

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **25307-31-05-001-2021-00118-01**
Demandante: **SALOMON TIQUE RODRÍGUEZ**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES, Y OTRA**

En Bogotá D.C. a los 15 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 entidades demandadas, contra la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot – Cundinamarca-, dentro del proceso de la referencia

Prevía 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

SALOMÓN TIQUE RODRÍGUEZ, demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS**, para que previo trámite del proceso ordinario laboral se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizó el actor en octubre de 2009; en consecuencia, establecer que nunca se trasladó de régimen y por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; se ordene a Colfondos la devolución a Colpensiones de todos los valores

que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, así como la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones generadas en su cuenta de ahorro individual; lo ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones se expone en la demanda que el actor nació el 16 de marzo de 1963, para la fecha de presentación de la demanda contaba con 57 años, que desde el mes de septiembre de 1992 se afilió al fondo de pensiones administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, la cual perduró hasta el día 27 de septiembre de 2009; el 1° de octubre de 2009, se vinculó a trabajar a la Rama Judicial –Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca – Juzgado Segundo Civil del Circuito de Girardot; trasladándose al fondo de pensiones Colfondos desde el 1° de octubre de 2009; que al momento del traslado la AFP demandada a través de su asesor no cumplió con la obligación objetiva de informar de manera suficiente y oportuna, las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir un juicio claro y objetivo de las mejores opciones de mercado; que omitió informarle al actor la probabilidad de pensionarse en cada régimen, proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente, una proyección del valor de la pensión en cada régimen, los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen, o información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación; que el 12 de febrero de 2016, presentó ante Colpensiones solicitud de traslado del RAIS al RPMD, la que fue resuelta a través del oficio BZ2016_141158-0378958 de la misma fecha, negando la petición.

A Colfondos, solicitó el 18 de enero de 2021, declarar la ineficacia de la afiliación realizada el 30 de septiembre de 2009 al RAIS, solicitud que fue resuelta el siguiente 25 de ese mes y año, negando la solicitud de traslado de régimen (fl. 2 a 10 PDF 01 y el PDF 04).

La demanda fue presentada ante el **Juzgado Laboral del Circuito de Girardot – Cundinamarca**, el 16 de abril de 2021 (PDF 02); autoridad judicial que la admitió con auto de 19 de octubre de 2021, 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 610 del CGP (PDF 07).

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

La accionada **COLFONDOS S.A.**, manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, por considerar que al suscribir el demandante, de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza el formulario de afiliación al RAIS, ratificó su traslado de régimen y es así como el mismo no presentó nunca reclamación alguna conforme lo reglado en el artículo tercero del decreto 1161 de 1994 que establece un plazo de cinco (5) días siguientes a la fecha de vinculación para presentar retracto al cambio de régimen, que además está sujeto a la prohibición señalada en el literal e. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, por el cual se prohíbe expresamente el traslado de régimen pensional de personas a las que le faltasen 10 años o menos para llegar a la edad pensional, como es el caso del demandante, quien a la fecha de la presente demanda contaba con más de 52 años de edad, Así mismo también se encontraba inmersa en esta prohibición al momento de presentar solicitudes a esta administradora, es menester el indicar que se debe de realizar solicitud de traslado ante la entidad a la cual pretende la persona pertenecer, situación que ha ocurrido en el presente asunto, la cual le fue negada por Colpensiones.

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

menester indicar, que no es posible declarar la nulidad de la afiliación de demandante a este fondo, por cuanto su consentimiento no se vio afectado ni por error ni por dolo; no hay error de derecho, porque claramente señala el Artículo 1509 del Código Civil que “...el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento...”; y no puede haber vicio por dolo, ya que éste deriva “...de la intención positiva de inferir injuria a la persona o patrimonio de otro...” (Artículo 63 del Código Civil); que, dentro de las actuaciones desplegadas por esta administradora, se cumplió a cabalidad con el deber de información, como se deja ver de las documentales allegadas donde se le manifiesta al afiliado toda la información que este requiere sobre su situación pensional. Finalmente es menester recordar que el afiliado se trasladó al régimen en el que actualmente se encuentra en el año 2009. Por lo cual el demandante siempre ha contado con la información necesaria y los elementos para realizar un juicio sobre su situación pensional; máxime cuando el afiliado se encuentra en el régimen del RAIS donde la característica principal son los ahorros que pueda realizar el afiliado para financiar su pensión de vejez.

Precisa que, la asesoría brindada por los asesores de Colfondos S.A., al demandante estuvo precedida de todo el profesionalismo e idoneidad que caracteriza a mi representada; al momento de la afiliación se le explicaron las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes y con base en la misma de manera voluntaria, sin que existiera presión alguna, optó por vincularse al Régimen de Ahorro Individual, como se prueba con el formulario de afiliación suscrito por al actor que se anexa al presente escrito; que de la información que se le ha brindado a los posibles preafiliados, es la de poderse retractar de su decisión en el término de cinco días, situación a la que ha hecho caso omiso la demandante y es como vemos que ha pertenecido al RAIS, estando administrados sus ahorros en dos AFPS; agrega que, los asesores mí prohiada indicaron las normas aplicables al régimen de ahorro individual con solidaridad y cuáles eran sus características y modalidades de pensión que se contemplan en el mismo. En cuanto a beneficios, este informó cuales eran los beneficios de acceder a los tipos de pensión que prevé el régimen que administra mi mandante. Fue así, como se

le mencionó al afiliado, que aún no poseía el capital suficiente para acceder a una pensión de vejez

En su defensa, formuló las excepciones de prescripción de la acción por la cual se pretende la nulidad, buena fe, no cumplimiento de los requisitos exigidos por las sentencias C789 de 2002, C 1034 de 2004, SU 062 de 2010 y SU130 de 2013, encontrarse incurso en la prohibición de traslado de régimen del demandante (literal A, Art. 2 Ley 797 de 2003), inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo pensional, debida asesoría del fndo, y la “Genérica (fls.1 a 30 PDF 11).

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contestó con oposición a las pretensiones toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto 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 las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar, especialmente lo relacionado a que Colpensiones acepte la vinculación del demandante, al sistema de seguridad social de prima media con prestación definida, dado que aquel no

es beneficiario del régimen de transición, puesto que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- contaba con 31 años de edad pues nació el 16 de marzo de 1963, pero no cumplía con el requisito de la 750 semanas de cotizaciones o los 15 años de tiempo de servicios, “...razón por lo cual no es de recibo que pretenda regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como así lo solicita...”; aunado a que para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorno, en el año 2016, el actor contaba con 53 años de edad, encontrándose dentro de la prohibición legal conforme el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el apartado 13 de la ley 100 de 1993; además aquel no hizo uso de los derechos de los afiliados, ya que no hizo uso del derecho de retracto, el cual da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección en cualquiera de los dos regímenes dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual haya manifestado por escrito la correspondiente selección; y cuando se trasladó al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa, ya que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1° de abril de 1994, el demandante contaba con 31 años de edad y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicios para querer regresar al RPM en cualquier tiempo; reiterando que el accionante no reúne los requisitos legales para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

También considera que no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del C.C., que establece que es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento. Pues conforme el artículo 1750 ídem, tenía un plazo de cuatro (4) años, vale decir hasta el 2013, y no lo hizo; por lo que de considerarse que existió la nulidad alegada la misma fue saneada en los términos del apartado 1752 ibídem, ya que la demandante saneo la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 id., al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, como quiera que durante todo el tiempo ha consentido que le hagan los descuentos respectivos con destino al RAIS.

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, Prescripción de la acción laboral, Caducidad, Inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento de la nulidad alegada, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la “Innominada o Genérica” (fls. 1 a 36 PDF 13)

II. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot - Cundinamarca, mediante sentencia del 25 de noviembre de 2022, decidió:

*“(…) **Primero: DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN** del señor **SALOMON TIQUE RODRÍGUEZ** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, mes de octubre de 2009, por los motivos expuestos. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

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

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

***Cuarto: Declarar** imprósperas las demás excepciones de mérito propuestas por la demandada **COLPENSIONES**.*

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

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

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de las entidades demandadas, formularon y sustentaron los recursos de apelación, en los siguientes términos:

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones:

“(…) Gracias señora juez, estando dentro del término oportuno, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación parcialmente contra la sentencia proferida por su despacho para que el Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca en su Sala Laboral revoque las condenas impuestas a mi representada, conforme los siguientes argumentos:

Como se dijo en los alegatos de conclusión, no debe declararse la ineficacia del traslado al régimen de prima media al RAIS ni declarar la afiliación a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos tanto que el demandante efectuó aportes al fondo privado, adquiriendo obligaciones por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de mi representada; teniendo en cuenta las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, que se ha pronunciado sobre la ineficacia del traslado y en algunos casos ha revocado la decisión del Juez de Primera Instancia, bajo el siguiente argumento que me permito resaltarlo: “El afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que su pensión dependerá su futuro pensional ; la responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados por ocasión de cualquier intención, error, u omisión de los promotores de la AFP es un cargo que es responsabilidad de estas últimas; razón por la cual esta disposición no permite trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto de derecho que como Colpensiones no intervino en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que solo inició a partir del año 2014”.

Ahora bien, no se puede condenar a mi representada a recibir los aportes realizados por el demandante durante tantos años, y querer disfrutar una pensión de vejez manifestando que es más beneficiosa la pensión en el régimen de prima media a una persona que no ha ayudado a contribuir con el fondo común de pensiones; esto conlleva la descapitalización del sistema pensional como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencias C-1024 de 2004, C-062 de 2010, además se estaría premiando el desconocimiento de la ley que se alega en este tipo de procesos.

Solicito al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en caso de confirmar esta sentencia de primera instancia que no se imparta condena a mi representada en costas en segunda instancia, toda vez que como dijo la juez, no puede declararse vencido a Colpensiones en este juicio porque nada tuvo que ver con la decisión del afiliado de querer trasladarse a Colfondos y en caso también de ser confirmada, solicito que se le ordene a Colfondos reintegre la totalidad de cotizaciones debidamente indexadas. de conformidad con la sentencia SL de radicado 31989 SL del 8 de septiembre de 2008; SL 17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL 1421 de 2019, radicado 56174.

Por lo anterior, ruego a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca –Sala Laboral, que sean considerados los argumentos y en consecuencia

sea revocada parcialmente la sentencia proferida por este despacho. Muchas gracias...”
(Audio y acta de audiencia, PDFs 19 y 20).

El fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., al concedérsele el uso de la palabra, sostuvo:

“(…) Si su señoría, por parte del Fondo, me permito interponer recurso de apelación, de acuerdo a los siguientes argumentos:

Inicialmente cabe recordar a los Honorables Magistrados que el actor actualmente se encuentra vinculado desde el año 2009 de acuerdo a los hechos de la demanda, con lo cual el demandante siempre ha contado con la información necesaria y los elementos para realizar un juicio sobre su situación pensional. Si bien, la legislación en materia pensional ha rigurizado (sic) con el transcurso los límites del deber de información por parte de las AFP, los elementos que la componen y los soportes que se deben conservar para que la acrediten; también es cierto que el traslado del aquí demandante surgió con anterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones legales, tales como la elaboración de proyecciones o simulación pensionales, doble asesoría y demás no eran exigibles para mi representada ni eran posible la aplicación retroactiva de esas exigencias.

Es de resaltar que para poder retornar al régimen de prima media administrado por Colpensiones el demandante deberá cumplir con los requisitos establecidos en la sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 que permiten el traslado de régimen solamente a personas de cualquier edad a cualquier tiempo que al 1° de abril de 1994 tengan 15 años o más de cotizaciones. Adicionalmente los afiliados conforme al Decreto 2241 de 2010, tienen deberes en calidades de consumidores financieros tales como informarse sobre las condiciones del sistema general de pensiones, aprovechar la información y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema, sus derechos y sus obligaciones, la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, leer y revisar de los términos y condiciones de los formatos de afiliación. Finalmente, los afiliados deberán tomar en cuenta que las decisiones dentro del sistema manifestadas a través de documentos implicarán la aceptación de los efectos legales, los costos, las restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas. Por estas razones expuestas llevan a concluir que el afiliado se encuentra válidamente afiliado al RAIS y por ende, no se puede declarar su retorno al régimen de prima media. Conforme a ello, ruego a los respetados Magistrados se sirva emitir sentencia donde se revoque la decisión del juez de primera instancia y en su lugar, se sirvan denegar las pretensiones de la demanda”. Dejo sustentado el recurso de apelación, ...”

La juez de conocimiento concedió los recursos presentados, recibido el expediente por la Secretaría del Tribunal fue asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION:

En el término concedido en segunda instancia para alegar, las demandadas presentaron sendos escritos contentivos de las alegaciones, así:

Colpensiones: Solicita se revoque la sentencia de primera instancia; 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 demanda (sic) a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos...”; y que “...no sea condenada en esta instancia a mi representada en costas, toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a COLPENSIONES...”; para lo cual, menciona:

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

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

Consideración preliminar.

No es ajeno a esta apoderada judicial, la actual postura de la H. Corte Suprema de Justicia frente de las nulidades e ineficacia de traslado, que incluso se viene aplicando por esta alta corporación vía 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 primer traslado del régimen se hizo con **COLFONDOS S.A.** en **octubre 2009**, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de **octubre de 2013**.

Debe igualmente el despacho tener en cuenta que existió ratificación expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato y, en el presente asunto el DEMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibídem, 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 respectivos con destino al ahorro individual.

- III. Respecto a la carga de la prueba:** En el presente caso no existe prueba que ermita acreditar 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 el año 2009.

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

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

seguridad social y en particular la de vejez, lo que convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos.

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

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

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

En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas...” (PDF 06 Cdo. 03SegundaInstancia).

COLFONDOS S.A. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se denieguen las pretensiones de la demanda, para lo cual precisa:

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

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

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

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

Igualmente, es menester indicar, que no es posible declarar la nulidad de la afiliación del demandante a este fondo, por cuanto el consentimiento del demandante no se vio

afectado ni por error ni por dolo; no hay error de derecho, porque claramente señala el Artículo 1509 del Código Civil que “... el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento”; y no puede haber vicio por dolo, ya que éste deriva “... de la intención positiva de inferir injuria a la persona o patrimonio de otro” (Artículo 63 del Código Civil), como expondré a profundidad en el capítulo de hechos, razones y fundamentos de derecho de la contestación de la demanda.

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

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

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

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

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

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

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

Por último, frente al tema de la libre elección de régimen y la prescripción del acto de afiliación o traslado, recientemente la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, Magistrado Ponente, doctor JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ,

Sentencia de Tutela Laboral 4593-2015, radicación No. 39718 del quince (15) de abril de dos mil quince (2015), a propósito de la acción de tutela interpuesta contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, trámite al cual se vinculó al JUZGADO DE DESCONGESTIÓN LABORAL DEL CIRCUITO DE APARTADÓ, a PORVENIR S.A., y a COLPENSIONES, recalcó en sus consideraciones, los argumentos expuestos por Tribunal atacado, respecto a su decisión de revocar la improperidad de la excepción previa de prescripción propuesta por PORVENIR S.A. y considerar que si hay lugar a extinguir la acción, cuando manifestó lo siguiente:

“En ese orden de ideas, la Sala encuentra que *no puede identificarse el derecho pensional mismo con el acto jurídico de afiliación o traslado a un Régimen, porque es que la afiliación o traslado es el ejercicio de libertad de elección que hace el trabajador bien de pertenecer al régimen e prima media o bien de pertenecer al RAIS, regímenes legalmente reconocidos en nuestra legislación laboral y que si bien en un momento dado para determinados trabajadores afiliarse al RAIS puede ser económicamente desfavorable, no viola, no afecta el núcleo esencial del derecho pensional*. Esta sala encuentra desacertada la conclusión a la que llegó la A quo, pues el sistema general de seguridad social integral lo conforman varios subsistemas, el subsistema general de pensiones, el subsistema de salud, el subsistema de riesgos laborales y otros beneficios complementarios. *Y es que la seguridad social se rige por principios de universalidad, solidaridad e irrenunciabilidad, pero la imprescriptibilidad es un principio aplicable sólo al derecho pensional propiamente dicho...*” (PDF 07 Cdno. 03SegundaInstancia).

Con memorial enviado al correo de la secretaría de esta Sala de Decisión de la Corporación, el 6/07/2023, la apoderada de la parte accionante, allega Registro Civil de Defunción del señor SALOMON TIQUE RODRIGUEZ, cuyo fallecimiento ocurrió el 23 de abril de 2023 (PDF 09 Cdrno. 02SegundaInstancia)

V. CONSIDERACIONES

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

Bajo ese contexto, corresponde a la Sala verificar, si se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó 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 indexación de los valores ordenados trasladar.

Inicialmente, es preciso recordar, que el objeto del sistema general de seguridad social en pensiones es el aseguramiento de los habitantes del territorio nacional frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mediante diferentes tipos de prestaciones económicas, y por ello la Ley 100 de 1993 creó un sistema de protección pensional dual, en el que coexisten dos regímenes a saber: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, administrado en ese momento por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (artículo 12), respetándose entre ellas las reglas de libre competencia.

El Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), aplicable a las administradoras de fondos de pensiones desde su creación, dispuso en el numeral 1º del artículo 97 como obligación de esas entidades *“...suministrar a los usuarios de los servicios que prestan **la información necesaria** para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado...”* (resaltado fuera de texto).

Ello significa, que las administradoras de fondos de pensiones, desde el momento de su creación o fundación, tienen el deber de ofrecer información a los usuarios del sistema pensional para que estos puedan adoptar su decisión de forma libre y consciente, mediante *“...la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses...”*; y es que, ese deber de información sin duda alguna repercute en el futuro pensional del usuario o afiliado; obligación que con el paso

del tiempo se ha acrecentado, pues inicialmente se tenía el *deber de información necesaria* (artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003); luego, *la de asesoría y buen consejo* (artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010); y finalmente el de *doble asesoría* (Ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa No. 016 de 2016).

Por consiguiente, concierne a los jueces de la seguridad social determinar si en cada caso en particular se cumplió o no con el deber de información según el momento histórico en que debía observarse, que, en el caso, son las normas vigentes para el año 2009, 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, este año, las sentencias SL755-

2022, radicado 90.519; SL756-2022, radicado 90.558 y SL800-2022, radicado 86.452.

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

De otra parte, 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, inmediateamente, traslada la carga probatoria a la demandada, para que demuestre el hecho positivo, inherente al cumplimiento de las exigencias legales del caso que no son otras que el deber de información al afiliado.

Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustrara al accionante al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP. Al respecto en sentencia SL 1688-2019, Radicación 68.838, proferida con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acotó lo siguiente:

“(...) 3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado.

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió

información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo...”.

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

Bajo ese contexto, en el presente asunto, se advierte que la aquí demandante nació el 16 de marzo de 1963 como se advierte de su cédula de ciudadanía (fl. 11 PDF 01); que el 11 de septiembre de 1992, se afilió al régimen de prima media conforme el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones actualizado a 26 de noviembre de 2021 (fl. 59 a 63 PDF 13); que se afilió a COLFONDOS S.A. el 28 de septiembre de 2009, según formato de SOLICITUD DE VINCULACION O TRASLADO de la citada administradora, que aparece en el expediente (fls. 34, 94, 131 de Expediente Administrativo); 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: *“...Así pues tenemos que para el caso atendido, es indiscutido que en el mes de septiembre de 1992 el demandante se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIAL hoy COLPENSIONES, trasladándose en el mes de octubre de 2009 como consta en la Historia Laboral consolidada de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, organismo en el cual el demandante se encuentra afiliado en la actualidad. En ese contexto, para el caso en concreto, este juzgado acoge el precedente jurisprudencial proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y que fue analizado en antecedencia, respecto de la ineficacia del traslado y la inversión de la carga probatoria que recae es en los fondos de pensiones, acerca del deber de demostrar que cumplió con la obligación de ilustrar al afiliado sobre las ventajas, riesgos y consecuencias del traslado sin que cobre relevancia su condición de beneficiario del régimen de transición se refiere. En este caso concreto, se debe decir que le incumbía a COLFONDOS probar que en el momento que el demandante se afilió al RAIS, esto es el 1° de octubre de 2009, le proporcionaron una información completa sobre características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye exponer una eventual pérdida de derechos pensionales o beneficios pensionales, régimen de*

transición; pues esa entidad, en el giro de sus negocios tenía una responsabilidad profesional y por ende, estaba obligada a exponer tanto los efectos benéficos como adversos que acarrea el cambio de régimen; sin embargo, no lo hizo. Véase que la administradora del fondo privado, aportó el formulario de afiliación, el reporte del estado de afiliación, el reporte del SIAFP y bono pensional, pero no aportó la asesoría pensional de un comparativo de la pensión entre los regímenes de ahorro individual y prima media; y no se puede trasladar la responsabilidad al afiliado como lo menciona COLPENSIONES en su alegatos, considerando que al firmar el formulario el demandante fue negligente, todo lo contrario, según el precedente jurisprudencial la responsabilidad recae es sobre las administradoras de pensiones, quienes están en la obligación de informar debidamente al demandante sobre las consecuencias de ese traslado sin que para ello se requiera una proyección de la pensión en ambos regímenes a fin de establecer cuál es la diferencia entre uno y otro; entendió el demandante lo que no pudo entender al momento de la afiliación que hay unas reglas en cada sistema o en cada régimen que le permite, o aspira o guarda la expectativa de pensionarse con una mesada superior a la de un salario mínimo legal y que según lo que él de manera autónoma fue investigando en los correos que le llegaban de la Rama Judicial, entendió que según sus ingresos esa aspiración no podía ser más allá del salario mínimo legal en el fondo privado; entonces, entendió el demandante que su decisión no había sido la más correcta, pero ya cuando no había recibido una debida asesoría, es por eso que él hizo la respectiva solicitud de traslado, pero esa información que debió dársele el fondo y no buscarla él, pues no es una persona ilustrada en derecho y mucho menos en seguridad social, porque es que ni siquiera el hecho de ser abogado garantiza el conocimiento de estos temas, sin que debe ser especializado en seguridad social para entender la connotación, infortunadamente muchas personas se dieron cuenta de la pérdida de algunos beneficios cuando ya pidieron las proyecciones de sus pensiones, pero no es una obligación que se haya solicitado la proyección y que el demandante tenga claro cuánto era su mesada en uno u otro sistema, simplemente él entendió que se siente desmejorado en su expectativa y como lo dice, lo que le ofrece el fondo según la normatividad no le satisface, porque no recibió una debida asesoría en el momento en que hizo la firma a un formulario que él ni siquiera diligenció, además se debe decir que el hecho de que él hubiere estado afiliado al RAIS por espacio de 17 años, como lo dijo la jurisprudencia de la Corte no se puede apreciar como una voluntad orientada a ratificar e traslado al régimen de Ahorro Individual; puesto como lo ha explicado la jurisprudencia, la carencia de eficacia del régimen pensional nunca se convalida por el solo paso del tiempo o por posteriores traslados efectuados entre fondos privados ya que ello implicaría modificar el contenido de sus derechos prestacionales. En ese orden de ideas, es evidente de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS incumplió la carga de la prueba tendiente a demostrar la observancia en el suministro de información necesaria para que el demandante decidiera trasladarse a la entidad sin confusión alguna, es decir que al momento del cambio realizó una asesoría que le permitiera comprender no solo los beneficios del régimen que él estaba acogiendo, sino además las condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Debe advertirse que si bien se allega por parte del demandante una respuesta de COLFONDOS solicitud relacionada con la anulación de la afiliación, se indica que al momento de suscribir el formulario contaba con 46 años de edad y 203, 57 semanas de cotización, aportándose

una constancia de voluntad de afiliación; sin embargo, ello no es garantía del consentimiento informado. . Así las cosas, se declarará la ineficacia de la afiliación del señor SALOMON TIQUE RODRIGUEZ al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica que no existió nunca el traslado al Régimen RAIS, o más bien, que siempre estuvo afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA. Estos efectos pues han estado claros por la jurisprudencia y como se dijo citados recientemente en la SL 2929 de 2022. A fin de dar cumplimiento a lo anterior, es decir de regresar todo, de trasladar a la administradora del Régimen de Prima Media el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, este traslado debe o esa devolución debe discriminarse con sus respectivos valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que lo justifique, según los parámetros de la última providencia 2929 de 2022 de la CSJ. Se le concederá un término de 20 días al fondo, a COLFONDOS siguientes a la ejecutoria de esta providencia para que traslade la totalidad de los valores señalados a COLPENSIONES ...”

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. el 1° de octubre de 2009, 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 AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS Y CESANTIAS CITI COLFONDOS, No. 00504560, 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 MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CITI COLFONDOS CESANTIAS Y PENSIONES PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS AQUÍ REPORTADOS SON VERDADEROS. AUTORIZO LA VERIFICACION ...” (fl.25 PDF 01).

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia que el demandante hubiere firmado el formulario pre-impreso de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; con ello no se garantiza el deber de información que le asistía a la respectiva administradora de pensiones del Régimen de Ahorro Individual, para entender satisfecha tal obligación por parte del fondo de pensiones, pues estando de por medio el derecho constitucional irrenunciable a la seguridad social, acorde con lo adoctrinado por la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era necesario que se le hubiese explicado concretamente a 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 otras 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.

Y es que, no se advierte que al actor para el momento de la suscripción del formulario de traslado el 28 de septiembre de 2009 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 las 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 morigerar 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

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.

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 2009, que como necesitaba legalizar su documentación de ingreso a trabajar en la Rama Judicial, fue a la Oficina de Talento Humano donde le informaron que le hacía falta la afiliación a una AFP, “... yo les dije bueno pero es que yo trabaje con la Rama y eso, entonces me dijeron no necesitamos el formulario para que los documentos queden completos, me dijeron mire allá en la entrada de Talento Humano hay unas personas, dijo el señor que me atendió ahí en la oficina de Talento Humano dijo mire ... una afiliación, vino una señora me dijo ud. se va a afiliarse a Colfondos, le dije si porque tengo que complementar aquí la documentación, me dijo listo me pidió la información y tal y complete la documentación y la presenté a Talento Humano...”; “...ella fue que me llenó el formulario yo no hice sino firmar y presentar para llenar los requisitos que me hacían falta...”; 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 AFILIACION PENSIONES OBLIGATORIAS...”; 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 12 de febrero de 2016, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con más de 56 años de edad y por tanto se encontraba inmersa en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que “...el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”; tal situación no repercute en el presente asunto, como quiera que es la misma jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”; pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren “...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...” (Sentencia CST SL1452 de 2019), por lo que en nada interfiere la edad de la demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se repite, no se demostró que la AFP COLFONDOS S.A. hubiese cumplido con su deber de dar a conocer 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 28 de septiembre de 2009, cuando tenía 46 años de edad, pues “...el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con

ineficacia ex tunc (desde siempre)..." (SL4360-2019), siendo una razón más, para avalar la decisión 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 COLFONDOS S.A. devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado en la cuenta individual de la accionante, junto con los rendimientos financieros, los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración; sin precisar en la parte resolutive lo indicado en los considerandos sobre el traslado de dineros correspondientes a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima individual, ni lo relativo a la redención de eventuales bonos pensionales, conceptos que de conforme al criterio jurisprudencial corresponden al aporte del afiliado 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 COLFONDOS S.A. a Colpensiones debe ser plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por Colpensiones para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida, esta Sala, modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de precisar que la AFP COLFONDOS S.A., igualmente reintegrará a Colpensiones no solo los valores ordenados por la juez, frente al capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, sino también las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, así como los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, al igual que el bono pensional que se relaciona en la historia laboral (fls. 108 y ss. PDF 11 y 87 Expediente Administrativo); 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 ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020, en la que concluyó que:

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

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

Ahora, sostiene la apoderada de Colfondos, que “...es imperioso anotar al despacho que cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el Artículo 1750 del Código de Civil, que reza en lo pertinente...”, sin embargo, debe señalarse que tal manifestación no se compagina con lo adocinado al respecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha considerado “...reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019)....”; pronunciamiento que trajo a colación en la sentencia SL1055-2022, radicación No. 87911 de 2 de marzo de 2022.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR al numeral segundo de la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot – Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **SALOMON TIQUE RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, en el sentido de indicar que la **AFP COLFONDOS S.A.** deberá reintegrar a **COLPENSIONES** además de los valores ordenados por la juzgadora de primer grado, 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, acorde con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás.

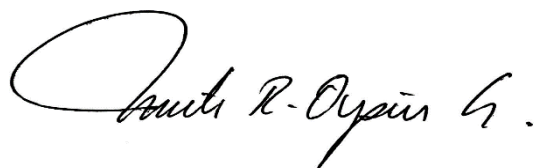
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria