TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL

Magistrado:	**JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso:	Ordinario
Radicación No.	25307-31-05-001-**2019-00482-01**
Demandante:	**JUAN BAUTISTA GORDILLO MORALES**
Demandado:	**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, Y OTRA**

En Bogotá D.C. a los **14 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 el recurso de apelación presentado por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot –Cundinamarca-, dentro del proceso de la referencia

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

JUAN BAUTISTA GORDILLO MORALES, demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A**., para que previo trámite del proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizó el actor en septiembre de 1999, por existir engaño, asalto en la buena fe y omisión al deber de información íntegra por parte del fondo privado de pensiones y en consecuencia se ordene el traslado o regreso del demandante al régimen de prima media con prestación definida, ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones se expone en la demanda que el actor nació el 1° de julio de 1952, para la fecha de presentación de la demanda contaba con 67 años, que inició su vida laboral el 1° de febrero de 1972, cotizando al régimen de prima media con prestación definida, para los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivencia de manera interrumpida hasta el 7 de octubre de 1998; que en el mes de marzo de 2000 funcionarios del fondo privado concurrieron al sitio de trabajo del actor –Distribuidora Tropihuila Ltda- ofreciéndole los servicios pensionales de dicho fondo, indicándole que para ello debía trasladar la totalidad que detentaba en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

Sostiene que dichos funcionarios no le explicaron los efectos y consecuencias que traía consigo el traslado de régimen. omitiendo su deber de información, amen que no le informaron el derecho de retracto que tenía y la pérdida de régimen de transición para realizar dicho cambio *"…En ese sentido resultaba necesario, y obligatorio que le fondo de pensiones le proporcionara … una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras…"*.

Precisa que existe contradicción entre las fechas que aparecen en el formulario de solicitud de vinculación y la constancia de afiliación que emite protección, pues en el primeo se registra como fecha de solicitud de vinculación el 1° de marzo de 2000 y en la constancia de afiliación que emite Protección, se refleja que el actor está vinculado desde el 30 de setiembre de 1999; indica que el demandante es beneficiario del régimen de transición por haber tenido más de 40 años para el 1° de abril de 1994 y además al momento de empezar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con más de 750 semana de cotización, teniendo exactamente un total de 943.86 semanas cotizadas; por lo que de no haberse afiliado sin información al RAIS, se hubiera podido pensionar el 1° de julio de 2012 con 60 años de edad y 1000 semanas de cotización bajo el Decreto 049 de 1990; sin embargo, debido al cambio sin consentimiento y sin la información suficiente, éste solo puede acceder al día de hoy a una devolución de saldos, la cual le ha ofrecido la AFP demandada en diferentes ocasiones *"…pero éste no ha querido aceptar pues es consciente de que debería encontrarse pensionado…"*.

Menciona que presentó solicitud de traslado a Protección y a Colpensiones los días 13 y 17 de septiembre de 2019, siendo resueltas de manera negativa el siguiente 19 del mismo ms y año, con radicados CAS-4992896- V3N3M6 y 2019_12571060, respectivamente; que en la actualidad el actor cuenta con 67 años, es una persona de la tercera edad, *"…lo que se traduce en una mengua de su fuerza de trabajo, por razones de salud, que hace que la expectativa a adquirir su derecho de pensión de vejez, se convirtiera en la posibilidad más efectiva de garantizarle una vida digna y un mínimo vital que le permita obtener por lo menos calidad de vida…"* (fl. 3 a 14 PDF 01 y el PDF 05).

La demanda fue presentada ante el **Juzgado Laboral del Circuito de Girardot – Cundinamarc**a, el 13 de diciembre de 2019 (fl. 3 PDF 01); autoridad judicial que inicialmente y con auto de 1° de julio de 2020 la inadmitió para que se corrigieran las irregularidades allí advertidas (fl.42 PDF 01); subsanadas las mismas, la admitió con auto de 15 de enero 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 612 del CGP (PDF 06).

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

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, dijo que se oponía a las pretensiones de la demanda, por considerar que el contrato de afiliación celebrado entre Colmena y luego con Protección y el demandante, es plenamente válido y produjo efectos jurídicos puesto que en él confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento del demandante ni se le ocultó información antes del momento de la firma ni al momento de afiliarse a Protección, decisión que contó con la suficiente ilustración del ahora demandante para entender la trascendencia de su decisión de manera que estuvo siempre exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por los asesores comerciales de las AFP, debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles

inquietudes respecto al RAIS, de manera que pudiera tomar una decisión libre, espontánea e informada.

Precisa en el acápite de HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, que la afiliación del demandante inicialmente a Colmena y luego a Protección fue libre y espontánea, por lo que no existe causal de ineficacia, que *"…COLMENA y PROTECCIÓN, tenía y tienen establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales, el cual consiste en darles todas las herramientas e información necesaria para que la asimilen, entiendan y estén en capacidad de darla a conocer a los posibles afiliados que soliciten su traslado de régimen o de administradora, sobre las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS) y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), garantizando que los mismos tomen decisión con información objetiva, veraz, suficiente y oportuna. Así mismo los trabajadores son quienes manifiestan de manera libre y voluntaria su intención de afiliarse al Fondo de Pensiones Administrado por mi representada…",* que *"…El demandante suscribió formulario de afiliación el día 30 de septiembre de 1999 a COLMENA, mediante el cual solicitó su traslado de régimen. COLMENA, hoy PROTECCIÓN entregó información objetiva a la demandante sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y su comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), con el fin de que la misma tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo ésta solicitar su traslado de administradora. …".*

Menciona que el formulario previsto por la AFP y suscrito por el demandante al momento de vincularse, se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto, pus conforme el artículo 11 del Decreto 692 de 1993 el formulario previsto por la Superintendencia Bancaria debe contener por lo menos los siguientes datos: "…*a) lugar y fecha, b) nombre o razón social y NIT del empleador, c) nombre y apellido del afiliado, d) número de cédula o NIT del afiliado, e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa, f) datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado…";* por tanto, existe un negocio jurídico válido, en el cual confluyeron todos los elementos requeridos para su validez y existencia.

Indica que el demandante solicitó su traslado al Protección el 1° de marzo de 2000, fecha para la cual *"…PROTECCIÓN y COLMENA eran entidades diferentes. El demandante recibió de PROTECCIÓN cálculo de sus mesadas pensionales comparadas en el RAIS y en el ISS, de 12 de julio de 2000, en cual claramente se le indicó que podría obtener una pensión en el RAIS de $288.778 y en el RPM de $330,412, tal como lo acredita el cálculo que cuenta con su firma, así como el anexo numero 2 a la afiliación suscrita con PROTECCIÓN, así como suscribiendo documento de 26 de julio de*

2000, conforme a la cual confiesa haber recibido asesoría por parte de mi representada. En consecuencia, el demandante no puede ahora alegar no haber recibido la asesoría requerida, puesto que era conocedor que, al permanecer en el RAIS, probablemente su mesada pensional sería inferior a la que podría obtener del RPM. Adicionalmente, la demandante no hizo uso del derecho de retractarse de las afiliaciones al Fondo de Pensiones administrado por mí representada, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, manifestando por escrito su decisión en ese sentido, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su vinculación…"; que el actor el 21 de enero de 2019, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, siendo actualmente procedente la devolución de saldos *"…de manera que este constituye un acto confirmatorio de su voluntad de permanencia en el RAIS y en un acto de relacionamiento, tal como lo ha señalado la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3752-2020, Rad. 73532, con ponencia de la Magistrada Ana María Muñoz Segura…".*

En su defensa, formuló los medios exceptivos denominados, validez de la afiliación a Colmena y Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, innominada o genérica (fls.1 a 9 PDF 11).

- **La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,** inicialmente respecto a dicha demandada, la juzgadora de primer grado consideró que la respuesta había sido allegada de manera extemporánea, razón por la cual con auto de 27 de agosto de 2021, tuvo por no contestada la demanda por parte de dicha entidad (PDF 14); quien en término presentó los recursos de reposición y en subsidio apelación para que se modificara la decisión (PDF 17); la juez de conocimiento, a través de proveído de fecha 11 de octubre de 2021, no repuso la decisión y concedió la alzada (PDF 20); esta Corporación mediante providencia de 14 de diciembre de la misma anualidad, al resolver el recurso de apelación, consideró que la contestación de la demanda fue presentada en tiempo y por consiguiente revocó la decisión de primera instancia y ordenó al juzgado proceder al estudio de la misma conforme lo dispuesto en el artículo 31 del CPTSS (PDF 11 Cdrno 02Apelación Auto).

Así, 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 42 años de edad pues nació el 1° de julio de 1952, 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 2019, el actor contaba con 67 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 afilados, 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 42 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 2008, 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 38 PDF 13)

II SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot - Cundinamarca, mediante sentencia del 30 de junio de 2022, decidió:

> *"(…)* ***Primero: DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN*** *del señor* ***JUAN BAUTISTA GORDILLO MORALES*** *a la* ***ADMINISTRADORA PROTECCIÓN,*** *desde el 30 de septiembre de 1999, 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 demandad****a ADMINISTRADORA PROTECCIÓN S.A****., a devolver en el término de veinte (20) días seguidos a la ejecutoria de esta sentencia, a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANDE PENSIONES COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor* ***JUAN BAUTISTA GORDILLO MORALES****, como la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones generadas en su cuenta de ahorro individual, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***Tercero: Declarar*** *que prospera la excepción de no procedencia a la condena de costas, propuesta por la* ***Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES",*** *conforme con lo expuesto*

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

Quinto: Condenar *en costas a la* ***ADMINISTRADORA PROTECCIÓN S.A.,*** *fijándose las agencias en derecho en la suma de $800.000 a favor de la parte demandante****.***

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

III. RECURSO DE APELACIÓN DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de Colpensiones, formuló y sustentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

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

No debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al RAIS, ni declarar la afiliación al Fondo de Pensiones Colpensiones, en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos tanto que el demandante efectuó aportes al fondo privado, adquiriendo obligaciones por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de mi representada; se evidencia también en el expediente que hubo por parte de Protección una asesoría al demandante y sin embargo, éste decidió quedarse ahí y no ejercer el traslado mucho antes de la prohibición.

Tenemos que en la sentencia SL4934 de 2020 y SL1061 de 2021 de la CST. con ponencia de la doctora Ana María Muñoz Segura, donde no casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá bajo los siguientes argumentos, me permito resaltarlos, abro comillas "…Se tiene que los traslados horizontales dentro de regímenes horizontales dentro del Régimen de Ahorro Individual, es decir múltiples cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones, reúnen los elementos propios de unos actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que la afiliada desea continuar en dicho régimen, aunque bajo la asesoría y beneficios que le pueda proveer otra administradora de pensiones, las cuales compiten entre sí…. Dichos comportamientos o actos de relacionamiento en los casos de afiliación pueden verse traducidos en acciones concretas de los afiliados tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018…".

En cuanto el traslado de los aportes y el rendimientos que ha generado el demandante, solicito al Tribunal Superior de Cundinamarca, en caso de confirmar la eficacia del traslado, ordenar a Protección reintegrar la totalidad de cotización, es decir recursos del fondo individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración, según se advierte en la sentencia SL del 8 de septiembre de 2008, radicado 31989; SL 17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL 1421 de 2019, radicado 56174.

También solicito al Honorable Tribunal, en caso de que sea confirmada esta decisión de primera instancia que no sea condenada en costas a mi representada, pues como lo dije en los alegatos de conclusión y que en la sentencia de primera instancia no fue condenada, nada tuvo que ver con el traslado ni la decisión del demandante de trasladarse a protección, pues para ese año no existía como esa obligación de la doble asesoría y poder asesorar al demandante y la decisión aparentemente fue libre y voluntaria, según lo preceptuado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003,

por lo que solicito que no sea condenada en costas a mi representada en caso de confirmar la decisión de primera instancia.

Por lo anterior, esos son mis alegatos, los ampliare una vez me corra traslado el tribunal. Por lo anterior, ruego a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca – Sala Laboral, que sean considerados los argumentos esbozados y en consecuencia sea revocada en las condenas impuestas a mi representada. Muchas gracias…" (Audio y acta de audiencia, PDFs 19 y 20).

La juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. 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, únicamente Colpensiones presentó alegaciones ante la Corporación, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y se condene en costas a la parte demandante; manifestando que en el evento de no atenderse dicha solicitud, de manera subsidiaria se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones al *"…previo cumplimiento de LA DEVOLUCIÓN de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante por la AFP, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM y gastos de administración, y los 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 participó en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entro 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 PROTECCIÓN 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 ***PROTECCIÓN S.A.*** *en* ***septiembre 1999,*** *según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de* ***septiembre de 2003.***

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 respetivos con destino al ahorro individual.

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

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

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

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

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

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

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

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

En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas…" (PDF 05 Cdno. 03SegundaInstancia).

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 la juez, o, por el

contrario, no hay lugar al mismo debiendo absolverse a las demandadas de las súplicas de la demanda como lo alega la recurrente; y de considerarse que si hay lugar a la ineficacia del traslado, si resulta procedente o no, ordenar el traslado de las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los bonos pensionales, sumas previsionales, y gastos de administración.

Al respecto, debe indicar la Sala 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 1999, 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.

Así, es preciso recordar entonces, 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

Ahora, 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).

También, 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).

En ese orden de cosas, no surge acertado el entendimiento de la recurrente 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 respectivo consentimiento informado que previamente otorgó el respectivo afiliado, siendo este un presupuesto de inversión de la carga probatoria en este tipo de litigios, estimándose que solo con tal acreditación lo dispuesto dentro de las actuaciones de traslado de régimen goza de plena validez.

En cuanto a lo anterior, considera la jurisprudencia que dentro de las circunstancias previamente narradas, surge el interrogante de cuál de los sujetos procesales es el llamado a demostrar la existencia de tal información?; y aunque en principio, conforme a lo establecido en el CGP se sabe que es el demandante quien tiene la carga de demostrar los supuestos de hecho de las normas cuyo efecto

jurídico pretende su aplicación, es igualmente cierto que si el demandante afirma que al momento de la afiliación no se le informó de manera adecuada las consecuencias del traslado, ello corresponde a una negación indefinida que, inmediatamente, traslada la carga probatoria a la demandada, para que demuestre el hecho positivo, inherente al cumplimiento de las exigencias legales del caso que no son otras que el deber de información al afiliado.

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

> ***"(…) 3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado****.*
>
> *Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.*
>
> *Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.*
>
> *En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo…".*

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

Bajo ese contexto, en el presente asunto, se advierte que la aquí demandante nació el 1° de julio de 1952 como se advierte de su cédula de ciudadanía (fl. 15 PDF

01); que cotizó para los riesgos de IVM al ISS de manera interrumpida entre el 1° de febrero de 1972 y el 31 de octubre de 1999 un total de 943.86 semanas, conforme el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones actualizado a 6 de septiembre de 2019 (fl. 17 a 24 PDF 01); que se afilió a PROTECCION S.A. el 30 de septiembre de 1999, según constancia expedida por dicho fondo el 10 de septiembre de 2019 (fl. 27 PDF 01), inicialmente a través de la AFP COLMENA , y el 1° de mayo de 2000 a la FP aquí demandada, según formato de SOLICITUD DE VINCULACION de la citada administradora, que aparece en el expediente (fls. 10 y 11 de PDF 11); pues tales situaciones fácticas no fueron objeto de reparo alguno por las partes.

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 el 1° de febrero de 1972 el demandante se afilió al Régimen de Prima Media administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIAL hoy COLPENSIONES, trasladándose el 30 de septiembre de 1999 como se ve al folio 10 PDF 11, en la contestación de PROTECCION S.A. está el documento, según solicitud realizada al fondo de pensiones obligatorias COLMENA hoy día PROTECCIÓN, y que el 1° de marzo de 2000 se trasladó de manera horizontal en el mismo régimen a PROTECCIÓN, organismo en el cual el demandante se encuentra afiliado en la actualidad; no obstante está a folio 27 del PDF 01, la certificación de PROTECCION por todo el período desde el 30 de septiembre de 1999 al fondo de pensiones obligatorias PROTECCION CONSERVADOR, dice la certificación aportada. Igualmente se observa que el demandante para la fecha del mencionado traslado del régimen pensional, era beneficiario del régimen de transición, pues de conformidad con la copia auténtica del documento de identidad aportado con la demanda, el señor JUAN BAUTISTA GORDILLO MORALES, nació el 1° de julio de 1952, razón por la cual al 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, 42. En ese contexto, para el caso 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 precedencia, respecto de la ineficacia del traslado y la inversión de la carga probatoria que recae en los fondos de pensiones, acerca del deber de demostrar que cumplió con la obligación de ilustrar al afiliado las ventajas, riesgos y consecuencias del traslado sin que cobre relevancia su condición de beneficiario del régimen de transición. En función de lo planteado, se debe decir que le incumbía a PROTECCIÓN principalmente probar que en el momento que el demandante se afilio al RAIS, el 30 de septiembre de 1999 atendiendo la constancia que se aportó al proceso, le proporcionó una información completa sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de los regímenes pensionales, lo que incluye exponer una eventual pérdida de beneficios pensionales entre ellos el 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 o adversos que acarrea el cambio de régimen, sin embargo, no lo hizo. Debe decirse que se hizo una asesoría, si bien eran entidades diferentes COLMENA y PROTECCIÓN, se hizo una asesoría en el 2000, donde todavía había oportunidad para el*

demandante y en esa asesoría debió analizarse ese tema, más que ahora responde PROTECCIÓN por la omisión de COLMENA en atención a tratarse hoy de la misma entidad. En efecto, véase que la administradora de fondos de pensiones privada solo aportó copia del formulario de SOLICITUD DE VINCULACIÓN de COLMENA, posteriormente una copia del formulario de PROTECCION, copia de la asesoría pensional, un comparativo de la pensión entre los regímenes de ahorro individual y prima media y una carta dirigida a la administradora aduciendo que se acoge totalmente a las condiciones presentadas al momento de la afiliación, la historia laboral; los cuales son insuficientes para acreditar que la mencionada entidad le proporcionó al accionante la información precisa donde se determinara los alcances positivos y negativos de la decisión del traslado, ya que la simple manifestación de la voluntad del afiliado acerca que realizó de manera libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de administradora de pensiones de ningún modo suple la obligación que el fondo tenía en su momento de analizar y explicar de manera debida la situación del demandante, en orden a procurar una decisión informada con datos veraces, además cabe advertir que de los documentos aportados por PROTECCIÓN, de ningún modo reemplaza la información que debió entregarse al demandante al momento de afiliarse… Por otra parte, se debe decir que el hecho de que el accionante hubiere estado afiliado al RAIS y efectuado un cambio de afiliación entre administradoras de pensiones privadas, esa situación en absoluto puede apreciarse como una voluntad orientada a ratificar el inicial traslado del régimen de prima media, puesto que como lo ha explicado la jurisprudencia laboral que se citó, la carencia de eficacia del régimen pensional nunca se convalidad 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, la AFP PROTECCIÓN 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 hubiera recibido la asesoría completa de la pérdida de los beneficios del régimen de transición, teniendo en cuenta que la certificación a folio 27 PDF 01, hace constar la afiliación a PROTECCIÓN desde el 30 de septiembre de 1999, coincidiendo con el formulario visible a folio 10 PDF 11 de la contestación de PROTECCIÓN S.A. Debe decirse que si bien, allega PROTECCIÓN un documento visible a folio 12 PDF 11 de la contestación, denominado ASESORIA PENSIONAL PROTECCION COMPARATIVO DE LA PENSION ENTRE LOS REGIMENES DE AHORRO INDIVIDUAL Y PRIMA MEDIA, en ellos se advierte un monto de la pensión muy similar en ambos regímenes, con la misma edad, en un porcentaje del 76% en el RAIS y del 90% en el de PRIMA MEDIA, o sea, ya los porcentajes varían, y puede que esto no sea representativo para el demandante: no obstante, no está la información de la pérdida del régimen de transición que es más relevante todavía respecto al monto, porque no se trata de una diferencia considerable en el monto, es mínima, sino del momento en el cual podía empezar a disfrutar la pensión; teniendo en cuenta que en efecto el demandante tenía más de 40 años al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, que al momento del Acto Legislativo 01 de 2005, 1° de julio (sic), contaba con más de 750 semanas, como se evidencia en la prueba documental, concretamente tenía 943.86 semanas, razón por la cual no perdía el régimen de transición, que además cumplió la edad en el 2012, los 60 años, antes de que se terminara el límite temporal para preservar el régimen de transición, que era en el 2014, lo que le permitía en el régimen de prima media pensionarse a los 60 años, con 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los requisitos o 1000 semanas en todo el tiempo de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, Decreto 758 del mismo año, acreditándose

que las cumplía hasta febrero de 2012 según el folio 27 PDF 11; mientras que en el RAIS solo podía pensionarse cuando tuviera la densidad de semanas exigida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 14 de la Ley 797 de 2003, 1150 semanas, le hacen falta casi 100 semanas para pensionarse. De conformidad con lo anterior, es claro que el demandante cotizó para el SEGURO SOCIAL 946.71 semanas, a PROTECCIÓN 119.71, que sumadas dan 1.066.42 cotizadas en los últimos 20 años, habiéndose consolidado probablemente su derecho pensional el 1° de julio de 2012 de haberse quedado con el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA. Se reitera, brilla por su ausencia, la explicación completa al demandante de la pérdida del régimen de transición, la oportunidad de pensionarse una vez cumpliera la edad desde el 2012 con la densidad de semanas para pensionarse con el régimen de transición, mientras que el en RAIS hubiera tenido que cotizar 100 semanas más a hoy no cumple los requisitos, ni siquiera hoy par apensionarse con el régimen de ahorro. Así las cosas, se declarará la ineficacia de la afiliación del señor JUAN BAUTISTA GORDILLO MORALES al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS, o más bien, que siempre estuvo afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA…"

En ese orden de cosas, observa la Sala que, no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral para predicar la legalidad del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que el demandante, antes de trasladarse a la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A. el 30 de septiembre de 1999, 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 PENSONES OBLIGATORIAS de COLMENA, en el que aparece la firma del actor en el aparte denominado *"…VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACION…"* con el siguiente texto: *"…DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994 ARTÍCULO 11.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 CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA AIG PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS…"* (fl.10 PDF 11).

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia que la demandante hubiere firmado el formulario pre - impreso de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; con ello no se garantiza el deber de información que le

asistía a la respectiva administradora de pensiones del Régimen de Ahorro Individual, para entender satisfecha tal obligación por parte del fondo de pensiones, pues estando de por medio el derecho constitucional irrenunciable a la seguridad social, acorde con lo adoctrinado por la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era necesario que se le hubiese explicado concretamente a éste, entre otros aspectos, las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, la proyección de la pensión en ambos regímenes, los aspectos favorables y desfavorables de adoptar tal decisión, entre otros situaciones, circunstancias que no se dieron, como quiera que no se encuentran acreditadas en el plenario, correspondiendo la carga de la prueba de las mismas a la parte accionada, conforme lo establecido por la jurisprudencia laboral[1].

Y es que si bien la APF accionada -PROTECCIÓN, cuando el actor se trasladó de COLMENA conforme el formulario de folio 11 PDF 11, le efectuó una ASESORIA PENSIONAL, haciendo un COMPARATIVO DE LA PENSIÓN ENTRE LOS REGIMENES AHORRO INDIVIDUAL Y PRIMA MEDIA el 12 de julio de 2000 (fl. 12 PDF 11); que el actor en comunicación de 26 de julio de la misma anualidad -2000-, señaló al fondo *"…que me acojo totalmente a las condiciones presentadas en el momento de mi afiliación al Fondo, de acuerdo a la asesoría brindada y exonero a PROTECCION S.A. de cualquier perjuicio que ésta situación me llegare a causar …"* (fl. 12 PDF 11), y en el ANEXO 2, registra que se encontraba en el régimen de transición (fl. 14 PDF 11); ello no es suficiente para considerar que la AFP inicial –COLMENA- cumplió con su deber de información, dado que no se advierte que al actor el 30 de septiembre de 1999 se le hubiere suministrado la información necesaria y suficiente para tomar esa decisión; yla que no puede ser convalidada con la asesoría realizada por la aquí demandada, dado que las actuaciones posteriores no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, pues ésta no se sanea como la nulidad *"…precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz… "* (Sent. CSJ SL1055-2022, Radicación No. 87911 de 2 de marzo de 2022).

[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.

Aunado a lo anterior, a manera de ejemplo, adviértase que la asesoría brindada tampoco fue completa o suficiente, dado que no aparece acreditado que se le explicara que en esa fecha –la de la asesoría- aun podía retornar al régimen de prima media con prestación definida, ni que concretamente se le indicara sobre la pérdida del régimen de transición que señaló éste en la información suministrada a la AFP lo cobijaba, es decir que no se le explicó que de seguir en el RAIS ya no se podía pensionar a los 60 años de edad, que tendría que reunir una densidad mínima de cotización según el artículo 65 de la ley 100 de 1993, que incluso a la fecha de presentación de la demanda no alcanza a completar; dado que no aparece evidencia de esas situaciones; aspectos que en el caso del demandante tenía una implicación relevante respecto a la fecha en que podía eventualmente obtener su estatus de pensionado, es decir que no se le brindó esa información transparente, completa, detallada en relación con su situación particular, dado que el actor aseveró en el interrogatorio de parte que no se le manifestó nada al respecto, y se reitera no se advierte de la documental adosada por la accionada, que esa información se le hubiere suministrado.

Así las cosas, el hecho que el actor hubiere efectuado un traslado horizontal entre AFPs privadas, y realizado los aportes respectivos, no pueden ser considerados como comportamientos o actos de relacionamiento que ratifican la voluntad de permanencia en ellas como lo señala la recurrente, al traer a colación las sentencias SL4934 de 2020 y SL1061 de 2021, pues posteriormente la Corte Suprema de Justicia, precisó que tal situación *"…no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado…"* (Sent. CSJ SL5686-2021, Radicación No. 82139 de 6 de octubre de 2021 y la SL5686-2021); también sostuvo que *"…Los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con la información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un*

acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial…" (Sent. CSJ SL1055-2022, Radicación No. 87911 de 2 de marzo de 2022), agregando en dicho pronunciamiento *"…Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera,* ***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. Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias...****"* (resaltado fuera de texto).

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 el asesor de la AFP COLMENA, en el año 1999, le indicó que era lo mejor que había, que los hicieron inscribir con promesas que era como los mismo que si estuviera en el ISS, y que se podía pensionar en 10 años, por eso se trasladó, que no le refirieron nada sobre el régimen de transición, ni le explicaron cómo iba a obtener su pensión, ni otra información sobre el particular; y es que se reitera, la firma en el formato preimpreso que suscribió el actor del AFP COLMENA (fl. 10 PDF 11),, 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 17 de septiembre de 2019, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con más de 67 años de edad y por tanto se encontraba inmerso 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 COLMENA hoy PROTECCION 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 30 de septiembre de 1999, cuando tenía 47 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 recisión 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 recalcarse 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 PROTECCION 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 hacer mención alguna a los dineros correspondientes a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima individual, ni lo relativo a la redención de eventuales bonos pensionales, como lo recalca la recurrente.

Sobre este aspecto, decirse que aunque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar por cuanto ordenaba repartirlo, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y el resto del aporte se destinaba para el pago de la pensión de vejez, dicha norma fue modificada por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003 que, si bien no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, sí lo hizo en el régimen de ahorro individual, por lo que a partir de ese momento frente a este último régimen un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% está destinado a financiar la pensión de vejez, lo que genera que el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media sea mayor que en el de ahorro individual, por lo que lógicamente se afectaría la sostenibilidad financiera de Colpensiones al producirse el traslado de régimen en las condiciones determinadas por la a quo, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 510 de 2003, compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016, dichos recursos del fondo de garantía de pensión mínima los manejan las AFP en una subcuenta separada, por lo que en ese orden, debe darse aplicación al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que preceptúa que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, como la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de la AFP PROTECCION 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, adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que la AFP PROTECCION 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, por valor de $38.902.072, con fecha de redención el 01/07/2014 (fl. 15 PDF 11); precisando que las sumas dispuestas deberán reintegrarse con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, como lo dispuso la CSJ en sentencia SL5686-2021; es decir debe trasladar todos los aportes sufragados por el demandante, con los rendimientos obtenidos y demás conceptos en que se distribuyeron o repartieron dichos aportes durante el tiempo que estuvo afiliado el actor al RAIS, ya que debieron ser recibidos por el ISS en su momento, hoy Colpensiones, dado que al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia legal es que las cosas vuelvan o se retrotraigan a su estado inicial, ya que *"…desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima…"* (Sentencia CSJ SL2209-2021, radicación No. 87777 de 26 de mayo de 2021); esto por cuanto Colpensiones es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

En 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" …".*

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 alguna diferente a las que por ley le compete.

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

Sin condena en costas en esta instancia, habida consideración que prosperó parcialmente el recurso impetrado.

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 30 de junio de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot – Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **JUAN BAUTISTA GORDILLO MORALES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A**., en el sentido de indicar que la **AFP PROTECCION 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.

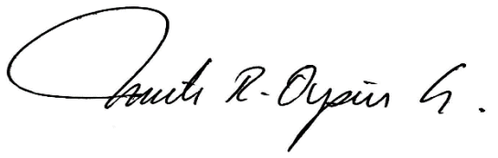
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás.

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