



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL – FAMILIA –LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-004-2020-00216-01
DEMANDANTE: ÁLVARO JOSÉ CONTRERAS ARAUJO
DEMANDADA: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, veintitrés (23) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Una vez vencido el traslado para alegar de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 2020, atiende la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, la apelación de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de agosto de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Álvaro José Contreras Araujo contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Colfondos S.A.

ANTECEDENTES

1.- Presentó el demandante, por intermedio de apoderado judicial, demanda contra Colpensiones y Colfondos S.A, para que, mediante sentencia, se declare y condene:

1.1.- La afiliación al Régimen de prima media, a través del Instituto de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, desde abril de 1983 hasta el 30 de abril de 1997.

1.2.- La nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de prima media (antiguo ISS, hoy Colpensiones) al régimen de ahorro individual con solidaridad – R.A.I.S. (Colfondos S.A.).

1.3.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a Colfondos, trasladar a Colpensiones el total de cotizaciones aportadas, los saldos, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus

respectivos frutos e intereses de la cuenta de ahorro individual del demandante.

1.4.- Que se ordene a Colfondos, trasladar todas las cotizaciones realizadas al Régimen de prima media con prestación definida - R.P.M.P.D., antes ISS, nuevamente a Colpensiones.

1.5.- Que se condene a Colfondos S.A. a pagar a Colpensiones las diferencias que pudieran presentarse entre los aportes realizados al R.A.I.S. y lo que deba acreditarse en el R.P.M.P.D., así como las cotizaciones debidamente actualizadas.

1.6.- Que se ordene a Colpensiones, recibir todos los aportes que han sido cotizados a su nombre desde abril de 1983, hasta la fecha del último pago.

1.7.- Que se condene a las demandadas al pago de costas procesales y agencias en derecho; y a lo que ultra y extra petita se determine.

2.- Como sustento de las pretensiones, expuso como fundamentos de hecho, lo siguiente:

2.1.- Que el demandante nació el 28 de noviembre de 1959.

2.2.- Que el 9 de abril de 1983 se afilió al ISS, hoy Colpensiones.

2.3.- Que el 22 de noviembre de 1995 fue abordado por un asesor comercial de Colfondos S.A., quien le propuso trasladarse del Régimen de Prima media con prestación definida – RPMPD, al Régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS.

2.4.- Que el asesor de Colfondos le manifestó quem con el traslado ganaría mejores rendimientos financieros, mayores beneficios, que se pensionaría a una edad inferior en comparación con el RPMPD, y que éste régimen en el que se encontraba iba a terminar, se liquidaría y su pensión corría riesgo si permanecía en esa administradora.

2.5.- Que a la fecha del traslado a Colfondos, contaba con 397.29 semanas cotizadas con el ISS.

2.6.- Que Colfondos y Colpensiones no le brindaron una asesoría detallada, veraz y completas de las ventajas o desventajas que produciría el traslado del RPMPD al RAIS.

2.7.- Que aceptó firmar el formulario de solicitud de vinculación a Colfondos S.A., como consecuencia de propuestas engañosas e información incompleta suministrada por el asesor comercial de ese fondo.

2.8.- Que el 31 de enero de 2020 agotó reclamación administrativa ante Colpensiones y Colfondos S.A., solicitando el retracto o regreso de sus aportes al RPMPD, obteniendo respuesta negativa.

TRAMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, admitió la demanda mediante auto del 18 de febrero de 2021, disponiendo notificar y correr traslado a Colpensiones y a Colfondos S.A., las que se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- Colfondos S.A. dio contestación allanándose a las pretensiones de la demanda y solicitando ordenar a Colpensiones recibir el monto del capital ahorrado y sus rendimientos, del afiliado Álvaro José Contreras Araujo. Además, planteó como excepción de mérito: “buena fe y no procedencia de condena en costas”.

3.2.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contestó oponiéndose a todas las pretensiones y proponiendo como excepciones de fondo: i) inexistencia de las obligaciones reclamadas, ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, iii) prescripción extintiva de la acción, iv) buena fe, y v) innominada o genérica.

3.3.- El 21 de julio de 2021 tuvo lugar la audiencia de que trata el artículo 77 del Código Procesal de Trabajo, en la que, se determinó que el asunto

no es objeto de conciliación; al no contar con excepciones previas para resolver, ni encontrarse causal para invalidar lo actuado, se fijó el litigio, y se decretaron las pruebas solicitadas.

3.4.- El 2 de agosto de 2021, se realizó la audiencia de trámite y juzgamiento, establecida en el art. 80 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, a la que asistieron los dos extremos procesales, se practicaron las pruebas decretadas, se escucharon los alegatos de conclusión y se profirió la sentencia que hoy se revisa.

LA SENTENCIA APELADA

4.- El juez de instancia resolvió:

Primero: Declarar la nulidad del traslado de régimen pensional que el demandante Álvaro José Contreras Araujo, efectuó el 22 de noviembre de 1995, del régimen de prima media con prestación definida, del extinto Instituto de los Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad a la Administradora de fondos de pensiones y cesantías Colfondos S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Condenar a la Administradora de fondos de pensiones y cesantías Colfondos S.A., a realizar el traslado a Colpensiones de la totalidad de lo ahorrado por el demandante Álvaro José Contreras Araujo, en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, los rendimientos, y demás sumas de dinero recaudadas por dicha demandada, desde el 22 de noviembre de 1995, las cuales deben ser debidamente indexadas, a la fecha en que se realice el traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

Tercero: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, aceptar y/o activar la afiliación del demandante Álvaro José Contreras Araujo, y su traslado del Régimen de ahorro individual con solidaridad de la Administradora de fondos de pensiones y cesantías Colfondos S.A., para el Régimen de prima media con prestación definida de Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto: Declarar no probadas las excepciones perentorias opuestas por las demandadas Administradora de fondos de pensiones y cesantías

Colfondos S.A. y Colpensiones, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

Quinto: Se condena en costas a las demandadas Administradora de fondos de pensiones y cesantías Colfondos S.A. y Colpensiones. Se fija como agencias en derecho la suma de \$828.116 a favor del demandante.

Como consideraciones de lo decidido, adujo el sentenciador de primer nivel que, las administradoras de fondos de pensión tienen el deber profesional de suministrar al afiliado información suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado, razón por la cual, la carga de la prueba recae sobre la administradora, en la medida en que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla.

Señaló que es pacífico el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual la escogencia en la afiliación a pensiones debe ser libre y voluntaria, y que para que exista esa libertad, es necesario que haya una información previa al momento del traslado, que se traduce en una libertad cualificada e informada que avala la transición del régimen de prima Media al de Ahorro Individual.

Expuso que, se encuentra acreditado que el demandante estuvo afiliado al R.P.M.P.D. del ISS- hoy Colpensiones- y realizó su última cotización el 30 de noviembre de 1995, y el 22 de noviembre del mismo año se trasladó al R.A.I.S. administrado por Colfondos; y que adicional a ello el demandante afirmó en su demanda que le realizaron el traslado sin brindarle asesoría, información completa sobre las consecuencias, ventajas o desventajas del mismo.

Concluyo entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS, y retrotraer las cosas al estado en que se encontraban previo al traslado, por lo que Colfondos S.A. debe devolver los aportes por pensión, rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto por la CSJ en sentencias SL 17595-2017 y 4989-2018.

Aduce que, al ser la nulidad una conducta indebida de la administradora, esta debe asumir a su cargo las mermas sufridas en el capital destinado

a la financiación de la pensión de vejez, ya sea por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual o por los gastos de administración en que hubiesen incurrido, los cuales serán asumidos por la administradora a cargo de su propio patrimonio.

Respecto a la excepción de mérito de prescripción, propuesta por Colpensiones, puntualizó que el derecho pensional es imprescriptible, y aclaró que la acción de nulidad de traslado no está sometida al fenómeno de la prescripción, de conformidad con las sentencias SL 5470-2014, 361-2019, 1213-1988, 9373-2017.

Con fundamento en lo expuesto desestimó las demás excepciones propuestas por las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., condenando a éstas en costas.

4.1.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, presentó recurso de apelación, señalando que los fallos proferidos por la Sala de Casación Laboral desconocen la normatividad aplicable, por lo que solicita que no se apliquen sus disposiciones. Esgrime que, respecto a la carga de la prueba, se hace caso omiso a que hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y el consentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes entre el año 1994 y 2016 no exigían nada distinto al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS.

Alega que no es jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia la hace la CSJ y eso desvirtúa el principio de confianza legítima y también desconoce el art 29 de la Constitución Política.

Indicó que los fallos proferidos por la CSJ también contrarían el art. 1604 del Código civil, puesto que su interpretación implica una responsabilidad objetiva en cabeza de los fondos, al no exigirle al demandante aportar soportes que demuestren la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, recayendo toda la carga

probatoria en el fondo. Además, se desconoce el régimen de protección al consumidor financiero según el cual el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de pertenecer al régimen seleccionado, y en el presente caso se trata de un silencio de más de 20 años.

Arguye que tampoco se tiene en cuenta el art. 1509 y 9 del Código civil, según los cuales la ignorancia de la ley no sirve de excusa y el error de derecho no da lugar a la declaratoria judicial de nulidad de un negocio jurídico, por lo que la parte que lo cometió debe asumir las consecuencias de su celebración.

Que no se puede perder de vista, que no necesariamente el afiliado estuvo mal asesorado, puesto que factores adicionales a la mala asesoría pudieron afectar la cuantía de su mesada pensional, y ello no implica un daño, porque no existe dolo, fuerza o engaño, situación que escapa de la orbita del fondo privado y escapa de las responsabilidades de Colpensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.- De conformidad con el numeral 1 del literal b), del artículo 15 del código de procedimiento laboral y de la seguridad social, la Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, así que, agotado el trámite de la instancia y reunidos los presupuestos de demanda en forma, capacidad para ser parte o para obrar en el proceso, a lo cual se suma que no se aprecian causales de nulidad que vicien lo actuado, procede decidir de fondo.

Con la expedición de la Ley 712 de 2001, varió sustancialmente, el tema de competencia del *a quem* en lo referente al recurso de apelación, que sea propuesto en contra de las sentencias de primer grado, toda vez que de acuerdo con su artículo 35, por medio del cual fue adicionado el artículo 66A del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad social, es a las partes a quienes corresponde delimitar expresamente las materias a que se contrae expresamente ese recurso.

Sin embargo, aquellos puntos que no fueron objeto de reparo por las gestoras serán estudiados en el grado de consulta, en cuanto le sean

adversos a Colpensiones, según lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, por tratarse de una institución de la cual es garante el Estado.

6.- Teniendo en cuenta los asuntos objeto de recurso, lo que debe determinar la Sala, es si tuvo razón el juez de primera instancia, en declarar la nulidad del traslado del demandante al régimen pensional de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello ordenar la devolución a Colpensiones de todos los valores recibidos por el Colfondos S.A. en los términos que lo hizo.

7.- Para resolver el debate planteado, se debe tener en cuenta inicialmente lo siguiente:

- Que Álvaro José Contreras Araujo se encontraba afiliado en pensiones en el Instituto de Seguros Sociales desde el 9 de abril de 1983.

- El demandante solicitó vinculación y/o traslado de Régimen para el Fondo de Pensiones Colfondos S.A, el 22 de noviembre de 1995.

- El 31 de enero de 2020 el demandante presentó solicitud ante Colpensiones, a fin de retornar nuevamente al RPMPD, obteniendo respuesta negativa adiada 14 de febrero del mismo año.

8.- El artículo 13 de la ley 100 del 1993, establece la libertad de escogencia de régimen pensional, así como, los presupuestos básicos para la procedencia de traslado entre los regímenes:

“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

(...)

b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. 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.

(...)

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente 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 de vejez; (...).”

8.1.- En relación con las características «*libre y voluntaria*» de la selección de régimen, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en señalar que la información precisa, es un elemento esencial de la libertad en la toma de la decisión, lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su acogimiento, así en sentencia SL1688-2019, reiterada en SL 25953-2021 expuso:

“En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).”

Así mismo, ha sido criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia que:

“la simple firma del formulario de afiliación al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, 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, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento exento de vicios, pero no informado” (SL2877-2020 reiterada en sentencia SL 3708-2021)

De conformidad con los anteriores pronunciamientos, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, carga que le incumbe a la administradora de pensiones.

En el presente asunto, si bien consta que el actor se afilió al R.A.I.S. administrado por Colfondos S.A. desde el 22 de noviembre de 1995, se echa de menos prueba que acredite que el aludido fondo privado hubiera cumplido el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus

posibles consecuencias futuras, a pesar de que dicha carga le correspondía.

Así las cosas, como la AFP Colfondos no logro acreditar el cumplimiento de su deber de información al accionante, de ello se extrae que fue esa la causa que lo llevó a tomar una decisión de traslado desconociendo sus consecuencias.

8.2.- Es pertinente señalar que la Corte también ha explicado que con el paso del tiempo el nivel de información ha alcanzado un mayor nivel de exigencia, identificándose tres etapas que – conforme a las normas que han regulado el tema-, abarcan tres períodos: i) desde 1993 hasta 2009, ii) desde 2009 hasta 2014, y iii) de 2014 en adelante.

La evolución normativa de tales periodos, fue sintetizada en sentencia CSJ SL 1452-2019 reiterada en SL896-2022, así:

Etapas acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

consejo y doble asesoría.	Circular Externa n. 016 de 2016	
---------------------------	---------------------------------	--

De acuerdo con la fecha en que el accionante migró del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, esto es, en noviembre de 1995, la obligación de la AFP Colfondos S.A. se enmarca dentro del primer período, durante el cual la obligación consistía en suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que le resultara más favorable.

Lo anterior, de conformidad con el ya reseñado literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993 «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, dispuso en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de «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».

Entonces, las AFP desde su creación y entrada en funcionamiento tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante el suministro de información suficiente y transparente, a fin de que el afiliado contará con los elementos suficientes para elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Así las cosas, contrario a lo alegado por el apelante, la obligación de información no se constituye en una carga adicional, sino simplemente en un deber de la administradora desde el momento de su constitución.

No obstante, como quiera que, en el presente asunto, la AFP Colfondos S.A. no acreditó haber suministrado información veraz, idónea y transparente al afiliado al momento de la firma del formulario de traslado de fondo, de ello deviene incumplida la obligación de información por parte de la AFP Colfondos.

8.3.- De otra parte y en lo que hace a la carga de la prueba en los casos de ineficacia del traslado de régimen pensional, correspondía a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones del RAIS, demostrar la diligencia, cuidado y buena fe en el cumplimiento del deber de información a su cargo,

así como su acreditación. Al respecto, en sentencia CSJ SL2601-2021 en la que se rememoró la SL1688-2019, se indicó:

“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.

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.”
(CSJ SL1688-2019)

De la jurisprudencia transliterada, se extrae que en el presente asunto hay lugar a la inversión de la carga de la prueba, como quiera que el demandante alega un supuesto negativo, de ahí que sea la administradora de pensiones la llamada a desvirtuarlo mediante la demostración del hecho positivo contrario, esto es, acreditando haber suministrado la información que le exigía la normatividad al momento de ocurrencia del traslado, empero como en el presente caso la pasiva no lo acreditó, por tanto, las acusaciones del apelante respecto al presunto desconocimiento de la carga probatoria, resultan infundadas.

8.4.- En cuanto a las consecuencias de la inobservancia del deber de información, conviene recordar que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia, así mismo, la Sala de Casación Laboral, ha dicho que:

“la reacción del ordenamiento jurídico frente a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, por lo que, su examen debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al *status quo ante*, art. 1746 CC).” (CSJ SL3708-2021)

De ello deviene que, resulta equivocado el análisis de este tipo de asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, pues el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (SL1688-2019), razón por la cual, habrá de modificarse el numeral primero de la decisión de primer grado, en el sentido de indicar que lo procedente es declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad del mismo.

Así mismo, conviene puntualizar que yerra el apelante al pretender que en el presente asunto se aplique el principio de que “el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad de un negocio jurídico”, puesto que como ya se expuso en precedencia, la transgresión del deber de información cuando se realiza un cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia, pues si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, la misma quedará sin efecto, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL 1452-2019 - CSJ SL4360-2019).

También se ha dicho por la Sala que:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima”. (CSJ SL3708-2021)

En consecuencia, la orden emitida por el Juez de instancia de ordenar a la AFP Colfondos trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta del demandante, se torna acertada, no obstante, de conformidad con el pronunciamiento de la Sala de Casación

Laboral es pertinente discriminarlos adecuadamente, por lo que se modificará la orden emitida en el ordinal segundo, en el sentido de que Colfondos S.A. deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos.

De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Así mismo, corresponde a Colpensiones recibir los aludidos conceptos, tal como aquí se expuso, por tanto, corresponde modificar las ordenes emitidas en los ordinales segundo y tercero de la sentencia apelada.

8.5.- Ahora bien, alega el apelante que existen otros factores que pueden afectar la cuantía de la mesada pensional, sin que ello implique una mala asesoría, situación que no desconoce esta Magistratura, no obstante, no es ese el fundamento por el cual se declara la ineficacia del traslado, sino por cuanto, la AFP Colfondos no acreditó haber cumplido con su deber de información al momento de realizar el traslado de régimen del actor.

9.- Dado que no existen otros reparos, esta Colegiatura procederá a modificar los ordinales primero, segundo y tercero de la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, el 2 de agosto de 2021, por las razones aquí expuestas, en lo demás se confirma la decisión de instancia. Al no prosperar el recurso de alzada, las costas en esta instancia serán a cargo de la demandada Colpensiones, se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV, las cuales se liquidarán de forma concentrada por el juzgado de origen, en virtud del artículo 366 del CGP.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:** MODIFICAR los ordinales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida el 2 de agosto de 2021, en cuanto declaró la “nulidad” del traslado que hizo el actor del ISS a la AFP Colfondos, los cuales quedarán así:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de **ÁLVARO JOSE CONTRERAS ARAUJO** al RAIS, realizada el 22 de noviembre de 1995, 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 AFP **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. La citada AFP también deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; de los que podrá descontar los dineros que ya hubiese cancelado a Colpensiones con ocasión del cambio de régimen realizado por el actor el 22 de noviembre de 1995.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

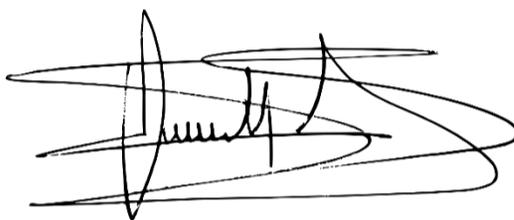
TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que reciba todos los valores que le sean trasladados por COLFONDOS S.A. correspondientes a los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, en los términos que aquí se expuso.

En lo demás se confirma la decisión de instancia.

COSTAS como se dejó visto en la parte motiva.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen una vez cumplidos los trámites propios de esta instancia. Déjense las constancias del caso en el sistema justicia siglo XXI.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE,



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado