debe igualmente el despacho tener en cuenta que existió ratificación expresa o tácita que sana el presunto vicio del contrato y, en el presente asunto el DEMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ídem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizo el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que el DEMANDANTE durante todo este tiempo (diligenciamiento del formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda), ha consentido en que se le hagan los descuentos respetivos con destino al ahorro individual.*

**III. Respecto a la carga de la prueba:** *En el presente caso no existe prueba que ermita acredita si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, sin embargo la Corte Suprema de Justicia en aplicación del artículo **1604 del Código civil**, que nos habla de **la responsabilidad del deudor**, sin embargo pese a que la alta corporación no aplica las demás normas de código civil, al darle relevancia a este, no analiza quien es el deudor y quien el acreedor en un contrato de afiliación, pues es el afiliado el que debe al fondo la realización de sus aportes y que solo hasta que se pensiona se invierten las partes, por lo cual el fondo de pensiones no es a quien le compete la carga de la prueba, por lo cual existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, por lo cual ruego se aplique el artículo 167 del CGP, y en consecuencia dentro del proceso no existe prueba con la cual acreditar vicio alguno.*

*En el presente caso se torna imposible probar hechos ocurridos en el año 2.007, hace más de 14 años, y nadie está obligado a lo imposible.*

**IV. Respecto al deber de información:** *el precedente de la Corte Suprema, utiliza como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializo a través de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso del actor el cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado en 1.996.*

*Imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible, que quebrante la seguridad jurídica y basa las decisiones de los jueces en supuestos.*

*Si bien la AFP debió informar de manera suficiente al actor esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez; como tampoco lo sustraía de la aplicación de la ley, para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia, en la medida en que de su elección dependerán las condiciones de cubrimiento de las contingencias, amparadas por el sistema de seguridad social y en particular la de vejez, lo que convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos.*

- V. Sobre la descapitalización del sistema:** *En sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslado, manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.*

*La declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.*

*Citando textualmente la sentencia T- sentencia T- 489 de 2010 No se puede permitir “la descapitalización del fondo”, si personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema.*

*En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas...” (PDF 06 Cdno. 02SegundaInstancia).*

Por su parte, el apoderado de **COLFONDOS S.A.**, solicita de la Colegiatura, se emita una sentencia donde se revoque la decisión del juez de instancia y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual, señala:

*“(...) LA DEMANDANTE al suscribir de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza el formulario de afiliación. Ratificó su traslado de régimen y es así como el mismo no presentó nunca reclamación alguna conforme lo reglado en el artículo tercero del decreto 1161 de 1994 que establece un plazo de cinco (5) días siguientes a la fecha de vinculación para presentar retracto al cambio de régimen.*

*Por otro lado, el demandante está sujeto a la prohibición señalada en el literal e. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, por el cual se prohíbe expresamente el traslado de régimen pensional de personas a las que le faltasen 10 años o menos para llegar a la edad pensional, como es el caso del demandante, quien a la fecha de la presente demanda cuenta con la edad dentro de la cual se le prohíbe el traslado de régimen pensional.*

*Así mismo también se encontraba inmerso en esta prohibición al momento de presentar solicitud a la entidad Colpensiones, es menester el indicar que se debe de realizar solicitud de traslado ante la entidad a la cual pretende El afiliado pertenecer, situación que ha ocurrido en el presente asunto y fue así como Colpensiones, negó el traslado por encontrarse en curso en la prohibición arriba descrita.*

*Es de resaltar que, para poder retornar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, el demandante deberá cumplir con los requisitos señalados en las sentencias C 789 de 2002, C 1024 de 2004, T 168 de 2009 y SU 062 de 2010 y la más reciente SU -130 de 2013, que permiten el traslado de régimen solamente a personas de cualquier edad en cualquier tiempo, siempre que a 1º de abril de 1994 tengan 15 años o más de cotizaciones.*

*Igualmente, es menester indicar, que no es posible declarar la nulidad de la afiliación del demandante a este fondo, por cuanto el consentimiento del demandante no se vio afectado ni por error ni por dolo; no hay error de derecho, porque claramente señala el Artículo 1509 del Código Civil que “...el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”; y no puede haber vicio por dolo, ya que éste deriva “...de la intención positiva de inferir injuria a la persona o patrimonio de otro” (Artículo 63 del Código Civil), como expondré a profundidad en el capítulo de hechos, razones y fundamentos de derecho de la contestación de la demanda.*

*Adicional a esto, dentro de las actuaciones desplegadas por esta administradora, se cumplió a cabalidad con el deber de información, como se deja ver de las documentales allegadas donde se le manifiesta al afiliado toda la información que este requiere sobre su situación pensional.*

*Ahora bien, un asunto de vital importancia es el que se refiere a la prescripción de la acción, pues si tenemos en cuenta que la nulidad de los actos debe demandarse dentro de un término expresamente señalado por la ley, encontraremos que en el presente caso, no fue tenido en cuenta por la hoy demandante lo que conduce a que no pueda ser declarada la nulidad pretendida.*

*Así, si en gracia de discusión si se llegara a la conclusión de que la vinculación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentra viciada de nulidad relativa por vicios del consentimiento, es imperioso anotar al despacho que cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente **prescrita** conforme lo dispone el Artículo 1750 del Código de Civil, que reza en lo pertinente: “El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años.*

*Este cuatrienio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiera cesado; **en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato**” (Negrillas y subrayas fuera de texto). Es así como, si el contrato de vinculación al fondo obligatorio de pensiones administrado por COLFONDOS S.A., se celebró en hace más de 10 años, para el momento de presentar la demanda, se encontraba agotado dicho plazo y por ende acaecido el fenómeno de la prescripción de la acción rescisoria.*

**En efecto, la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra sencillamente prescrita:** así se desprende de la circunstancia de que se ha superado con creces o bien el plazo de tres años previsto en el artículo 151 del CPTSS; o bien el de cuatro años previsto en el artículo 1750 del Código Civil en el caso de las nulidades relativas de los actos jurídicos – circunstancia a la que sin ninguna duda se asimilaría el consentimiento viciado - cuya aplicabilidad al menos en los asuntos laborales ha sido admitida por la jurisprudencia nacional:

*“La nulidad absoluta se reduce a las causales contenidas en el artículo 1741 ibídem, esto es, el objeto ilícito, la causa ilícita, la omisión de ciertos actos o actos o contratos en consideración de la naturaleza de ellos y la incapacidad absoluta, mientras que en relación con la nulidad relativa esa misma disposición dispuso en su inciso final cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato’, lo que se predica como derivados de una incapacidad relativa o incapacidades particulares como por ejemplo, las que impone la ley a ciertas personas para ejecutar algunos actos, los emanados del consentimiento, valga decir, el error, el dolo y la fuerza, la lesión enorme en ciertos casos, etc.*

*Es del caso agregar, que de haber existido un vicio que diera lugar a la única nulidad posible para el caso particular, esto es, la relativa, estaría vencido el plazo de cuatro años para pedir la rescisión o nulidad de contrato previsto en el artículo 1750 ibídem...” (CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencia de julio 14 de 2004, radicación 22.125, ponente Luis Javier Osorio López).*

*Por último, frente al tema de la libre elección de régimen y la prescripción del acto de afiliación o traslado, recientemente la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, Magistrado Ponente, doctor JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, Sentencia de Tutela Laboral 4593-2015, radicación No. 39718 del quince (15) de abril de dos mil quince (2015), a propósito de la acción de tutela interpuesta contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, trámite al cual se vinculó al JUZGADO DE DESCONGESTIÓN LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, a PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES, recalcó en sus consideraciones, los argumentos expuestos por Tribunal atacado, respecto a su decisión de revocar la improperidad de la excepción previa de prescripción propuesta por PORVENIR S.A. y considerar que si hay lugar a extinguir la acción, cuando manifestó lo siguiente:*

*“En ese orden de ideas, la Sala encuentra que **no puede identificarse el derecho pensional mismo con el acto jurídico de afiliación o traslado a un Régimen, porque es que la afiliación o traslado es el ejercicio de libertad de elección que hace el trabajador bien de pertenecer al régimen e prima media o bien de pertenecer al RAIS, regímenes legalmente reconocidos en nuestra legislación laboral y que si bien en un momento dado para determinados trabajadores afiliarse al RAIS puede ser económicamente desfavorable, no viola, no afecta el núcleo esencial del derecho pensional.** Esta sala encuentra desacertada la conclusión a la que llegó la A quo, pues el sistema general de seguridad social integral lo conforman varios subsistemas, el subsistema general de pensiones, el subsistema de salud, el subsistema de riesgos laborales y otros beneficios complementarios. **Y es que la seguridad social se rige por principios de universalidad, solidaridad e irrenunciabilidad, pero la imprescriptibilidad es un principio aplicable sólo al derecho pensional propiamente dicho...**” (PDF 07 Cdo. 02SegundaInstancia).*

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el

66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación. No obstante, también se surtirá el grado de consulta a favor de Colpensiones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 y lo expuesto por la jurisprudencia laboral, entre otras en la sentencia CSJ SL 2807-2018 Rad. 68769.

Bajo ese contexto, corresponde a la Sala verificar, si se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó la juzgadora de primera instancia, o, por el contrario, no hay lugar al mismo debiendo absolverse a las demandadas de las súplicas de la demanda como lo alegan las recurrentes; y de considerarse que si hay lugar a la ineficacia del traslado, en consulta se examinará si resulta procedente o no, ordenar el traslado de las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales que aparezcan en la cuenta de la demandante, así como de las sumas previsionales, valores debidamente indexados.

Inicialmente, es preciso recordar, que el objeto del sistema general de seguridad social en pensiones es el aseguramiento de los habitantes del territorio nacional frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mediante diferentes tipos de prestaciones económicas, y por ello la Ley 100 de 1993 creó un sistema de

protección pensional dual, en el que coexisten dos regímenes a saber: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, administrado en ese momento por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (artículo 12), respetándose entre ellas las reglas de libre competencia.

El Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), aplicable a las administradoras de fondos de pensiones desde su creación, dispuso en el numeral 1º del artículo 97 como obligación de esas entidades “...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...” (resaltado fuera de texto).

Ello significa, que las administradoras de fondos de pensiones, desde el momento de su creación o fundación, tienen el deber de ofrecer información a los usuarios del sistema pensional para que estos puedan adoptar su decisión de forma libre y consciente, mediante “...la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses...”; y es que, ese deber de información sin duda alguna repercute en el futuro pensional del usuario o afiliado; obligación que con el paso del tiempo se ha acrecentado, pues inicialmente se tenía el *deber de información necesaria* (artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el

artículo 23 de la Ley 797 de 2003); luego, *la de asesoría y buen consejo* (artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010); y finalmente el de *doble asesoría* (Ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa No. 016 de 2016).

Por consiguiente, concierne a los jueces de la seguridad social determinar si en cada caso en particular se cumplió o no con el deber de información según el momento histórico en que debía observarse, que, en el caso, son las normas vigentes para el año 1996, cuando ocurrió el traslado de régimen pensional del demandante, encontrándose en el primer periodo o estadio determinado por la jurisprudencia, conforme se indicó líneas atrás, y desde esa óptica determinar si el fondo de pensiones efectivamente cumplió o acató esa obligación de haber ilustrado al accionante, de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales.

También, dentro de las características de los sistemas pensionales se consagra como primordial que la vinculación sea “*...libre y voluntaria...*”, y para tal efecto, el afiliado “*...manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado...*”, y agrega tal norma que “*...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...*” (literal b art. 13 Ley 100 de 1993)

Respecto al enunciado “*...libre y voluntaria...*” contemplado en el citado artículo 13, la jurisprudencia laboral entiende que el mismo necesariamente presupone el conocimiento que debe tener la persona que decida afiliarse a alguno de los dos regímenes

pensionales (RPM o RAIS), y eso solo se puede materializar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión. Sobre este punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: *“...que no 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...”* (SL 12136 de 2014).

En ese orden de cosas, es evidente que las administradoras de fondos de pensiones desde el momento de su creación tenían la obligación de garantizar que la afiliación de los usuarios del sistema pensional fuera libre y voluntaria mediante *“...la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses...”*, ya que la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar *“...precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público...”*, por cuanto, la ley les impuso a las AFP un deber de servicio público, *“...acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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...”* (Sentencias CSJ SL1452 de 2019, reiterada en SL1689 de 2019).

Frente a la información necesaria que menciona el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la jurisprudencia legal, entre otras,

en sentencias CSJ SL1452 de 2019, reiterada en SL1689 de 2019; precisó que la misma debe contener *“...la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones...”*, y en ese sentido, la persona pueda comparar las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, previo a tomar su decisión. Además, dice la jurisprudencia frente al principio de transparencia, que *“...es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida...”* para que de esta forma la elección del afiliado al sistema pueda darse después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los regímenes ofertados; es decir el referido principio impone la obligación a las entidades de dar a conocer **toda** la verdad objetiva de los diferentes regímenes, *“...evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro...”*.

Aunado a ello, la jurisprudencia laboral ha sido pacífica en sostener que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditado el deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones, pues dicho consentimiento necesariamente debe ser informado. Respecto al tema, la sentencia SL19447 de 2017 señaló *“...al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas*

instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», *es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario...*”; criterio que se reiteró en las sentencias SL1452, SL1688 y SL1689 de 2019, en las que se agregó “...*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 dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado...*” (SL357-2022 Rad. 85723).

Debe indicarse que en este sentido, el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se viene edificando desde el mes de septiembre de 2008, distinguiéndose, entre otras en la estructuración de su criterio, el cual ya fue sustentado las sentencias de casación: 31989 y 31314 del 8 de septiembre de 2008; 33083 de 2011; SL12136-2014, radicado 46292; SL413-2018, radicado 52.704; SL361-2019, radicado 63.615; SL1688-2019, radicado 68.838; SL4875-2020, radicado 85.325; SL4680-2020, radicado 84.741; SL373-2021, radicado 84.475; SL3168-2021, radicado 87.797; SL3871-2021, radicado 88.720; SL1217-2021, radicado 85.054 y más recientemente, este año, las sentencias SL755-2022, radicado 90.519; SL756-2022, radicado 90.558 y SL800-2022, radicado 86.452.

Bajo ese panorama, al ser indudable el deber de las administradoras de fondos de pensiones, desde su creación, de brindar

un consentimiento informado a los usuarios del sistema antes de que estos acepten el servicio ofertado, mediante un procedimiento que garantice la comprensión de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al nuevo régimen, no es posible acoger la tesis de Colpensiones, en el sentido que dicho deber solo se materializó con la expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, *“...por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con ese consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre y voluntario sin presiones e informado y el consentimiento del afiliado respecto de ese traslado; por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad...”*; ya que como ampliamente lo ha expuesto la jurisprudencia, los datos registrados o contenidos en dichos formularios o instrumentos, no son suficientes para tener demostrado ese deber de información que le asiste al fondo, es decir que ese documento no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministra a la AFP al diligenciar el formato de afiliación o vinculación (CSJ SL373-2021); por tanto, se reitera, no da certeza que la entidad cumplió con el deber de suministrar, en este caso al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara y comprensible para que aquel tomara una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes, y es que materialmente ello no se puede extractar del citado documento.

De otra parte, es preciso recordar que dentro de la dinámica de los procesos de ineficacia o nulidad de régimen pensional, conforme lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala Laboral

de la Corte Suprema de Justicia, resulta indispensable que la respectiva administradora de pensiones demuestre dentro de la litis el respectivo consentimiento informado que previamente otorgó el respectivo afiliado, siendo este un presupuesto de inversión de la carga probatoria en este tipo de litigios, estimándose que solo con tal acreditación lo dispuesto dentro de las actuaciones de traslado de régimen goza de plena validez.

En cuanto a lo anterior, considera la jurisprudencia que dentro de las circunstancias previamente narradas, surge el interrogante de cuál de los sujetos procesales es el llamado a demostrar la existencia de tal información; y aunque en principio, conforme a lo establecido en el CGP se sabe que es el demandante quien tiene la carga de demostrar los supuestos de hecho de las normas cuyo efecto jurídico pretende su aplicación, es igualmente cierto que si el demandante afirma que al momento de la afiliación no se le informó de manera adecuada las consecuencias del traslado, ello corresponde a una negación indefinida que, inmediatamente, traslada la carga probatoria a la demandada, para que demuestre el hecho positivo, inherente al cumplimiento de las exigencias legales del caso que no son otras que el deber de información al afiliado.

Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustrara al accionante al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP. Al respecto en sentencia SL 1688-2019, Radicación 68.838, proferida con ponencia

de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acotó lo siguiente:

***“(...) 3.- 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...”.*

Debe agregarse en este sentido que dicha Colegiatura en sentencia de casación SL4373-2020, Radicación 67556 de fecha 28 de octubre de 2020, precisó: *“...En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional...”.*

Bajo ese contexto, en el presente asunto, se advierte que la aquí demandante nació el 1° de febrero de 1960 como se advierte de su cédula de ciudadanía (fl. 29 PDF 01 y 31 PDF Actuación Administrativa); que estuvo afiliada a Cajanal entre el 1° de

junio de 1991 y el 31 de enero de 1996 como empleada de la Rama Judicial Juzgado Promiscuo Municipal de Guataquí, como se alude en el derecho de petición que elevará la actora al Gerente de Cajanal en Liquidación, el 27 de junio de 2019 (fl. 190 PDF Actuación Administrativa); se afilió a COLFONDOS S.A. en febrero de 1996, según SOLICITUD DE VINCULACIÓN No. 287019 (fls. 31 PDF 01 y 167 PDF Actuación Administrativa); pues tales situaciones fácticas no fueron objeto de reparo alguno por las partes.

Para proferir su decisión, la juzgadora de primer grado, consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por el demandante, toda vez que: *“...En ese contexto, para el caso concreto, este juzgado acoge el precedente jurisprudencial referido por la Sala de Casación Laboral de la CS, respecto de la ineficacia del traslado y la inversión de la carga probatoria en el fondo privado y pues en el presente caso no se advirtió que Colfondos probara que al momento en que la demandante se afilió al RAIS -el 1° febrero de 1996- se le había suministrado una información completa sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos en cada uno de los regímenes pensionales, lo que lleva a exponer una eventual pérdidas de beneficios pensionales entre ellos el régimen de transición, el monto de su pensión, los porcentajes que se le aplicarían, que pasaría cuando se acabara el ahorro de la cuenta, nada de eso se explicó, como quedó evidenciado no solo por la ausencia de la prueba de la explicación en ese sentido, sino además por el desconocimiento que tenía la demandante cuando se le dio la información, que fue hace muchos años, ella dice que no recibió mayor información, simplemente que se le vendió la idea que en el Colfondos iba a tener como unos beneficios en cuanto a la edad de pensión, en cuanto al monto; sin embargo pues esto no ocurrió según el precálculo que se le hizo donde quedó evidenciado que después en esa época mayo de 2019, con 28, 29 años de servicio y con más de la edad, con 59 años de edad, estaba por encima de la edad mínima que se exigía en el régimen de prima media, no le alcanzaba*

*después de 28 años de prestar los servicios con salarios por encima del mínimo, no le alcanzaba ni siquiera para su pensión mínima legal y que debía aportar todavía más de \$100.000.000 para que tuviera derecho a una pensión equivalente a un salario mínimo.*

*A más de esta información, no se aportó la prueba de que se le hubiere explicado, aclarado, informado sobre todas las ventajas y desventajas de afiliarse al régimen privado en esa época -1996. En ese orden de ideas, se reitera, es evidente que Colfondos incumplió con la carga de la prueba tendiente a demostrar la observancia en el suministro de información necesaria para que la demandante decidiera trasladarse a la entidad sin confusión alguna, es decir que al momento del cambio de régimen realizó una asesoría que comprendiera no solo los beneficios del régimen acogido sino, además, accesos, efectos y riesgos en cada uno de los regímenes.*

*Así las cosas, se declarará la ineficacia de la afiliación de la señora ORFI CONDE GONZÁLEZ al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, determinación que se reitera, implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica de que la demandante nunca se trasladó al RAIS, o más bien, que siempre estuvo afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA. Ahora bien, teniendo en cuenta que los afiliados a CAJANAL, que permanecían en el régimen de prima media con prestación definida a la liquidación de dicha entidad, luego fueron trasladados al extinto ISS hoy administrado por Colpensiones, se entiende la afiliación de la señora ORFI CONDE GONZÁLEZ a esta última entidad, COLPENSIONES, la cual en todo caso para el año 1991 recibió aportes a pensión, los cuales luego fueron devueltos conforme se desprende de la misma contestación de la demanda presentada por Colpensiones. Es necesario destacar que en fallos similares a éste, donde la parte actora estuvo primer afiliada a una Caja de Previsión Territorial y luego se traslada al RAIS, la CJS ha señalado que al declararse la ineficacia del traslado, todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones durante su vida laboral, debe entenderse*

*realizadas al régimen de prima media con prestación definida habilitado por Colpensiones, (SL145-2021 radicado 82146 de 20 de enero de 2021).*

*Así las cosas, se ordenara trasladar conforme la SL2929-2022, se ordenara trasladar a la administradora de régimen de prima media, los porcentajes correspondiente a los gastos de administración también, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración debidamente indexados, todo las sumas que se hubieren depositado en la cuenta, los bonos pensionales, todo lo que tuviere en su cuenta debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y a la hora de cumplirse la orden, esos conceptos deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique...”.*

En ese orden de cosas, observa la Sala que, no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral para predicar la legalidad del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que la demandante, antes de trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. en febrero de 1996, hubiese recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento, lo único que se allegó al expediente fue el formato preimpreso de SOLICITUD DE VINCULACION a COLFONDOS Pensiones y Cesantías, en el que aparece la firma de la actora en el aparte denominado “...VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACION...” (fl.31 PDF 01 y 167 PDF ActuaciónAdministrativa).

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia que la demandante hubiere firmado el formulario pre-impreso de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; con ello no se garantiza el deber de información que le asistía a la respectiva administradora de pensiones del Régimen de Ahorro Individual, para entender satisfecha tal obligación por parte del fondo de pensiones, pues estando de por medio el derecho constitucional irrenunciable a la seguridad social, acorde con lo adoctrinado por la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era necesario que se le hubiese explicado concretamente a ésta, entre otros aspectos, las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, la proyección de la pensión en ambos regímenes, los aspectos favorables y desfavorables de adoptar tal decisión, entre otros situaciones, circunstancias que no se dieron, como quiera que no se encuentran acreditadas en el plenario, correspondiendo la carga de la prueba de las mismas a la parte accionada, conforme lo establecido por la jurisprudencia laboral<sup>1</sup>.

Y es que, no se advierte que a la demandante para el momento de la suscripción del formulario de traslado en febrero del año 1996, se le hubiere suministrado la información necesaria y suficiente para tomar esa decisión; o que por el hecho de haber efectuado los aportes respectivos, ratificaba su voluntad de permanencia en el fondo, como lo señala la AFP accionada en la contestación de la demanda, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia, tal situación *“...no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar;*

---

<sup>1</sup> Entre otros proveídos de casación, pueden examinarse las Sentencias: SL 1688-2019, Radicación 68.838; SL4373-2020, Radicación 67556; SL 4680 de 2020, Radicación 84.741; SL 845 de 2021, Radicación 83.444.

*tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigeradora los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado...”* (Sent. CSJ SL5686-2021, Radicación No. 82139 de 6 de octubre de 2021); aunado a que en casos como el presente, que se alega el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones, los actos u omisiones posteriores del afiliado, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, ya que al ser posteriores deja intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse; por lo que *“...lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS...”* (Sent. CSJ SL1055-2022, Radicación No. 87911 de 2 de marzo de 2022).

Ahora, de lo referido por la accionante en el interrogatorio, no se advierte que ésta hubiese señalado aspectos que beneficiaran a la parte contraria y que afecten sus intereses procesales y de contera, le ocasionaran consecuencias jurídicas adversas a ésta, para considerar que se dio la confesión en los términos del artículo 191 del CGP, y por consiguiente se acreditó medianamente el cumplimiento de los presupuestos del deber de información que recaía en la administradora demandada para el momento de traslado de régimen pensional; pues en términos generales ésta manifestó que se desempeña como escribiente en el Juzgado Promiscuo Municipal de Guataquí (Cund.); se vinculó a la Rama Judicial desde el 1° de junio de 1991, aportando para pensión a

Cajanal, que es abogada, realizó sus estudios entre el 2013 y se graduó en 2019; que como Cajanal entró en liquidación luego aparecía en la nómina para pensiones el Seguro Social; sostiene que no recibió ninguna información al momento de suscribir el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS, en el año 1996, que la asesora *“...nos ofreció los servicios de Colfondos, que era una entidad buena para pensionarse, que me pensionaría digamos a la edad más temprana, y los servicios que prestaban, pero jamás me dijeron que al adquirir la pensión me pensionaría con el mínimo, no, no me dijo que porcentaje pudiera tener al momento de pensionarme...”*; que *“...como Cajanal se había liquidado, pues entonces que nos cambiáramos para pensión...”*; también indicó que firmó el formulario de Colfondos *“...de manera libre sí, porque digamos fue en el ámbito de que era una entidad buena que nos iba a prestar unos servicios, obligados no, tampoco pero tampoco nos explicaron los beneficios que hubieran (sic) más adelante...”*; reiteró que no le dijeron que la pensión dependía de lo que tuviera ahorrado en su cuenta individual, ni en qué porcentaje de sus ingresos sería el monto de su mesada pensional, que para la época del traslado no entendía la diferencia de régimen; que la AFP accionada nunca le ha dado una asesoría, y el Pre-cálculo que aportó con la demanda, le fue entregado por Colfondos como respuesta a un derecho de petición; y es que se reitera, la firma en el formato preimpreso que suscribió la actora con AFP COLFONDOS, en el que se consigna una constancia de *“VOLUNTAD DE AFILIACION...”*; este enunciado como ya se dijo, no es suficiente para tener por demostrado el deber que le correspondía a la AFP demandada; por lo que conforme lo analizado, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante, siendo sus efectos legales que el actor nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció

en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones.

Ello, ya que si bien la demandante para el 18 de septiembre de 2013, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con más de 53 años de edad y por tanto se encontraba inmersa en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que *“...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...”*; tal situación no repercute en el presente asunto, como quiera que es la misma jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar *“...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”*; pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren *“...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...”* (Sentencia CST SL1452 de 2019), por lo que en nada interfiere la edad de la demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se repite, no se demostró que la AFP COLFONDOS S.A. hubiese cumplido con su deber de dar a conocer a la demandante **toda la verdad objetiva** de las características, condiciones, beneficios,

riesgos y consecuencias de los diferentes regímenes, y por ende, dicho traslado deviene ineficaz, y en ese sentido, las cosas vuelven a su estado anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

En este punto se debe precisar, que en aquellos eventos en los que mediante sentencia judicial se admite la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sus efectos se producen desde el mismo momento en que se generó el acto que dio origen a dicha ineficacia, vale decir, en el caso concreto, desde que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió en el mes de febrero de 1996, cuando tenía 36 años de edad, pues "*...el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre)..*" (SL4360-2019), siendo una razón más, para avalar la decisión de la juzgadora de primer grado, en este aspecto.

Igualmente, se advierte que la circunstancia que la actora no hubiere hecho uso del derecho de retracto, como lo repara el apoderado de la AFP demandada, así como el permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solo, no acreditan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, que descartan la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional, entre otras.

Tampoco resulta atendible lo considerado por la AFP demandada, en el sentido que la acción relacionada con el traslado de régimen al solicitarse la nulidad del mismo, prescribe de conformidad con el artículo 1750 del CC; pues como lo ha sostenido la jurisprudencia legal, en estos eventos lo declarado es la ineficacia del traslado y no la nulidad; por tanto, la acción correspondiente es imprescriptible, al señalar: *“...Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, De allí que “la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado Social de Derecho “ (CSJ SL8544-2016)...” (Sent. CSJ SL 1688-2019);* aunado a que, tratándose de traslado de régimen pensional, al ser un aspecto intrínseco al derecho pensional, es imprescriptible; ya que en estos juicios lo que se pretende es comprobar la manera en que ocurrió un hecho o el reconocimiento de un estado jurídico, lo cual, es también imprescriptible, esto, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben (sentencia SL1689-2019). Y, en reciente sentencia, sobre el particular, refirió *“...reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019)...”*; pronunciamiento que trajo a colación en la SL1055-2022, radicación No. 87911 de 2 de marzo de 2022.

En cuanto a lo señalado por Colpensiones, en el sentido que no se le puede ordenar a dicha entidad que asuma la afiliación de la actora “...porque nunca ha estado afiliada al ISS ni a Colpensiones...”; debe precisarse que tal situación no es óbice para el traslado dispuesto; habida consideración que si bien es cierto, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto declarado ineficaz; y como lo manifestó la actora en el interrogatorio de parte, se encontraba afiliada a CAJANAL, para el momento del traslado a COLFONDOS S.A. – febrero de 1996- y así se desprende de la documental allegada; sin embargo, dicha entidad se suprimió, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, debe entenderse que Colpensiones es cesionaria de las obligaciones que tenía Cajanal como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Y es que, dicha norma consagra lo siguiente:

*“(...) **Artículo 4º. Del traslado de afiliados.** La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS. (...)”*

Además, este es el entendimiento que le ha dado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues en sentencia SL081 de 2021, refirió al respecto: “...Como argumento adicional, la Sala debe señalar que la consecuencia derivada de la decisión de ineficacia también apareja que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy

*Colpensiones (como cesionaria de las obligaciones que correspondían a Cajanal como Administradora del Régimen de Prima Media, artículo 4° Decreto 2196 de 2009) tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989...”.*

Frente a lo sostenido por la vocera judicial de Colpensiones, en el sentido que no le es dable a la accionante manifestar *ad portas* de adquirir el derecho a una pensión, que fue engañada o que no le brindaron la suficiente información, “...cuando uno de sus deberes es informarse adecuadamente de que productos adquirió o está adquiriendo, Decreto 2241 de 2010, en su artículo 4, hubo falta de interés, poca interacción, negligencia por parte de la demandante en toda su vida pensional, más aún la profesión que tiene la demandante que es abogada...”; se considera tal situación no libera o releva a la administradora de pensiones de la obligación que legalmente le competía , esto es brindar a la demandante la información completa sobre características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pues la entidad, tenía un responsabilidad profesional y por ende, estaba obligada a exponer tanto los efectos benéficos como adversos que acarrea el cambio de régimen, lo que no hizo; recordemos que la jurisprudencia tiene adoctrinado que lo relevante en estos eventos, es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS (Sent. CSJ SL1055-2022); como tampoco tiene la incidencia que quiere imprimirle la recurrente, la profesión de la demandante -abogada, dado que tal como aquella lo indicó para el momento en que se surtió el traslado aún no había iniciado sus estudios profesionales,

no era una persona ilustrada en derecho y mucho menos en seguridad social y traslado de régimen que es lo que aquí se debate; ni el hecho de prestar sus servicios en un despacho judicial, como quiera que en el cargo –Escribiente- y especialidad –Promiscuo Municipal- no conoce de trámites de seguridad social, ni tiene funciones relacionadas con el tema aquí analizado, como lo indicó en el interrogatorio de parte; por lo que en ese orden, no puede entenderse que la demandante de manera autónoma y con pleno conocimiento de las diferencias entre los regímenes pensionales, como lo exige la jurisprudencia laboral, optó por trasladarse de régimen.

Referente a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones en segunda instancia, sobre la falta de acreditación de vicios de consentimiento, baste reiterar que, lo declarado es la ineficacia del traslado y no la nulidad del acto por vicios del consentimiento; por consiguiente, no hay lugar a resolver lo atinente al término que tenía la demandante para interponer la acción de rescisión por vicios de nulidad, consagrada en el artículo 1750 del C.C., ni un eventual saneamiento como Colpensiones lo aduce. Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL4360 de 2019 reiterada en SL 4161 de 2020, señaló lo siguiente:

*“(...) Para dilucidar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto, la Corte juzga necesario precisar lo siguiente frente a la figura jurídica de la ineficacia en sentido lato y algunas de sus diversas expresiones (inexistencia, nulidad e ineficacia en sentido estricto):*

*Cuando se alude a la ineficacia en sentido amplio, se hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos. Cubre todas las causas que perturban su eficacia y comprende diversas reacciones del ordenamiento jurídico tales como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la ineficacia en sentido*

*estricto, que con mayor o menor intensidad golpean el acto o negocio jurídico.*

*Un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales. El acto así formado carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto.*

*En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.*

*Finalmente, la ineficacia en sentido estricto supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que «la ineficacia en sentido propio o restringido, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura [...] sin afectar su validez».*

*En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto 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 esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 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».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la*

información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

[...] En efecto, siguiendo la tradición de las legislaciones tutelares que propenden por la intangibilidad e irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y garantías ciudadanas, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sanciona con la ineficacia o la privación de efectos jurídicos todo acuerdo que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. De ahí que, para esta Corte, la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia...”.

De otra parte, en cuanto a que la “...declaración **injustificada** de ineficacia de traslado de un afiliado al Régimen de Prima Media al Rais, afecta la sostenibilidad financiera de sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados...”, como también lo sostiene Colpensiones en sus alegaciones; debe en primer lugar aclararse, que en este caso no se está disponiendo la ineficacia del traslado de *manera injustificada*, sino que tal decisión se adopta ya que luego de un riguroso estudio, atendiendo parámetros constitucionales, legales y jurisprudenciales, se advirtió

que la AFP aquí demandada no cumplió y omitió los requisitos establecidos para tal efecto, conllevando tal conducta la declaratoria de ineficacia del traslado; ante la omisión e incumplimiento de los deberes que le atañen a las AFP frente a sus afiliados.

Ahora, en cuanto a que tal determinación -la ineficacia del traslado de régimen- afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; debe recordarse que la juzgadora de instancia, en su sentencia ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. devolver a Colpensiones “...*todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **OFIR CONDE GONZÁLEZ**, como la totalidad del capital ahorrado, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones generadas en su cuenta de ahorro individual...*”; sin hacer mención alguna en la parte resolutive de la decisión a los dineros correspondientes a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima individual, ni lo relativo a la redención de eventuales bonos pensionales; pese a que así lo aludió en los considerandos.

Al respecto debe decirse que aunque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar por cuanto ordenaba repartirlo, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y el resto del aporte se destinaba para el pago de la pensión de vejez, dicha norma fue modificada por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003 que, si bien no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, sí lo hizo en el régimen de ahorro individual, por lo que

a partir de ese momento frente a este último régimen un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% está destinado a financiar la pensión de vejez, lo que genera que el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media sea mayor que en el de ahorro individual, por lo que lógicamente se afectaría la sostenibilidad financiera de Colpensiones al producirse el traslado de régimen en las condiciones determinadas por la a quo, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 510 de 2003, compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016, dichos recursos del fondo de garantía de pensión mínima los manejan las AFP en una subcuenta separada, por lo que en ese orden, debe darse aplicación al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que preceptúa que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, como la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de la AFP COLFONDOS S.A. a Colpensiones debe ser plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por Colpensiones para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida; esta Sala, en consulta, modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que la AFP COLFONDOS S.A., igualmente reintegrará a Colpensiones no

solo los valores ordenados por la juez, frente al capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, sino también las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, así como los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, y los bonos pensionales que existieren; es decir debe trasladar todos los aportes sufragados por la demandante, con los rendimientos obtenidos y demás conceptos en que se distribuyeron o repartieron dichos aportes durante el tiempo que estuvo afiliada la actora al RAIS, ya que debieron ser recibidos por el ISS en su momento, hoy Colpensiones, dado que al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia legal es que las cosas vuelvan o se retrotraigan a su estado inicial, ya que *“...desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima...”* (Sentencia CSJ SL2209-2021, radicación No. 87777 de 26 de mayo de 2021); esto por cuanto Colpensiones es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020, en la que concluyó que:

*“(...) Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima»”*

*“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas” ...”.*

Ahora, aunque la juzgadora en la parte considerativa de la decisión señaló que, los valores por los conceptos que indicó, debía trasladar la AFP accionada a Colpensiones, eran debidamente indexados, no quedó así determinado en la parte resolutive; por tanto, en grado jurisdiccional de consulta, se adicionará el fallo de instancia en tal sentido, es decir, disponer que los valores a trasladar por la AFP accionada, sean indexados, teniendo en cuenta que como lo ha sostenido la jurisprudencia legal, dicha actualización procede como efecto de la decisión adoptada, esto es la ineficacia del traslado; al señalar: ***“...Por tal razón, tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)....”***; como lo adoctrinó la CSJ, entre otras, en sentencia SL1637-2022, Radicación No. 89208 de 11 de mayo de 2022.

Finalmente, en cuanto a que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones a que la AFP traslade los recursos respectivos, se considera que no hay lugar a ello, como quiera que la sentencia apelada y consultada no le impuso a la entidad recurrente carga diferente a las que por ley le compete.

Así queda resuelto el recurso de apelación como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones, debiendo modificarse la decisión de instancia en los términos referidos en precedencia.

Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A., dado la falta de prosperidad del recurso impetrado por ésta. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** al numeral segundo de la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot – Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **ORFIS CONDE GONZÁLEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, en el sentido de indicar que la **AFP COLFONDOS S.A.** deberá reintegrar a **COLPENSIONES** además de los

valores ordenados por la juzgadora de primer grado, lo concerniente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, así como los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con su correspondiente indexación con cargo a sus propios recursos, y los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

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

**TERCERO: COSTAS** a cargo de la demandada **COLFONDOS S.A.** Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**CUARTO:** En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente digitalizado al juzgado de origen, para lo de su cargo.

**NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE**



**JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA**  
Magistrado



**MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN**  
Magistrada



**EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**  
Magistrado

A handwritten signature in black ink, reading "Leidy Marcela Sierra Mora". The signature is written in a cursive style with a large initial 'L' and 'M'.

**LEIDY MARCELA SIERRA MORA**  
Secretaria