

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25899-31-05-001-2022-00123-01
Demandante: **ALEJANDRO MONROY PERILLA**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES, Y OTROS**

En Bogotá D.C. a los 24 DIAS DEL MES DE AGOSTO 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 los recursos de apelación presentados por las demandadas Colpensiones y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., contra la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá –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

El señor **ALEJANDRO MONROY PERILLA** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se declare la ineficacia de la afiliación al fondo de pensiones y cesantías Skandia, por transgresión al deber de información consagrado en la normatividad legal, y se tenga para todos los efectos legales que nunca se trasladó del régimen de prima

media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; en consecuencia, se condene a Skandía S.A., a devolver de forma automática al demandante al régimen solidario de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, junto con todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, e incluso los gastos de administración en que hubiere incurrido; igualmente se les condene a lo que resulte ultra y extra petita, y costas.

Como fundamento de las peticiones expuso que nació el 25 de enero de 1959, efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida - Seguro Social hoy Colpensiones-, a partir del 25 de marzo de 1979; el 16 de mayo de 1995 firmó solicitud de vinculación con Colfondos; para la época de suscripción del formulario correspondientes, *“...los asesores de dicha AFP lo persuadieron de que al trasladarse a este fondo, era su mejor opción pensional, pues era conocido que el ISS **“iba a quebrar por sus malos manejos”**...”* e igualmente le indicaron la eventual extinción del Régimen de Prima Media con prestación definida por cuanto el ISS iba a ser liquidado, *“...indicándole con esto, que sus aportes pensionales y tiempo cotizado se perderían...”* ; como también que en dicho fondo las ventajas eran más atractivas, efectivas y vertiginosas en comparación con las del ISS.

Sostiene que al trasladarse de régimen, nunca estuvo consciente de las implicaciones que tomó con dicho cambio; que el 13 de febrero de 2019 firmó formulario de vinculación con *Skandia Pensiones y Cesantías S.A.*, fondo al que para la época de presentación de la demanda se encontraba vinculado; precisa que siempre firmó los respectivos formularios de vinculación o traslado bajo el convencimiento de que constituiría su mejor alternativa para pensionarse y que la insuficiente información suministrada por los asesores comerciales de esos fondos era correcta, pues provenían de entidades especializadas en el tema.

Indica, que presentó a Skandía Pensiones y Cesantías S.A., se le informar sobre el valor de su pensión de vejez, entidad que con oficio LC-0035 de 6 de enero de 2021, se le informó que ***“...su capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual asciende a la suma de \$51.773.156 m/cte, por lo que teniendo en cuenta dicho capital , junto con el valor del bono pensional actualizado y capitalizado a la fecha actual y capitalizado a la fecha de proyección, sin aportes futuros, no completaría el capital necesario para sustentar una mesada pensional...”*** ; por lo que se sintió defraudado y engañado *“...pues las promesas ofrecidas en el momento de sus vinculaciones por parte de la AFPs “COLFONDOS”Y “SKANDIA PENSONES Y CESANTIAS S.A.”, se tomaron mentirosas, desproporcionadas e injustas...”*.

Precisa que, el 25 de junio y 13 de julio de 2021, solicito a Skandía Pensiones y Cesantías S.A., y a Colfondos S.A., la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de las actas o formularios de afiliación suscritos con estas entidades; con oficio No. 210804-001888 del 18 de agosto siguiente, la última de las mencionadas negó el traslado. Igualmente, el 1° de marzo de 2022, elevó la misma solicitud ante Colpensiones, quien con oficio BZ2022_2740438-0544242 del 2 de marzo, también negó el pedimento. Menciona que, acredita al sistema un total de 953.86 semanas de cotización a noviembre de 2021, con un IBL liquidado a 30 de noviembre de 2021 de aproximadamente \$2.550.994, lo que arrojaría una mesada pensional en el régimen de prima media de \$1.639.013.

Señala que las AFPs accionadas, omitieron comunicarle al momento de la afiliación la obligación de carácter profesional de informarle sobre la forma concreta y exacta de su mesada pensional, así como que el valor de la pensión en el RAIS sería inferior a la que recibiría en el RPM, elaborarle una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor real de su prestación pensional, no le informaron sobre el capital necesario y suficiente para financiar la pensión, que podía hacer aportes voluntarios, y demás situaciones que le permitieran tomar una decisión a tiempo sobre continuar en un régimen o trasladarse de acuerdo a su situación pensional; es decir que las entidades accionadas *“...lesionaron ... el derecho a escoger de manera libre y voluntario el régimen pensional que le resguardara de las contingencias derivadas de la vejez o la invalidez de origen común...”*, el traslado se dio bajo información *“...irreal y mendaz de un o unos asesores con el único motivo*

de inflar sus comisiones, como quiera que no le suministraron información adecuada, suficiente y cierta para dicho traslado... “ (fls. 2 a 31 PDF 01).

La demanda fue repartida al **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca**, el 4 de mayo de 2022 (PDF 02); y admitida con auto de 26 de mayo de 2022, disponiéndose 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 el artículo 612 del CGP (PDF 04).

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 afiliación del demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección; que los asesores comerciales de la entidad brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional; por ello no se puede concluir que el traslado de régimen es ineficaz, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario de vinculación contiene la firma del accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado y por ende no está viciado el consentimiento . De otro lado no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la parte demandante con la vinculación formal a la AFP COLFONDOS S.A., pues la parte demandante, dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden para manifestar sus inconformidades, o volver al Régimen de Prima Media no lo hizo. “...Es importante hacer énfasis en que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado que pretende la demandante porque en

ningún momento se le está vulnerando su derecho pensional, puesto que el actor puede obtener una pensión de vejez en el RAIS siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley...

En el acápite de HECHOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, sostiene que el demandante conoce claramente cómo opera el RAIS, que en su caso particular, siempre ha cumplido con el deber de informar, jamás existió omisión en la información, como tampoco indebida o equivocada asesoría, el demandante es una persona mentalmente estructurada que contaba con la capacidad de sopesar los argumentos manifestados tanto por sus asesores como por los de los demás fondos privados, a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, entonces no es válido que después de estar varios años afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuando evidenció que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal.

Indica que de conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría, es solo hasta la expedición de la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro que el deber legal de las administradoras de *“poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias del traslado”*, que en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son únicas y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

Manifiesta que la entidad tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales, el cual consiste en darles todas las herramientas e información necesarias para que entiendan y transmitan la información sobre las características propias de RAIS a los posibles afiliados. Así mismo, los trabajadores son los que manifiestan de manera libre y voluntaria su intención de afiliarse al Fondo de Pensiones Administrado por esa AFP; por lo que considera, que informó de manera adecuada y completa a la demandante, con

anterioridad a su vinculación a COLFONDOS S.A., acerca de las condiciones bajo las cuales operaba el RAIS, dada la particularidad de cada caso concreto, la persona encargada de explicar tales condiciones es el asesor que tramita la solicitud de cada personas, lo cual ocurrió en este caso; lo que se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación, pues en él la demandante dejó constancia que su elección fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones; además son formularios que se ajustan a la ley y contiene la información requerida para el efecto, situación que se corrobora con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; por tanto, la voluntad de la actora expresada en el formulario de afiliación evidencian que el ingreso de ésta al régimen cumplió las exigencias legales para tal fin.

En su defensa, presentó las excepciones de mérito o fondo denominadas: Inexistencia de la obligación, Falta de legitimación en la causa por pasiva, Buena fe, Innominada o Genérica, Ausencia de vicios del consentimiento, Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, Compensación y pago (fls. 4 a 17 PDF 06).

- **La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, con oposición a las pretensiones toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al 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 parte 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 la parte accionante no 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 para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorna, contaba con 63 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 que aquel 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; aunado que 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 35 años de edad y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicios para querer regresar al RPM en cualquier tiempo, por lo que no está amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media.

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 el 1999, y no lo hizo; por lo que de considerarse que existió la nulidad alegada la misma fue saneada en los términos del apartado 1752 íbidem, 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: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad,

inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago del I.P.CV. ni de indexación o reajuste alguno, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la “innominada o genérica” (fls. 2 a 35 PDF 07)

- La demandada **Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.**, si bien allegó escrito de contestación de la demanda, lo hizo por fuera del término legal (PDF 11), razón por la cual, con auto de 14 de julio de 2022, se dio por no contestada la demanda por parte de esta accionada (PDF 09)

II. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá (Cundinamarca), mediante sentencia del 21 de marzo de 2023, decidió:

“(...) DECLARAR la ineficacia del traslado que se produjo del aquí demandante, el señor ALEJANDRO MONROY PERILLA a la sociedad de pensiones COLFONDOS S.A. que se efectuó el 16 de mayo de 1995.

Y en consecuencia de esa ineficacia, ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES que asuma al aquí demandante como afiliado, teniendo en cuenta que las sociedades acá previo a asumirlo, la Sociedad acá FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA, deberá pagar a COLPENSIONES, todos y cada uno de los rendimientos financieros y el pago de los aportes que hubiese efectuado el aquí demandante por pensión, junto con los rendimientos financieros y los gastos por concepto de administración, de manera indexada a Colpensiones.

En consecuencia se ABSUELVE a COLFONDOS S.A de todas y cada una de las suplicas de esta demanda, pues efectivamente no aparece en lo que respecta a la condena de devolución, porque pues efectivamente se le vincula en la nulidad e ineficacia de traslado, pero en lo que respecta a condenas económicas se ABSUELVE a COLFONDO, pues está claro que no tiene afiliado al aquí demandante y en consecuencia, como se dijo se CONDENA a COLPENSIONES a asumir como afiliado al aquí demandante previo a que se le haga el correspondiente traslado de esa devolución que se dio en esta sentencia. Este Despacho, se abstiene de condenar en costas y agencias en derecho a Colpensiones como quiera que se trata de un punto de derecho a discutir y a las demandadas...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 19 y 20).

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las entidades demandadas Skandia S.A. y Colpensiones, respectivamente, formularon recursos de apelación, que sustentaron en los siguientes términos:

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A., sostuvo:

“(...) Muchas gracias señora juez, simplemente siendo esta la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de ser dictada, para que sea remitido ante el Honorable Tribunal Superior Distrito Judicial de Cundinamarca. Recurso de apelación con el cual solicito de manera muy respetuosa a los Honorables Magistrados, revocar la presente sentencia y absolver a mi defendida de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por los siguientes argumentos que se pasan a exponer:

en lo relativo a la validez de traslado de régimen pensional que efectuó el señor Demandante a Colfondos, es importante recordar que este se produjo en el año 1995, por lo cual el alcance del deber de información que le asiste a la AFP no es el mismo de que existe hoy, deber que si bien se reitera Skandia, desconoce debido a que se trata de una AFP diferente con la que se efectuó el traslado hace cerca de 27 años, lo cierto es que la documental que obra en el expediente si se avizora el cumplimiento de este deber a través de la suscripción del formulario de afiliación en el cual el demandante manifestó en su interrogatorio haber suscrito de forma libre y voluntaria y porque lo digo?, porque en estos formularios consta que el afiliado recibió la respectiva asesoría y que estos documentos fueron avalados y aprobados por quien hoy es la Superintendencia Financiera, y que todas estas situaciones son las que explican que no exista otra prueba documental que por decirlo así, certifique o valide la asesoría que recibió en su momento el actor, pero no quiere decir que no se haya producido, sino que para el momento de los hechos simplemente era lo que se solicitaba o requería el ordenamiento.

Más allá, en el caso que se confirme la ineficacia, la declaración de ineficacia, solicito de manera muy respetuosa a los Honorables Magistrados, se revoque lo relativo al traslado de los gastos de administración por parte de Skandia a colpensiones, porque? porque los gastos de administración existen en ambos regímenes, esto es en los de prima media como en el de ahorro individual, y por ministerio de la ley en ambos regímenes este rubro de los gastos de administración no hacen parte del dinero con el que se financian las pensiones; adicional a lo anterior, ese 3% de los gastos de administración de los que habla la ley, no corresponden en su totalidad para gastos propiamente dichos de administración o que son los utilizados por el fondo, sino que hay otros dentro de este porcentaje que también por ministerio de la ley, deben ser asumidos para financiar las primas de seguro previsional, lo cual efectivamente ocurrió, quiere decir esto que durante todo el tiempo que el señor Alejandro y hoy en día ha estado en el RAIS, sus riesgos de invalidez y muerte han estado cubiertos por estas mencionadas aseguradoras.

Ahora, también es importante que se revoque lo relativo a la indexación, porque se está generando un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones, porque?, cuando uno va y observa los recursos que componen actualmente la cuenta individual del afiliado, no se trata únicamente del dinero de los aportes netos que se han efectuado sino que las administradoras en el régimen privado, gestionan activamente estos recursos lo cual genera unos rendimientos que también están siendo ordenados que sean trasladados; entonces que quiere decir esto, la indexación es el mecanismo para controvertir o contrarrestar la pérdida de valor del dinero en el tiempo, pero cuando se ordena el traslado de los aportes junto a los rendimientos es evidente que no se está generando, no se generó en ningún momento detrimento alguno en el valor de estos aportes.

En ese sentido, los rendimientos y la indexación son conceptos abiertamente incompatibles y excluyentes, pues si lo que procedía era la indexación, quería decir que no se tendría que trasladar los rendimientos, lo cual tendría lógica, pues si la figura jurídica de la ineficacia tiene como finalidad suponer que no existió en ningún momento un respectivo acto, pues es evidente que esos rendimientos no se hubieran generado en el régimen de prima media y lo único que se debería contrarrestar en ese momento, la pérdida del valor de esos aportes, sería a través de la indexación, no a través de estos dos conceptos. En ese sentido dejo sustentado el recurso de apelación. Mil gracias. ...”.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
señaló:

“(…) Gracias su Señoría, con todo respeto me permito interponer recurso de apelación contra la presente providencia, teniendo como fundamento lo siguiente:

Como primer punto tenemos la prohibición legal. Se debe indicar que al momento de la solicitud del retorno al Régimen de Prima Media, e demandante se encontraba dentro de la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Como segundo punto, tenemos que dentro del expediente no obra prueba alguna que se demuestre que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del CC. 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 celebrado entre el demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

No obstante, la nulidad pretendida no se alegó dentro del término que se refiere el artículo 1750 del CC, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará 4 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 traslado, como en el presente caso, se hizo en el mes de mayo de 1995, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse solicitado antes del mes de mayo del año 1999.

Debe igualmente, tenerse en cuenta que existió ratificación expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato. En el presente asunto, el demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó los traslados de régimen en su momento; ello, si se tiene en cuenta que el demandante durante todo este tiempo ha consentido en que se le hagan los descuentos respectivos con destino al ahorro individual.

Un tercer punto respecto a la carga de la prueba, tenemos que en el presente caso no se evidencia prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información. En el presente caso se torna imposible probar hechos ocurridos en el año 1995, debiendo aplicar para el presente caso el precepto que nadie está obligado a lo imposible.

Como cuarto punto, respecto al deber de información, tenemos que 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 materializó 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 de la parte actora el cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado en 1.995.

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 ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, de la cual

dependía sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez; como tampoco lo sustraía de la aplicación de la ley.

Como quinto punto, sobre la descapitalización del sistema, se debe indicar que en sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslado, se 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. Por las razones expuestas en precedencia, se solicita a los señores Magistrados, se revoque la presente providencia y en consecuencia, se absuelva a Colpensiones. Gracias su Señoría”

La juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos. 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, los voceros judiciales de las apelantes y el del accionante, presentaron sendos escritos de alegaciones ante la Corporación.

Skandía Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., solicita se revoque el fallo de primera instancia en lo relativo a la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional del actor y el consecuente traslado de recursos hacía Colpensiones; para lo cual señala:

“(…) I. SUSTENTACION DE LOS ALEGATOS

- 1. El problema jurídico en el presente caso, dado el recurso de apelación presentado por Colpensiones en contra de la sentencia de primera instancia, consiste en determinar si la decisión adoptada por el a quo el 21 de marzo de 2023, se ajusta o no a derecho.*
- 2. En el presente caso, se considera que el fallo proferido por el a-quo el pasado mes de marzo de 2023, debe ser REVOCADO teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:*
- 3. La demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) de forma libre, voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en la ley y que, para el momento del traslado inicial, era aprobado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, siendo dicho documento prueba suficiente de la libertad de afiliación de la accionante al RAIS.*
 - Bajo este contexto, no puede pasarse por alto que, para el momento en que se realizó la afiliación al RAIS, los fondos de pensiones realizaban las asesorías a sus potenciales afiliados de manera verbal y no existía*

obligación alguna de dejar documentada la asesoría que se les brindaba, pues el único documento que se exigía para efectuar el traslado era el formulario de afiliación. Por ello, no resulta plausible que, trascurridos tantos años desde la afiliación inicial de la accionante ésta pretenda, mediante la demanda que nos convoca, imponerle a las diferentes AFP allegar un documento diferente al formulario de afiliación para demostrar que esta goza de plena validez.

- Así mismo, se tiene que, el deber de información también se encontraba en cabeza del demandante, quien contaba con las condiciones y capacidades suficientes de conocer las implicaciones de su decisión. Es claro que, el demandante pudo fácilmente validar las características y condiciones del RAIS con los asesores de mi defendida, a través de los canales que conocía, y no lo hizo, en un claro acto negligente de su parte.
- Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que mi mandante siempre cumplió con todas las obligaciones de carácter legal a su cargo durante el período de afiliación de la accionante, sin que pueda colegirse ni encontrarse probado una acción u omisión de esta que pueda conllevar a la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional.
- Ahora bien, se advierte que, toda la estructura y condiciones del RPM y del RAIS **se encuentran cabalmente estipulados en la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, por lo que no resulta plausible que la parte actora alegue que no fue asesorada de manera completa, clara veraz, oportuna, adecuada, suficiente y clara sobre las diferencias de los regímenes, los beneficios y desventajas al momento de suscribir el formulario de afiliación a con mi mandante.**

Así pues, las eventuales diferencias que existan en el monto de la pensión de la actora entre el régimen de ahorro individual y prima media, no son un capricho o voluntad de mi defendida, en tanto las condiciones para el reconocimiento de la pensión están dispuestos en la ley, limitándose mi defendida a dar cumplimiento a la normatividad.

4. Así mismo, se considera pertinente indicar que, en el RAIS los aportes de los afiliados tienen además del porcentaje con destino a la cuenta de ahorro individual, **otro con destino a los gastos de administración, a la prima de reaseguros de Fogafin y a las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes.**

Al respecto, cabe señalar que mi mandante cumplió con las obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios de la demandante, los cuales incluso le generaron rendimientos como puede evidenciarse en el estado de cuenta que obra en el plenario y, en esa medida, se cumplió con la finalidad del encargo al garantizar la seguridad y rentabilidad de los recursos, razón por la cual no puede desconocerse de ninguna manera tal gestión, y condenar al pago de dicho concepto, pues ello implicaría pasar por alto la gestión de la administradora, cuando de manera contradictoria se dispone la devolución de los rendimientos con destino a Colpensiones.

Así mismo, en lo que corresponde al porcentaje de los aportes con destino a los seguros e invalidez y sobrevivencia, debe tenerse en cuenta que, esos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada, y con los cuales la demandante tuvo cobertura durante toda la afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir, cumplieron la finalidad establecida en la ley, por lo que tampoco resulta pertinente una eventual devolución de dichos montos.

De igual forma, es pertinente señalar que, aun cuando el accionante no se hubiese trasladado de régimen pensional, se tiene que incluso en el RPM un porcentaje de la cotización también se destina a los gastos de administración y a las primas de los seguros

de invalidez y sobrevivencia en igualdad de condiciones, tal y como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no puede desconocerse la gestión y los seguros tomados por las AFP durante la afiliación en el RAIS, ante la eventual revocatoria del fallo proferido y una eventual declaración de la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional...” (PDF 05 Cdno. 02SegundaInstancia).

La Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, reclama se revoque la sentencia de primera instancia y se condene en costas a la parte demandante; manifestando que en el evento de no atenderse dicha solicitud, de manera subsidiaria 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 demás 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...”; mencionando:

“(...) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En primer lugar, debe señalarse, que 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 tutela¹, 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 traslado del régimen se hizo en **mayo de 2004** según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de **mayo de 2008**.*

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 EMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibidem, 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 del 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 Cdo. 02SegundaInstancia).

Por su parte, **el demandante**, solicita se confirme en su integridad la sentencia fustigada, para lo cual sostiene:

“(…) La controversia que se examina en el presente caso, se contrae en determinar si el Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca-Sala Laboral, debe confirmar en su integridad o revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de ZIPAQUIRA (CUNDINAMARCA), que declaro la ineficacia de la afiliación del demandante a “SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS” y ordenó su traslado a “COLPENSIONES”.

Sin embargo, debemos reiterar que es menester que el Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Laboral, confirme en su totalidad la sentencia apelada y en consecuencia, mantenga la declaración de ineficacia de la afiliación del señor ALEJANDRO MONROY PERILLA a “SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS”, por transgresión al deber de información consagrado en los Artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y Artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, en concordancia con la jurisprudencia de la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹, y por las razones que a continuación se exponen:

*En primer lugar, debe indicar que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha considerado que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «**la afiliación se hace libre y voluntaria**», “**se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones**” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó: (reprodujo un aparte de la mencionada providencia)

*Como consecuencia de lo expuesto, nótese que las AFPs vinculadas al proceso nunca procedieron a explicarle a mi poderdante las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Es decir, no cumplieron con la obligación de suministrar información necesaria y transparente en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que hace referencia «**a 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. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado**»; además de que la poca información suministrada no fue transparente, esto es, no se le dio a conocer en un lenguaje claro, simple y comprensible de los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pudiera realizarse por la demandante después de comprender*

a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios, siendo dable deducir que nunca la recibió de forma clara, precisa y oportuna respecto a su situación actual y futura comparada con la que tendría en el RPM ni de las ventajas del régimen de pensional que la cobijaba. Lo anterior, es perfectamente evidente en el interrogatorio de parte rendido por la demandada, cuando señaló lo siguiente:

- ❖ **Las AFPs demandadas omitieron elaborar una proyección que le permitiera contar a la demandante con información completa sobre el valor real de su pensión.**
- ❖ **Nunca le informaron sobre el capital necesario y suficiente para financiar su pensión de vejez.**
- ❖ **Omitieron comunicarle que el valor de su mesada pensional en el RAIS, sería inferior a la que recibiría en el Régimen de Prima media con Prestación definida.**
- ❖ **No le indicaron las presuntas ventajas y desventajas de su vinculación en el régimen de ahorro individual con solidaridad.**
- ❖ **Nunca le informaron a qué edad podía pensionarse.**
- ❖ **Nunca le explicaron que su pensión dependía de su propio capital.**
- ❖ **Nunca le explicaron que implicaciones tenía al cambiarse de régimen.**
- ❖ **Nunca le informaron que se podía retractar de su afiliación.**
- ❖ **Nunca le informaron que podía hacer aportes voluntarios.**
- ❖ **Omitieron informarle como se generaban los rendimientos.**
- ❖ **Omitieron informarle como se liquidaba el valor del bono pensional.**
- ❖ **Nunca le actualizaron datos.**
- ❖ **Nunca se le brindó una asesoría oportuna que le permitiera tomar una decisión a tiempo sobre continuar en ese régimen o trasladarse de acuerdo a su situación prestacional.**
- ❖ **La engañaron, pues las promesas ofrecidas en el momento de sus vinculaciones se tornaron mentirosas, desproporcionadas e injustas, además omitieron al momento de la afiliación la obligación de carácter profesional de informarle sobre la forma concreta y exacta de su mesada pensional.**
- ❖ **Omitieron advertir el riesgo y las posibles consecuencias que se generaría dicho traslado, o en su defecto, no tramitar la afiliación ante la omisión de no proporcionar tan trascendental información.**
- ❖ **Al no documentársele ni ofrecerle una proyección o cálculo de la pensión no pudo tomar una decisión INFORMADA e imparcial para su traslado de régimen.**

Corolario, la AFP "SKANDIA" al omitir el deber de información veraz y suficiente, esto es, tener el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, desconoció su derecho a la escogencia libre y voluntaria del régimen pensional de conformidad con el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, que remite al artículo 271 de la misma normatividad, el cual prevé que si por alguna razón se atenta contra este derecho la entidad administradora incurrirá en una multa y en cualquier caso la afiliación

respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea. Empero, en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, la Sala Laboral 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. 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 según lugar, debemos indicar que, de la carga de la prueba, existe una inversión a favor del afiliado². En este sentido, 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 suministro información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que: **(i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.**

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Conforme lo anterior, es claro que se debe imponer a las administradoras accionadas la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información situación que como se explicó atrás, no aconteció, ya que desconoció el deber de informarle al demandante, de una manera clara, comprensible y oportuna, las características, diferencias, beneficios, riesgos, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, junto con los efectos que acarrearía el cambio de régimen, aunado al hecho de que dicho deber no se agota con

una simple mención de que la afiliada podrá pensionarse en forma anticipada, en la medida en que la información debe reunir las condiciones de necesaria, suficiente e integral, de allí que desde el inicio haya correspondido a la AFP dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito...” (PDF 7dno. 02SegundaInstancia).

III. 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 la parte demandada Colpensiones y la AFP Skandia S.A., 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 el juez, 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, si resulta procedente o no, ordenar la devolución de los gastos de administración, rendimientos, sumas previsionales, así como la indexación de dichos valores.

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 su 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 en cada caso en particular si 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 1995, 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, no surge acertado el entendimiento de las recurrentes, en cuanto a que para la fecha de la afiliación del actor al RAIS, las AFP no tenían la obligación cuya omisión se les enrostra; pues 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, 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 extraer del citado documento.

De otra parte, debe recordarse 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 correspondiente 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 el aquí demandante nació el 25 de enero de 1959, como se advierte de su cédula de ciudadanía (fl. 35 PDF 01); que el 25 de marzo de 1979, se afilió al régimen de prima media conforme el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones actualizado a 18 de diciembre de 2020 (fl. 36 a 39 PDF 01); que se afilió a COLFONDOS S.A. el 16 de mayo de 1995, según formato de SOLICITUD DE VINCULACION No. 634036 de la citada administradora, que aparece en el expediente

(fls. 55 PDF 01), y que para abril de 2019 se llevó a cabo el traslado de COLFONDOS a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, como se advierte del Estado de cuenta de ésta última AFP (fl. 35 a 39 PDF 11); pues tales situaciones fácticas no fueron objeto de reparo alguno por las partes.

Ahora, para proferir su decisión, al juzgadora de primer grado, consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por el demandante, toda vez que:

“...al momento del traslado y entre los años 1995 y siguientes hasta la fecha que Skandia hace simplemente esta, por solicitud responde la petición, no se evidencia que se hubiese efectuado ningún tipo de asesoría.

Es decir, es claro para este estrado judicial que las sociedades aquí demandadas no demuestran haber efectuado realmente una asesoría al aquí demandante, lo mismo ocurre con la correspondiente comunicación que dictó Colfondos también que se produce con fecha 18 de agosto de 2021, donde efectivamente solamente hasta esa fecha es que se logra tener algún tipo de información soportada dentro del mencionado proceso.

Nótese como acá, la sociedad acá demandada Colfondos aportó el correspondiente soporte de vinculación del aquí demandante, pero no le acredita realmente haber brindado una asesoría al aquí demandante dentro del presente proceso, eso no está demostrado y es claro que para el presente caso debió haberse acreditado dicha circunstancia.

Nótese como las aquí demandadas, los fondos de pensiones, están regulados por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y es claro que existe un deber de información consagrado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el numeral 1° del artículo 97 del sistema Financiero y también es claro que de conformidad con el artículo 1604 la prueba de las obligaciones y cuidado corresponde a quien debe emplearlo, no se satisface solo con la suscripción de documentos, sino con la evidencia que la asesoría fue suficiente.

Hecho que efectivamente no está acreditado dentro del mencionado proceso, pues no se demuestra dentro del presente proceso que las sociedades acá demandadas fondos de pensiones vinculadas con Ahorro Individual, hubiesen brindado una información clara, comprensible, suficiente al aquí demandante respecto de la orientación de beneficios, respecto del monto de la pensión, la diferencia en el pago de aportes que allí se realiza, implicaciones de la conveniencia o no de estar en determinada circunstancia, pues solamente se hizo hasta el año 2021 cuando él emitió o solicitó la información correspondiente.

Quiere esto decir que hay ineficacia del traslado y este despacho la declarará porque encuentra la insuficiencia de la información que afecta los intereses del afiliado acá en procura de reivindicar su derecho al acceso de su pensión, en la medida de que como ya lo dijo la Corte no es suficiente la simple suscripción del formulario sino el cotejo con la información brindada que implica tener en cuenta cuales son los aspectos positivos o negativos...”

En ese orden, 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 medio de prueba alguno que permita afirmar que el demandante, antes de trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. en mayo de 1995, 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, No. 634036, en el que aparece la firma del actor en el aparte denominado “...VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACION...” con el siguiente texto: “...HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. QUE HE ELEGIDO A COMPAÑÍA CVOLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTE SELECCION SON VERDADEROS...” (fl.55 PDF 01).

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia que el demandante hubiere firmado los formularios pre-impresos 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 adocinado por la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era necesario que se le hubiese explicado concretamente a éste, 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 laboral¹. Como tampoco el tránsito entre fondos privados denotan que la persona

¹ 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.

estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador (Sent. CSJ SL5686-2021).

Y es que, no se advierte que al actor para el momento de la suscripción del formulario de traslado el 16 de mayo de 1995 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 señalan los recurrentes, 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; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado...”* (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 el actor en el interrogatorio, no se advierte que éste hubiese señalado aspectos que beneficiaran a la parte contraria y que afecten sus intereses procesales y de contera, le ocasionaran consecuencias jurídicas adversas a éste, 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 éste manifestó que no recibió ninguna información al momento de suscribir el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS en el año 1995, que el asesor de la AFP aquí demandada, le indicó que el ISS se iba a acabar y que era mejor estar afiliado a esa AFP, sin darle ninguna explicación respecto a cómo iba a obtener su pensión, ni otra información sobre el particular, como tampoco cuando se trasladó de COLFONDOS a SKANDIA; y es que se reitera, la firma en el formato preimpreso que suscribió el actor con AFP COLFONDOS, en el que se consigna una constancia de “VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACIÓN...”; 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 el demandante para el 1° de marzo de 2022 cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con más de 63 años de edad y por tanto se encontraba inmerso en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2° 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 del 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 al 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 el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió el 16 de mayo de 1995 cuando tenía 35 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 extunc (desde siempre)...*" (SL4360-2019), siendo una razón más, para avalar la decisión del juzgador de primer grado, en este aspecto.

Referente a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones en segunda instancia, sobre la falta de acreditación de vicios de consentimiento, baste señalar 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 SKANDIA S.A. devolver a Colpensiones “...todos y cada uno de los rendimientos financieros y el pago de los aportes que hubiese efectuado el aquí demandante por pensión, junto con los rendimientos financieros y los gastos por concepto de administración, de manera indexada...”; sin precisar lo referente al traslado de dineros correspondientes a 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, conceptos que contrario a lo referido por el apoderado de Skandia, de conformidad al criterio jurisprudencial, corresponden al aporte del afiliado en el que fue distribuido o repartido el mismo durante su permanencia en el fondo privado.

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 7° 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 8° 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 7° 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 Skandia 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, modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que también

dicha administradora privada 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, al igual que el bono pensional que se relaciona en la historia laboral (fls. 40 a 42. PDF 11); precisando que las sumas dispuestas deberán reintegrarse con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, como lo dispuso la CSJ en sentencia SL5686-2021; es decir debe trasladar todos los aportes sufragados por el demandante, con los rendimientos obtenidos y demás conceptos en que se distribuyeron o repartieron dichos aportes durante el tiempo que estuvo afiliado el actor 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 este punto, también debe decirse que igual responsabilidad cabe frente a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, que en primera instancia resultó absuelta; habida consideración que, como ya se indicó líneas atrás, la ineficacia del traslado conlleva la obligación para las AFPs a las cuales estuvo vinculado el afiliado, el retorno, en este caso específico, de los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, según el tiempo de permanencia del afiliado a dicha administradora, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, atendiendo que, conforme el artículo 16 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1833 de 2016, el cambio de AFP conlleva el traslado de los saldos de la cuenta

individual, más no de éstos conceptos, por lo que desacertó la jueza de instancia al ordenar su devolución únicamente frente a la última AFP –Skandia S.A.–, ya que cada una de ellas, deberá efectuar los retornos a que haya lugar, dependiendo del tiempo de vinculación del demandante en la correspondiente administradora de pensiones.

Sobre la devolución de los conceptos mencionados, 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” ...”.

Y es que si bien repara el apoderado de Skandia, el que se hubiere ordenado el reintegro o devolución de los rendimientos y la indexación; se reitera, a ello hay lugar, como efecto de la decisión adoptada, esto es la ineficacia del traslado; y así lo determinó el máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria, al precisar ***“...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.

En ese orden de cosas, al no disponerse en la primera instancia la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, en sede de consulta, se modificará el alcance de la condena, más aún cuando la Juez a quo solo impartió condena contra Skandía S.A., omitiendo ordenar a la otra AFP demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, que devuelva los gastos de administración, en esa medida se revocará la absolución, para que el mentado fondo haga la respectiva devolución de tales gastos, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados por el tiempo de permanencia del demandante en dicho fondo.

Recordemos que, la máxima Corporación de cierre ha señalado que conceptos como gastos de administración, pólizas de seguro previsional y comisiones deben ser retornados a Colpensiones por las AFP, por el tiempo de vinculación del afiliado, conforme con las sentencias SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos por la AFP con cargo a sus propios recursos.

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 quedan resueltos los recursos 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 SKANDIA 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. Las de primera instancia estarán a cargo de las AFP demandadas y deberán ser liquidadas por la juzgadora a quo.

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: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia dictada el 21 de marzo de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá–Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **ALEJANDRO MONROY PERILLA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **OTRAS**, referente a la absolución a la sociedad demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR al numeral segundo de la mencionada sentencia, en el sentido de indicar que la **AFP SKANDIA S.A.** deberá reintegrar a **COLPENSIONES** además de los valores ordenados por la juzgadora de primer grado, los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, causados por el tiempo de permanencia del demandante a esa entidad. Así mismo, **CONDENAR** a la sociedad **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados por el tiempo de permanencia del actor en dicho fondo. Al momento que las AFP demandadas cumplan la orden, 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.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado apelada y consultada, en todo lo demás.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** de segunda instancia a la demandada APF SKANDIA S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Costas de primera instancia a cargo de las AFP demandadas y deberán ser liquidadas por la Jueza a quo

QUINTO: 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



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria