

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **25899-31-05-001-2022-00129-01**
Demandante: **LUIS EDUARDO RIVERA GÓMEZ**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, Y OTRO**

En Bogotá D.C. a los **12 DIAS DEL MES DE DICIEMBRE DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022. Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por el demandante y la accionada Colpensiones, contra la sentencia proferida el 28 de junio de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá –Cundinamarca-, dentro del proceso de la referencia

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

LUIS EDUARDO RIVERA GÓMEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, y **ADMINISTRADORA DE**

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 30 de septiembre de 1994 a Protección S.A., por haber existido engaño y asalto en la buena fe para que por medio de promesas inciertas se trasladara al Régimen de Ahorro Individual al que pertenece dicha administradora; en consecuencia, ordene a Colpensiones registrar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado en virtud del regreso automático; se ordene a Protección S.A., reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado del accionante, sobre la devolución de los aportes a pensión efectuados durante el tiempo que permaneció cotizando a dicho régimen, la actualización de las sumas adeudadas, lo que resulte ultra y extra petita, y costas.

Como fundamento de las peticiones se expuso en la demanda y su subsanación, que el actor laboró con la Rama Judicial –Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá- entre el 21 de julio de 1982 al 31 de agosto de 1995, que los aportes a pensión entre la fecha de ingreso a laborar hasta el 30 de septiembre de 1994 fueron asumidos por Cajanal Pensiones, entre el 1° de septiembre de 1995 al 31 de enero de 2006, no efectuó aportes o cotizaciones a pensión, desde el 1° de febrero de 2006 a 31 de mayo de 2019, realizó aportes a Protección S.A., vinculado con la Defensoría del Pueblo, y desde el 1° de junio de 2019 a la fecha de presentación de la demanda continuó aportando a dicho fondo privado; que encontrándose laborando como Oficial Mayor del Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá,

acudieron al juzgado los asesores de Davivir S.A. hoy Protección S.A., el 30 de septiembre de 1994, quienes “...con promesas de obtener su pensión a los 47 años de vida y ofreciéndole una pensión del 95% de su salario para la fecha de pensión, y asegurándole que así procedería a obtener una excelente mesada pensional, circunstancia que indudablemente vulneró la psiquis de mi patrocinado fue como, procedió de esta forma, bajo esas falsas promesas a firmar el traslado al fondo privado, eventualidad que hoy en día lo tiene perjudicado económicamente y en el momento de obtener su pensión, pues su mesada será muy inferior que la que le prometieron en aquel entonces y a la edad de 62 años, no de 47 como erradamente le prometieron sucedería...”; que el asesor nunca le refirió que existía la posibilidad de una doble asesoría consistente en consultar en las dos entidades sobre los pro y los contras de cada fondo, para que la decisión fuera libre y voluntaria de mantenerse en una de ellas o trasladarse a la otra, según sus beneficios, por el contrario le aseguró que el hecho de pasarse a ese fondo privado obtendría una pensión superior a la de Colpensiones y que su edad de pensión sería diferente (mucho antes) de la que se exige en ésta, “...circunstancias que generaron gran expectativa en mi poderdante, más si se tiene en cuenta que para ese momento NO EXISTÍA CLARIDAD DE LO QUE IMPLICABA TRASLADARSE A UN FONDO PRIVADO, y es allí donde mi representado decide firmar y trasladarse, bajo las falsas promesas y la falta de información que debidamente debió suministrarse previo a la decisión de firmar el traslado...”; que los citados argumentos expuestos por el asesor del fondo –Carlos Alberto Luna código FDV 815, quien aparece firmando el formado de SOLICITUD DE VINCULACION, y “...ante la excelente oferta a mi representado es claro que vicio su consentimiento al proceder a prometer unas eventualidades imposibles e cumplir, como era la edad de jubilación y el porcentaje sobre el cual obtendría su pensión, pero que ante la insistencia y ofrecimiento

de este asesor, mi representado procedió a firmar la vinculación a ese fondo, indudablemente sin dársele la oportunidad de cotejar los beneficios de una y otra administradora...”; sostiene que las maniobras y promesas engañosas del asesor del fondo, transgredieron ostensiblemente la voluntad del accionante, al punto de generarle una expectativa que en la realidad nunca se daría, pero que por carecer en ese momento del conocimiento de lo que eran los fondos privados de pensión, procedió a firmar y aceptar el traslado; que conforme a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, la parte demandada deberá probar que cumplió con la debida asesoría, que la información era veraz, suficiente y oportuna respecto al cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo, “...deberá probarlo la parte demandada, que así lo hizo, que lo cumplió y que fue la decisión de mi representado afiliarse a ese fondo privado de una manera libre y voluntaria y debidamente asesorado y a pesar de habersele informado debidamente si así lo demostrare que se tomó esa decisión...” (fls. 2 a 22 PDF 05).

La demanda fue repartida al **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca**, el 10 de mayo de 2022 (PDF 02); quien inicialmente con auto de 16 de junio de 2022, procedió a inadmitirla para que se corrigieran las falencias allí advertidas (fl. 78 PDF 05), luego de subsanada la misma (fls. 2 a 22 PDF 05), la admitió con auto de 7 de julio de 2022, disponiéndose la notificación a la parte demandada en los términos allí indicados, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo previsto en el artículo 612 del CGP (PDF 07).

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

- **La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, con oposición a las pretensiones toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información), por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad 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 el DEMANDANTE no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no precedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual reza *“...Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuándo le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”*.

En el capítulo de RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO, sostiene que para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorno, contaba con 58 años de edad, encontrándose dentro de la prohibición legal conforme el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el apartado 13 de la ley 100 de 1993; además que aquel no hizo uso del derecho de retracto, el cual da al afiliado la posibilidad

de dejar sin efecto su elección en cualquiera de los dos regímenes dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual haya manifestado por escrito la correspondiente selección; aunado que cuando se trasladó al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa, ya que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1° de abril de 1994, el demandante contaba con 33 años de edad y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicios para querer regresar al RPM en cualquier tiempo, por lo que no está amparado por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media.

También considera que no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del C.C., que establece que es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento. Pues conforme el artículo 1750 ídem, tenía un plazo de cuatro (4) años, vale decir hasta el 2007, 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 ibídem., 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 ahorro individual.

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación

definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la “innominada o genérica” (fls. 2 a 34 PDF 09)

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, dijo que se oponía a las pretensiones de la demanda, por considerar que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que conforme al formulario de vinculación que suscribió el señor Luis Eduardo Rivera Gómez, dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado; que la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto válido y existente; menciona que no puede prosperar la pretensión de nulidad del traslado como pretensión principal, ya que el acto jurídico celebrado entre la demandante y la entidad cumplió con todos los requisitos

de existencia y validez y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos derivados de este; tampoco es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga NULA la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80, y 81 y en los decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia, entre éstas la 1555 y 3099 de 2015, normatividad exequible a la fecha; por tanto, la parte actora, no puede pretender la declaratoria de una NULIDAD soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que, un acto es nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica de un acto jurídico, pues si la favorabilidad en el valor de la mesada se evidenciara respecto del RAIS se tornaría entonces en válida y eficaz su afiliación a este régimen.

En el capítulo de **FUNDAMENTOS DE DERECHO Y RAZONES DE DEFENSA**, sostuvo que el demandante pretende hacer ver que el acto jurídico de afiliación a la entidad, está viciado de NULIDAD Y/O INEFICACIA, pero una afirmación de este talante no puede estar más alejada de la realidad, pues pone de presente que todas sus actuaciones están y siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas a esta Administradora de Fondos de Pensiones lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la ley 100 de 1993; lo que se acredita con el formulario de afiliación mediante el cual el demandante manifestó su voluntad de continuar perteneciendo al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del

consentimiento, que todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el decreto 692 de 1994 art. 11 y ss.; manifiesta que brindó una asesoría completa, clara y comprensible al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento.

Que además, se ha caracterizado siempre por capacitar a sus asesores de la mejor manera para que puedan brindar una asesoría clara, completa, integral, pero sobre todo profesional sobre el Régimen de Ahorro Individual y sus efectos; además, dentro de la información que se le ofrece a los afiliados a Protección S.A., se les indican temas como: la posibilidad que tienen de optar por una pensión a una edad anticipada, siempre y cuando cuenten con capital suficiente que les permita financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente al año de 1993, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993; la figura de la Garantía de Pensión Mínima de Vejez a la que tienen derecho en el evento de no cumplir con el capital requerido, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la ley 100 de 1993; Igualmente, se les da a conocer la posibilidad de obtener unos excedentes de libre disponibilidad, el factor herencia del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual a falta de beneficiarios de Ley, entre otras característica; así como se le entera sobre las implicaciones que apareja su afiliación a la AFP y los aspectos diferenciadores respecto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Reitera que la afiliación del actor se hizo de forma voluntaria, manifestando su consentimiento con la suscripción del formulario, luego de habersele brindado la asesoría pertinente para la toma de la decisión *“...y no solamente eso, sino que además EL DEMANDANTE es una persona con capacidad de entendimiento por lo que cuenta con todas las herramientas necesarias para tomar una decisión acertada respecto a un tema tan importante como lo es su futuro pensional y en ese sentido dicha decisión de afiliación estuvo claramente exenta de cualquier vicio del consentimiento...”*.

En su defensa, presentó las excepciones de mérito o fondo denominadas: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la “Innominada o Genérica” (fls. 2 a 20 PDF 10).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá (Cundinamarca), mediante sentencia del 28 de junio de 2023, decidió:

“(...) DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual del señor LUIS EDUARDO RIVERA GÓMEZ, que se produjo el día 30 de septiembre de 1994.

De conformidad con lo anterior, se CONDENA a la AFP PROTECCIÓN S.A. a reconocer y trasladar los saldos de la cuenta de ahorro individual del señor LUIS EDUARDO RIVERA GÓMEZ, así junto con los gastos de administración a COLPENSIONES.

Y se ORDENA a COLPENSIONES, que asuma al aquí demandante como afiliado del mencionado Régimen de Prima Media, y evidentemente deberá la administradora AFP PROTECCION S.A. restituir esos saldos en favor de COLPENSIONES.

Se ABSUELVE a las demandadas AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES de las restantes súplicas de esta demanda...”
(Audio y acta de audiencia, PDFs 25 y 26).

III. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES:

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, formuló y sustentó el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(…) Gracias Señoría, dada la oportunidad, me permito interponer muy respetuosamente recurso de apelación contra la sentencia proferida.

Fundamento el presente recurso en lo que se ha sustentado a lo largo de este proceso, en la normatividad y jurisprudencia contemplada en el artículo, o el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 del año 2003, sentencia SU-130 del 13 de marzo de 2013, sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, sentencia C-062 de 2010, sentencia T-168 de 2009 emanada por la Corte Constitucional, mediante la cual se centran los requisitos o condiciones establecidos para el regreso de una persona que ha efectuado su traslado del Régimen de Prima Media al RAIS y pues pretende su regreso al mismo.

Como quiera que, como se ha sustentado anteriormente, como quiera que la parte actora no cumple estos requisitos o condiciones establecidos en dichas jurisprudencias y normatividad, solicitamos de manera respetuosa al Honorable

Tribunal, se revoque en su totalidad la sentencia proferida y en lo contrario, pues absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de esta demanda.

Por otra parte, y sin que se entienda aceptación o allanamiento a la sentencia proferida en caso pues de que no se acceda a la solicitud de revocatoria dela sentencia, solicitamos también al Honorable Tribunal de manera respetuosa pues, que en el evento en que se confirme la sentencia, se orden también al Fondo Privado pues que reintegre o que devuelva a mi representada todos los valores que tenga que ver con relación a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje también destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado y con cargo a recursos propios.

Con base en lo anterior, pues dejo sustentado mi recurso de apelación y pues espero que su Señoría pues conceda el (sic), o se remita la sentencia a la segunda instancia para que el Tribunal pues, examine el recurso de alzada. Muchas gracias...”

A continuación, el apoderado de la parte demandante solicita el uso de la palabra, concedida por la juzgadora de instancia, manifiesta:

“(...) si señoría muchas gracias, pues dentro de la oportunidad legal en el traslado pues yo manifestare las razones por las cuales no estoy de acuerdo con los argumentos de Colpensiones, pero debo decir delantamente que el argumento fundamento de la alzada por parte de Colpensiones, no es de recibo como quiera que al inicio de mi intervención se citaron las sentencias en línea jurisprudencial donde se tiene por decantado que no es necesario que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición.

De tal suerte que, queda sin peso y sin fundamento alguno el argumento de Colpensiones.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta como lo manifesté inicialmente, que como quiera que se está solicitando la ineficacia del traslado, se debe tener en cuenta que las consecuencias de la ineficacia es que ese acto jurídico se tiene como inexistente, es decir que nunca ha sucedido, es decir el

estado legal o el estatus legal de Luis Eduardo Rivera para el momento en que se firmó el formulario, pues va a permanecer como si no existiera, de tal manera que no le afecta si era o no era beneficiario del régimen de transición, que entre otras cosas no se le ilustró por parte del asesor comercial. De tal manera que Luis Eduardo Rivera Gómez no tiene por que soportar las consecuencias de un acto que no quiso, de un acto que no fue informado, de un acto que ignora, de un acto que calló el asesor en su momento.

En estos términos considero que está llamada al fracaso el recurso de alzada y solicito que delantamente estos argumentos se tengan en cuenta. Gracias Señoría...”

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 mediante auto de 31 de julio de 2023, para alegar; los apoderados de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y del accionante, presentaron alegaciones ante la Corporación, en los siguientes términos:

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se condene en costas a la parte demandante; manifestando que en el evento de no atenderse dicha solicitud, de manera subsidiaria se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones al “...previo cumplimiento de LA DEVOLUCIÓN de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante por la AFP, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM y gastos de administración, y los demás a que hubiera lugar, debidamente

indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos...”; mencionando:

“(...) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En primer lugar, debe señalarse, que no es ajeno a esta apoderada judicial, la actual postura de la H. Corte Suprema de Justicia frente de las nulidades e ineficacia de traslado, que incluso se viene aplicando por esta alta corporación vía tutela¹, sin embargo respetuosamente me alejo de dicho análisis, toda vez que la Corte Suprema de Justicia hasta hace muy poco, estuvo conformada por 5 magistrados que actualmente volvieron a ser 7, y de estos 5 las reglas creadas para ineficacia fueron dadas por dos magistrados, que nunca se ha pronunciado sobre los fuertes argumentos que esgrimen los fondos de pensiones y que si bien los fallos actuales de la Corte fundaron las bases de este nuevo precedente de las sentencias de 2008 de la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, los supuestos facticos de aquellas a los de ahora distan bastante, por lo cual ruego a la sala de decisión se tenga en cuenta los que paso a reiterar.

- I. Sobre la prohibición legal:*** *Al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba dentro de una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.*
- II. Sobre no acreditar vicios del consentimiento:*** *dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), ahora bien no nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la DEMANDANTE PROTECCION S.A, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad,*

que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

*No obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durara cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo en **Septiembre de 1994** según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de **Septiembre de 1998**.*

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 EMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizo el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que el DEMANDANTE durante todo este tiempo (diligenciamiento del formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda), ha consentido en que se le hagan los descuentos respectivos 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 2.003, hace más de 18 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 de la parte actora, quien suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado en 1.995 (sic).*

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

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

V. Sobre la descapitalización del sistema: *En sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslado, manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los*

recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

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

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

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

Por su parte, el vocero judicial del **demandante**, solicita se confirme en su totalidad de la sentencia, para lo cual sostiene:

“(…) FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

1. *Oralmente, la Demandada COLPENSIONES, por conducto de su apoderado formuló recurso de apelación contra la sentencia, aduciendo que como quiera que el demandante **NO ES BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN** previsto por la ley 100 de 1993, artículo 36, inciso 4° que establece que: “...Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, **no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro***

individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.”, se debe REVOCAR LA SENTENCIA por expreso mandato de dicha disposición.

2. *Al respecto la reiterada línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia contenida en las sentencias: SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, SL17595-2017, SL4989-2018, SL4964-2018, SL1452-2019, SL1421-2019 y SL1689- 2019 ha definido las siguientes reglas jurisprudenciales: (i) el deber de información está a cargo de las administradoras de fondos de pensiones (AFP); (ii) dicho deber implica brindar información respecto a los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen pensional; (iii) el consentimiento informado no se demuestra con la simple suscripción del formulario de Radicación n.º 89010 SCLAJPT-06 vinculación, por lo que las AFP deben allegar otros elementos de juicio que acrediten el suministro de información clara y veraz a los afiliados; (iv) el traslado entre administradoras del RAIS no convalida el acto viciado; (v) la acción de ineficacia del acto de cambio de régimen pensional «no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las mesadas», y (vi) no es necesario que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición, estar próximo a adquirir la pensión o tener un derecho consolidado.*
3. *Estando claro que el motivo de inconformidad del apelante único se centra en que para el presente caso no es aplicable el contenido del inciso 4º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por línea jurisprudencial, respetuosamente le solicito a los Honorables Magistrados se sirvan **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia apelada, con la correspondiente CONDENA en COSTAS...” (PDF 05 Cdno. 02SegundaInstancia).*

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, teniendo en cuenta los

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

Bajo ese contexto, corresponde a la Sala verificar, si se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó la juzgadora de primer grado, 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 la devolución de la sumas previsionales, y lo que aparece en el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas.

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

administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (artículo 12), respetándose entre ellas las reglas de libre competencia.

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

Ello significa, que las administradoras de fondos de pensiones, desde el momento de su creación o fundación, tienen el deber de ofrecer información a los usuarios del sistema pensional para que estos puedan adoptar su decisión de forma libre y consciente, mediante “...la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses...”; y es que, ese deber de información sin duda alguna repercute en el futuro pensional del usuario o afiliado; obligación que con el paso del tiempo se ha acrecentado, pues inicialmente se tenía el *deber de información necesaria* (artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003); luego, *la de asesoría y buen consejo* (artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010); y finalmente el de *doble asesoría* (Ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa No. 016 de 2016).

Por consiguiente, concierne a los jueces de la seguridad social determinar 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 1994, cuando ocurrió el traslado de régimen pensional del demandante, encontrándose en el primer periodo o estadio determinado por la jurisprudencia, conforme se indicó líneas atrás, y desde esa óptica determinar si el fondo de pensiones efectivamente cumplió o acató esa obligación de haber ilustrado al accionante, de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales.

También, dentro de las características de los sistemas pensionales se consagra como primordial que la vinculación sea *“...libre y voluntaria...”*, y para tal efecto, el afiliado *“...manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado...”*, y agrega tal norma que *“...el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley...”* (literal b art. 13 Ley 100 de 1993)

Respecto al enunciado *“...libre y voluntaria...”* contemplado en el citado artículo 13, la jurisprudencia laboral entiende que el mismo necesariamente presupone el conocimiento que debe tener la persona que decida afiliarse a alguno de los dos regímenes pensionales (RPM o RAIS), y eso solo se puede materializar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión. Sobre este punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: *“...que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando*

las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito...” (SL 12136 de 2014).

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

Frente a la *información necesaria* que menciona el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la jurisprudencia legal, entre otras, en sentencias CSJ SL1452 de 2019, reiterada en SL1689 de 2019; precisó que la misma debe contener “...la descripción de las

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

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

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

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

recientemente, las sentencias SL755-2022, radicado 90.519; SL756-2022, radicado 90.558 y SL800-2022, radicado 86.452.

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

regímenes, y es que materialmente ello no se puede extraer del citado documento.

De otra parte, debe recordarse que dentro de la dinámica de los procesos de ineficacia o nulidad de régimen pensional, conforme lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resulta indispensable que la respectiva administradora de pensiones demuestre dentro de la litis el correspondiente consentimiento informado que previamente otorgó el respectivo afiliado, siendo este un presupuesto de inversión de la carga probatoria en este tipo de litigios, estimándose que solo con tal acreditación lo dispuesto dentro de las actuaciones de traslado de régimen goza de plena validez.

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

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

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

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

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

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

Debe agregarse en este sentido que dicha Colegiatura en sentencia de casación SL4373-2020, Radicación 67556 de fecha 28 de octubre de 2020, precisó: “...En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de

pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional...”.

Bajo ese contexto, en el presente asunto, se advierte que el aquí demandante nació el 18 de diciembre de 1960, como se indica en la consulta afiliado de Protección S.A. (fl. 20 PDF 10); que desde el 1° de noviembre de 1981 se encuentra aportando al régimen de prima media, a través del entonces Instituto de Seguro Social entre el 1° de noviembre de 1981 al 1 de abril de 1982, 21.71 semanas, según reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls. 20 a 23 PDF 05), a Cajanal del 21 de julio de 1982 al 30 de septiembre de 1994, conforme constancia de la Coordinadora del Área de Talento Humano de la Dirección ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá – Cundinamarca DESAJBOCER19-2128 (fls. 24 a 35 PDF 05); que se afilió a DAVIVIR hoy PROTECCION S.A. el 30 de septiembre de 1994, según formato de SOLICITUD DE VINCULACION de la citada administradora, que aparece en el expediente (fls. 21 PDF 10); pues tales situaciones fácticas no fueron objeto de reparo alguno por las partes.

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

“...no hay duda que con las pruebas allegadas dentro del presente proceso el aquí demandante Luis Eduardo Rivera Gómez se afilió a Colpensiones el 1° de noviembre de 1981, de acuerdo con la prueba que obra en la documental allegada, se trasladó al Fondo Davivir hoy Protección el día 30 de septiembre de 1994, tal como obra dentro del expediente; debe decirse acá

dentro del mencionado proceso, que la parte demandada no logra demostrar con suficiencia que se le hubiese dado al demandante una información clara, veraz y oportuna; ya la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en su línea jurisprudencial en cuanto cuales son los requisitos y las implicaciones que tiene el deber de información.

Ya desde la SL19447 del año 2017, la SL1452 del año 2019 se ha venido sentando una línea jurisprudencial frente a la ineficacia del traslado y es claro que también se trata de una (sic), así como lo ha sostenido la Corte de una acción que por su naturaleza no está susceptible de la prescripción.

En el presente caso, claro es que acá la parte demandada no prueba haberse efectuado el deber de información y es claro que haber tenido una información clara, veraz y oportuna respecto de las condiciones pensionales que iba a asumir el aquí demandante en el Régimen de Ahorro Individual, como lo ha indicado la jurisprudencia el deber de información consagra cada vez un nivel mayor de exigencia, es así como se identificó tres etapas conforme a las normas que han regulado el sistema, las cuales clasifican en tres periodos a saber: desde el año 1993 hasta el año 2009, y desde el 2009 hasta el año 2014 y desde el 2014 en adelante; como lo indicó la jurisprudencia en su momento, la SL 1452 -2019, de acuerdo con ello debe exponerse el avance y el desarrollo de la obligación relativa al deber de información a cargo de la administradora de fondo de pensiones, suministrar información necesaria y transparente, de asesoría, buen consejo y doble asesoría; precisó también la Corte en su momento: preciso que antes de surtir el traslado de régimen de prima media con prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad la administradora privada de pensiones tiene el deber de brindar al afiliado información suficiente clara comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y la consecuencias reales de abandonar el régimen que se encontraba vinculado, entre ellas, la pérdida del régimen de transición.

Claro es que, como lo indicó también la jurisprudencia la información tiene que ser clara y suficiente y esto que implica, que debe darse todas y cada una, que no se calle lo negativo, no se calle lo neutro y solamente se brinde determinada información sin dar claridad realmente de cuáles son los efectos positivos o los efectos negativos de cambiarse de régimen.

En el presente caso, ya también lo ha indicado la Corte no es solamente suficiente brindar, que el demandante firme un formulario de afiliación como obra dentro del expediente, sino que tiene que corroborarse que efectivamente se le brindó una información clara y veraz. En SL 1688 y SL 689 del año 2019, la Sala señaló entre otros efectos de la declaratoria de ineficacia, que la acción de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible por eso ya se indicó que no es procedente la excepción de prescripción acá en el presente caso.

Como quiera que en este caso, no se demuestra efectivamente que el fondo hubiese dado una información clara, veraz, suficiente sobre las condiciones pensionales a las que se iba a ver abocado el aquí demandante y aun cuando se practicó interrogatorio de parte y se pudo (sic), es decir no puede tenerse como prueba lo indicado en aquí demandante como a favor suyo como confesión cuando dijo en el interrogatorio de parte que le habían indicado que iba a pensionarse con 47 años de edad y el 95%, esto si se debe valorar como declaración de parte, esto en la medida en que tampoco la parte demandada o el fondo cumplió con la carga probatoria de acreditar en qué condiciones de tiempo, modo y lugar se produce esa afiliación y si efectivamente al demandante se le brindó toda la asesoría y la información correspondiente.

Esto, entonces lleva necesariamente a concluir que para este estrado prospera lo correspondiente a la declaratoria de ineficacia del traslado que se produjo por parte del aquí demandante a Davivir hoy Protección el 30 de septiembre de 1994, y esto que conlleva que Colpensiones deba asumir como afiliado al aquí demandante, que Protección deba restituir de la cuenta los rendimientos y los aportes o los dineros que obren en cuenta individual dela parte demandante. El Despacho es de la postura que no deben devolverse lo que corresponde a primas o que se hubiesen generado en virtud de los seguros provisionales, esto en razón a que efectivamente las primas se devengan a medida que va transcurriendo el riesgo, entonces solamente se ordenará la devolución del saldo que obre en la cuenta junto con los gastos de administración en los que hubiese incurrido la (sic), o que hubiesen sido asumidos por Protección, pero no lo que corresponde a los seguros provisionales esto en razón a esta circunstancia que se presenta de manera particular.

Ahora bien, Colpensiones claro es que está obligada a recibir al aquí demandante como afiliado, pero también debe tenerse en

cuenta que una vez se giren los recursos correspondientes por parte de la administradora.

Así las cosas, este despacho encuentra que lo correspondientes a las pretensiones en relación con intereses pues no está llamado a prosperar, no existe una constitución en mora o que lleve a que se acepte claridad de que esté pendiente por constituirse una obligación en este caso, máxime cuando Colpensiones está atenta a lo que corresponde al fallo judicial y al devenir jurídico de este proceso, pues lleva necesariamente a una serie de interpretaciones jurídicas frente a la ineficacia, lo que también lleva para este estrado judicial a que no se condene en costas y agencias en derecho a las partes demandadas (sic)..."

En ese orden, observa la Sala que, no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral para predicar la legalidad del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que dentro del plenario no reposa medio de prueba alguno que permita afirmar que el demandante, antes de trasladarse a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 30 de septiembre de 1994, hubiese recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento, lo único que se allegó al expediente fue el formato preimpreso de SOLICITUD DE VINCULACION a DAVIVIR No. 05714, en el que aparece la firma del actor en el aparte denominado *"...VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACION..."* con el siguiente texto: *"...HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE **AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTE SOLICITUD SON VERDADEROS..."* (fl. 21 PDF 10).

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia que el demandante hubiere firmado el formulario pre-impreso de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que aparezca consignado que la decisión fue libre, espontánea y sin presiones; 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 laboral¹.

Y es que, no se advierte que al actor para el momento de la suscripción del formulario de traslado el 30 de septiembre de 1994 se le hubiere suministrado la información necesaria y suficiente para tomar esa decisión; o que por el hecho de haber efectuado los aportes respectivos, recibido los extractos, o no indagar sobre su situación pensional, ratificaba su voluntad de permanencia en el

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.

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

Ahora, de lo referido por el actor en el interrogatorio, no se advierte que éste hubiese señalado aspectos que beneficiaran a la parte contraria y que afecten sus intereses procesales y de contera, le ocasionaran consecuencias jurídicas adversas a éste, para considerar que se dio la confesión en los términos del artículo 191 del CGP, y por consiguiente se acreditó medianamente el cumplimiento de los presupuestos del deber de información que recaía en la administradora demandada para el momento de traslado de régimen pensional, pues en términos generales éste

manifestó que las únicas condiciones que le refirió el asesor fue “...que me pensionaba a los 47 años con el 95% del valor del salario que estuviera devengado para ese momento, fue lo único que me dijo...”, que al Juzgado Único Penal del Circuito de Zipaquirá, donde para la época de los hechos, él laboraba como Oficial Mayor, “...acudieron ... 3 o 4 personas que decían ser representantes del fondo Davivir, yo me encontraba en ese momento sustanciando una sentencia con preso, que el señor juez William Escobar me estaba exigiendo la prontitud de la misma, mis compañeros entre ellos Manuel Nova y Leonor Bolívar me refirieron que me necesitaban en la secretaría del juzgado porque habían unas personas que nos necesitaban, a lo cual yo manifesté que no podía salir porque me encontraba ocupado, posteriormente al rato vuelven a insistirme que me necesitan que es la única persona que falta por hacer presencia en la secretaria del juzgado, me paro a la secretaria de juzgado, en la baranda me aborda la persona que dijo ser asesor del fondo Davivir y le digo yo que estoy ocupado que no tengo tiempo y me dijo que él en cortas palabras me va a explicar o me va a decir algo que me va a servir indudablemente y es cuando me dice que efectivamente ellos están en representación de este fondo buscando que nos inscribamos porque esto sucedió con varios de los compañeros en el juzgado, porque me pregunto la edad, yo le referí que tenía 32, 33 años en ese momento, me dijo que efectivamente eso era algo que a mí me favorecía porque este nuevo fondo del cual ni yo y creo que nadie tenía conocimiento realmente de la existencia de estas entidades, de estos fondos, que yo me podía pensionar a los 47 años y que el porcentaje que me iban a calificar a mí en el momento de mi pensión a esa edad era del 95% del valor del salario que estuviera devengando, que tenía que tener en cuenta que eso era algo muy favorable, a lo cual yo le referí que estaba ocupado, este señor me dijo no hay ningún problema, váyame regalando lo datos, yo le di algunos datos, con su puño y letra él llenó un formulario que

posteriormente y ante el afán mío me dijo que firmara y que no había ningún problema que él posteriormente acudiría para darme, comunicarme lo que había sucedido, fue así como sucedió esto...”, que no se le brindó ninguna otra información sobre el particular; y es que se reitera, la firma en el formato preimpreso que suscribió el actor con AFP DAVIVIR, en el que se consigna una constancia de *“VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACIÓN...”*; este enunciado como ya se dijo, no es suficiente para tener por demostrado el deber que le correspondía a la AFP demandada; por lo que conforme lo analizado, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante, siendo sus efectos legales que el actor nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones.

Ello, ya que si bien el demandante para el 23 de octubre de 2019 (fls. 74 a 77 PDF 07), cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con más de 58 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 tiene la repercusión que quiere imprimirle el apoderado de la entidad accionada en su recurso; como quiera que es la misma jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar *“...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que*

proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”; pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren *“...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...”* (Sentencia CST SL1452 de 2019), por lo que en nada interfiere la edad del demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se repite, no se demostró que la AFP DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN 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 1994 cuando tenía más de 33 años de edad, pues *“...el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde*

siempre)..." (SL4360-2019), siendo una razón más, para avalar la decisión del juzgador de primer grado, en este aspecto.

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

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

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

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

En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca

efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.

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

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

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

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

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

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

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

Ahora, en cuanto a que tal determinación -la ineficacia del traslado de régimen- afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; debe recordarse que la juzgadora de instancia, en su sentencia ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. devolver o trasladar a Colpensiones *“...los saldos de la cuenta de ahorro individual del señor LUIS EDUARDO RIVERA GÓMEZ, así junto con los gastos de administración....”*, sin precisar, como lo reclama el apelante, lo referente al traslado de dineros correspondientes a los aportes al fondo de garantía de pensión mínima individual, ni lo relativo a la redención de eventuales bonos pensionales, ni las primas de seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, considerando frente a éstas últimas que *“...efectivamente las primas se devengan a medida que va transcurriendo el riesgo...”*; conceptos que, de conformidad al criterio jurisprudencial, corresponden al aporte del afiliado en el que fue distribuido o repartido el mismo durante su permanencia en el fondo privado.

Al respecto, debe decirse que aunque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar por cuanto ordenaba repartirlo, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y el

resto del aporte se destinaba para el pago de la pensión de vejez, dicha norma fue modificada por el artículo 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 Protección 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, atendiendo lo señalado por el recurrente, así como el grado de consulta a favor de la entidad pública demandada, modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que también dicha administradora privada reintegrará a Colpensiones no solo los valores ordenados por la juez, frente al capital ahorrado, junto con gastos de administración, sino también los rendimientos financieros, comisiones, 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 menciona certificación de folio 37 PDF 05; 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), criterio que igualmente es aplicable frente a los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a

sus propias utilidades también (Sentencia CSJ SL1055 de 2022, radicación No. 87911 de 2 de marzo de 2022); esto por cuanto Colpensiones es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Sobre la devolución de los conceptos mencionados, se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020, en la que concluyó que:

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia, al surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR al numeral segundo de la sentencia dictada el 28 de junio de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá– Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS EDUARDO RIVERA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en el sentido de indicar que la **AFP PROTECCIÓN 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, comisiones 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.

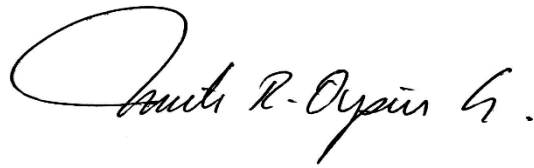
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, al no encontrarse causadas.

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