

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **25899-31-05-001-2022-00121-01**
Demandante: **WALBER ENRIQUE DIAZ ALARZA**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, Y OTROS**

En Bogotá D.C. a los **06 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 el recurso de apelación presentado por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida el 28 de abril 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

WALBER ENRIQUE DIAZ ALARZA 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 de manera principal la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado a Protección S.A., el 16 de octubre de 2003, por haberse incumplido el deber de información “*suficiente y cierta*” y de buen consejo durante el tiempo que permaneció en dicha AFP, dado que no le informó de manera clara y por escrito sobre el derecho de retracto, que no podía trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad mínima de pensión; o de manera subsidiaria la nulidad de la afiliación efectuada al fondo Protección S.A.; en consecuencia, se condene a Protección S.A., a liberar de su base de datos al demandante, y devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, y cuotas de administración como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado, y hacer el respectivo traslado a Colpensiones; igualmente se condene a ésta última a activar al demandante como afiliado cotizante, se condene a lo que resulte ultra y extra petita, y costas.

Como fundamento de las peticiones expuso que nació el 22 de julio de 1962, efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida -Seguro Social hoy Colpensiones-, a partir del septiembre de 1984 hasta octubre de 2003, cotizando un total de 129.14 semanas; que en visita realizada por un asesor de Protección S.A., el 16 de octubre de 2003, en las instalaciones de su empleador en forma grupal, se le informó que “...tanto el Instituto de Seguro Social “I.S.S.”, como “CAJANAL”, iban a ser liquidados o intervenidos por el Estado y que por ellos sus aportes pensionales se encontrarían en riesgo...”, que

Protección previo a su afiliación, no le informo sobre las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, la naturaleza propia de dicho régimen de capitalización, no le brindó al momento de la afiliación información necesaria sobre las desventajas de afiliarse al RAIS, ni le indicó de manera clara y por escrito sobre el derecho de retractación, ni que al entrar en vigencia la Ley 797 de 2003, podía trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad de 62 años, no lo ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen, tampoco se le indicó sobre las ventajas de permanecer en RPM, y que su mesada pensional dependía del IBL percibido durante los 10 últimos años, que previo a la vinculación y durante su permanencia, el actor nunca recibió asesoría profesional sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional, que no se le ilustró que la pensión en el RAIS dependía de la edad del pensionado y su grupo familiar, determinando la expectativa de vida de los beneficiarios en caso de una sustitución pensional, el capital acumulado a la fecha del cálculo, la tasa de rentabilidad espera del Fondo de Retiro Programado a largo plazo; que ante la falta de información de Protección S.A., en marzo de 2022 solicitó a Colpensiones como única administradora de dicho régimen, activar la afiliación, quien mediante oficio de 18 de abril de 2022, “2BZ2022_4657751 – 102053” negó el traslado con fundamento en el literal e) artículo 2 de la Ley 787 de 2003; que Protección no cumplió con la obligaciones establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, esto es *“...no suministró información necesaria antes del cambio de régimen pensional y durante todo el tiempo que mi poderdante ha estado vinculado en el RAIS...”*, no cumplió con sus obligaciones de información contrariando lo previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de

1993, lo cual trae como consecuencia la ineficacia de la afiliación al RAIS (fls. 1 a 22 PDF 01).

La demanda fue repartida al **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca**, el 2 de mayo de 2022 (PDF 02); y admitida con auto de 26 de mayo de 2022, disponiéndose la notificación a la parte demandada en los términos allí indicado, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo previsto en el artículo 612 del CGP (PDF 04).

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

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

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, dijo que se oponía a las pretensiones de la demanda, por considerar que previo al traslado del actor la entidad le suministró a éste, información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por el traslado de régimen, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas, y en general todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional; que sus asesores siempre han tenido la obligación de entregar toda la información a los potenciales afiliados; además, ella de manera continua y oportuna suministra a sus afiliados información sobre la conveniencia o no de permanecer

en el RAIS, y los afiliados tienen a su disposición el portal Web, oficinas de servicio, comunicados informativos, línea de servicio, asesor virtual, y a través del correo *clientes@proteccion.com.co* donde pueden consultar toda la información de los temas en que requieran asesoría; reitera que, al momento del traslado se suministró asesoría clara, completa, verás y suficiente sobre la regulación en materia pensional, junto con las consecuencias derivadas del traslado al régimen de ahorro individual, aunado a que no existe vicio de consentimiento o anomalía que invalide el contrato suscrito con la entidad, haciendo improcedente la solicitud deprecada.

Al dar respuesta a los hechos, reitera que el traslado efectuado por el señor Walber Enrique Díaz Alarza a Protección S.A., estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas, y en general todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional, asesoría que se materializó mediante el diligenciamiento y firma del correspondiente formulario de suscripción.

En el capítulo de HECHOS QUE FUNDAMENTAN LA DEFENSA, sostuvo que el día 16 de octubre de 2003, el señor Walber Enrique Díaz Alarza, solicitó de manera libre y voluntaria la afiliación a Protección S.A., vinculación en la cual no obra constancia de situación anómala o constreñimiento. Ahora bien, respecto a la intención del demandante de solicitar la anulación de la afiliación es importante

señalar que al no existir fundamentos fácticos ni jurídicos que sustenten la pretensión no hay lugar a dicha reclamación. Así mismo, no se evidencia que exista ningún tipo de vicio de consentimiento, como error, dolo o fuerza que invalide la afiliación del actor y por ende derive en la nulidad de la vinculación. Sostiene que, dentro del formulario de solicitud de vinculación N° 6436407 suscrito por el demandante, el mismo señaló en la casilla “VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACIÓN”, igualmente manifestó con su firma: “...HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS...”

Precisa que, es claro que el demandante recibió información detallada, clara, precisa y concisa sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, concluyendo que el actor no suministra prueba alguna del error de hecho o de derecho que vicie el consentimiento, más allá de afirmarlo; contrariando los propios actos, al existir manifestación de voluntad expresa en la firma del formulario de afiliación. Sobre la aplicación el régimen de transición y su recuperación, refirió que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, previó que a las personas que al 28 de enero de 2004 les faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podían trasladarse por una única vez entre regímenes hasta dicha fecha. Igualmente, en el artículo 3° desarrolló lo concerniente a la recuperación del régimen de transición, advirtiendo que a las personas que al 1° de abril de 1994 tuvieran 15 o más años de servicios prestados o de semanas

cotizadas les será aplicable el régimen de transición, si deciden trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y si, además de trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual, ese saldo no resulta inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez en caso de haber permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido de haber permanecido afiliado en el Régimen de Prima Media.

En su defensa, presentó las excepciones de mérito o fondo denominadas: Declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, Buena fe por parte de AFP Protección S.A., 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 el 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, Prescripción, y la “Genérica” (fls. 2 a 18 PDF 06).

- **La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, con oposición a las pretensiones toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de 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 para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorno, contaba con 59 años de edad, encontrándose dentro de la prohibición legal conforme el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el apartado 13 de la ley 100 de 1993; además que aquel no hizo uso del derecho de retracto, el cual da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección en cualquiera de los dos regímenes dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual haya manifestado por escrito la correspondiente selección; aunado que cuando se trasladó al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa, ya que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1° de abril de 1994, la demandante contaba con 32 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 id., al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, como quiera que durante todo el tiempo ha consentido que le hagan los descuentos respectivos con destino al RAIS.

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago del I.P.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 32 PDF 07)

III. SENTENCIA DEL JUZGADO.

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

“(...) DECLARAR la ineficacia del traslado del que fue objeto el aquí demandante WALBER ENRIQUE DIAZ ALARZA, el cual se produjo del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, el 1° de diciembre del año 2003.

En consecuencia, de tal declaración, se ORDENAR al Fondo de Pensiones PROTECCION, devolver a COLPENSIONES todos los aportes por pensión, rendimientos financieros y, los gastos de administración de manera indexada a COLPENSIONES.

Y se ORDENA en consecuencia a COLPENSIONES, recibir al aquí demandante como afiliado en razón a la ineficacia de dicho traslado...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 18 y 19).

IV. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES:

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

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

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

Como segundo punto, sobre no acreditarse (sic) vicios del consentimiento. Dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre con claridad que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del CC. Ahora bien, no nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Como tercer punto respecto a la carga de la prueba. en el presente caso, no existe prueba que permita acreditar sin duda alguna que existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información. En el presente caso se torna imposible probar hechos ocurridos hace más de 15 años, por lo cual se es perfectamente válido aplicar debiendo aplicar el precepto que nadie está obligado a lo imposible.

Como cuarto punto, respecto al deber de información, tenemos que el precedente de la Corte Suprema, utiliza como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso del actor el cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado desde el año 2003..

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 el fondo privado debió informar de manera suficiente al actor, esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, de la cual 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 quinto punto, sobre la descapitalización del sistema, tenemos que en sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslados, se manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría. La declaración injustificada de ineficacia del traslado de los afiliados 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.

Por las razones expuestas en precedencia, se solicita a los señores Magistrados, se sirvan revocar la presente providencia y en consecuencia, se absuelva a Colpensiones. Gracias su 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 15 de mayo de 2023, para alegar; solamente la apoderada de la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones - 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 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 **Octubre de 2003** según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de **Octubre de 2007**.

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 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 2.003, 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 del actor el cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado en 1.995.

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

Si bien la AFP debió informar de manera suficiente al actor esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente 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).

IV. 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 interpuestos 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.

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 2003, cuando ocurrió el traslado de régimen pensional del demandante, encontrándose en el primer periodo o estadio determinado por la jurisprudencia, conforme se indicó líneas atrás, y desde esa óptica determinar si el fondo de pensiones efectivamente cumplió o acató esa obligación de haber ilustrado al accionante, de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Respecto al enunciado *“...libre y voluntaria...”* contemplado en el citado artículo 13, la jurisprudencia laboral entiende que el mismo necesariamente presupone el conocimiento que debe tener la persona que decida afiliarse a alguno de los dos regímenes pensionales (RPM o RAIS), y eso solo se puede materializar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión. Sobre este punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: *“...que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron*

clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito...” (SL 12136 de 2014).

En ese orden de cosas, no surge acertado el entendimiento de 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 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 22 de julio de 1962, como se advierte de su cédula de ciudadanía (fl. 24 PDF 01); que desde octubre de 1984 se encuentra aportando al régimen de prima media conforme Historia Laboral de Protección, generada el 07/06/2022, cotizando un total de 127.57 semanas (fls. 20 a 30 PDF 06); que se afilió a PROTECCION S.A. – FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS el 16 de octubre de 2003, según formato de SOLICITUD DE VINCULACION No. 643607 de la citada administradora, que aparece en el expediente (fls. 32 PDF

01 y 19 PDF 06); 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: *“...el despacho debe decir lo siguiente: efectivamente, si bien el aquí demandante en su interrogatorio de parte, da cuenta de haber firmado de manera libre el formulario e afiliación como tal, claro es que del interrogatorio de parte del aquí demandante no se infiere que se hubiese cumplido con las cargas del deber de información por parte de la administradora de fondos de pensiones. Ya la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en sentencia SL1688-2019 sobre el tema de la ineficacia y el fundamento jurídico básicamente de esta ineficacia lo constituye el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que incluye una serie de deberes, del deber de información para las entidades del sistema financiero, como en este caso los fondos.*

Claro es que la prueba de la diligencia y el cuidado corresponden a quien debió emplearlo, y no se satisfacen simplemente con la suscripción de documentos sino con la debida asesoría, asesoría que debe ser suficiente; se echa de menos dentro del presente proceso que el aquí demandante hubiese tenido una asesoría clara, comprensible y suficiente, que se le hubiese orientado sobre los beneficios, sobre el monto de la pensión, la diferencia entre un régimen y otro, en lo que corresponde a la diferencia en el pago de los aportes y la implicación de la conveniencia de la eventual decisión del traslado. Claro es que la Corte ya ha dicho que hay ineficacia cuando la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado; por supuesto que el aquí demandante indica en su interrogatorio de parte que después de haberse asesorado, le es más benéfico estar en el Régimen de Prima Media; claro es que la insuficiencia de la información afecta en este caso los intereses del afiliado en procura de obtener su derecho.

No es claro entonces, y como lo ha dicho la Corte, no es suficiente la simple suscripción del formulario sin el cotejo de la información brindada, debe entonces indicársele al aquí demandante los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia que ello tenía. Claro es dentro del presente proceso, que lo que se presenta acá, que no están llamadas a prosperar las excepciones que fueron planteadas tanto por el fondo como por Colpensiones; es claro acá que la pretensión está ligada a un derecho fundamental, irrenunciable e imprescriptible acorde con el artículo 48 de la Constitución Nacional, la información necesaria a la que alude el Estatuto del Sistema Financiero hace referencia a una descripción de características, condiciones y accesos de servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer la lógica, lo que implica un parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas, la transcripción de la implicación de, lo que implica necesariamente dar a conocer la verdad objetivamente la de los regímenes, evitando dimensionar los bueno o callar lo malo sobre cada uno de los regímenes y parcializar lo neutro.

Es claro para este despacho, que ese deber de asesoría y buen consejo no fue acreditado por parte del fondo, lo que lleva necesariamente a concluir que debe decretarse la ineficacia del traslado del aquí demandante, que se produjo el 1° de diciembre de 2003, tal como está acreditado en el presente proceso, y debe en consecuencia aplicarse el precedente de la Corte Suprema de Justicia donde se ha indicado que al momento de declarar la ineficacia debe ordenarse la devolución de los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, esto en razón a no desequilibrar el sistema financiero de quien recibe al afiliado, esto es Colpensiones. debidamente indexados, claro es que esto corresponde y tiene que, de acuerdo con las reglas que están establecidas en el artículo 963 del Código de Comercio y en el artículo 1747 del C.C.

Así es claro para este estrado judicial, que este despacho no condenará en costas y agencias en derecho a las entidades acá demandadas, esto en razón a que efectivamente se trata de un problema estrictamente jurídico de

interpretación normativa en virtud del cual no era posible liberar por parte de Protección al afiliado y por otro lado no era posible recibirlo directamente por parte de Colpensiones, por tanto, este despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho a las administradoras...”

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 PROTECCIÓN S.A. en octubre de 2003, 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 PROTECCIÓN S.A., No. 634036, en el que aparece la firma del actor en el aparte denominado “...VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACION...” con el siguiente texto: “...HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE **AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTE SELECCION SON VERDADEROS...” (fls. 32 PDF 01 y 19 PDF 06).

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 adocinado por la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era necesario que se le hubiese explicado concretamente a éste, entre otros aspectos, las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, la proyección de la pensión en ambos regímenes, los aspectos favorables y desfavorables de adoptar tal decisión, entre otros situaciones, circunstancias que no se dieron, como quiera que no se encuentran acreditadas en el plenario, correspondiendo la carga de la prueba de las mismas a la parte accionada, conforme lo establecido por la jurisprudencia laboral¹.

Y es que, no se advierte que al actor para el momento de la suscripción del formulario de traslado el 16 de octubre de 2003 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 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*

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.

morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado...” (Sent. CSJ SL5686-2021, Radicación No. 82139 de 6 de octubre de 2021); aunado a que en casos como el presente, que se alega el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones, los actos u omisiones posteriores del afiliado, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, ya que al ser posteriores deja intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse; por lo que *“...lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS...”* (Sent. CSJ SL1055-2022, Radicación No. 87911 de 2 de marzo de 2022)

Ahora, de lo referido por el actor en el interrogatorio, no se advierte que éste hubiese señalado aspectos que beneficiaran a la parte contraria y que afecten sus intereses procesales y de contera, le ocasionaran consecuencias jurídicas adversas a éste, para considerar que se dio la confesión en los términos del artículo 191 del CGP, y por consiguiente se acreditó medianamente el cumplimiento de los presupuestos del deber de información que recaía en la administradora demandada para el momento de traslado de régimen pensional, pues en términos generales éste manifestó que no recibió ninguna información al momento de suscribir el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN en el año 2003, que el asesor de la AFP aquí demandada, en una reunión grupal les indicó que el ISS se iba a acabar y que era mejor estar afiliado a esa AFP, sin darle ninguna explicación respecto a cómo iba

a obtener su pensión, ni otra información sobre el particular; y es que se reitera, la firma en el formato preimpreso que suscribió el actor con AFP PROTECCIÓN, 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 8 de abril de 2022, fecha que señala Colpensiones en la comunicación con la que le dio respuesta (fls. 29 a 31 PDF 01), solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante dicha entidad, contaba con más de 59 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 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 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 16 de octubre de 2003 cuando tenía más de 41 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 a Colpensiones “...todos los aportes por pensión, rendimientos financieros y, los gastos de administración de manera indexada...”, sin precisar lo referente al traslado de dineros correspondientes a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima individual, ni lo relativo a la redención de eventuales bonos pensionales, conceptos

que, 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 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 los rendimientos financieros y, gastos de administración, sino también 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 de existir en la cuenta del afiliado; 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.

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

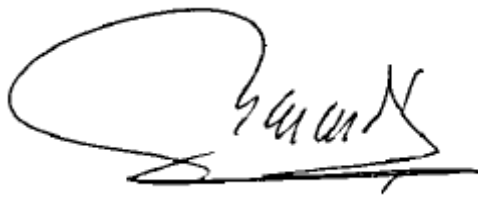
PRIMERO: MODIFICAR al numeral segundo de la sentencia dictada el 28 de abril de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá– Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **WALBER ENRIQUE DIAZ ALARZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **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.

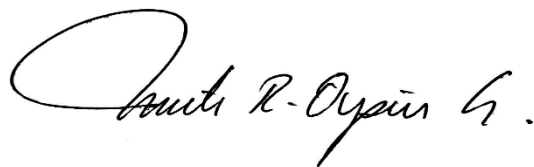
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, al no encontrarse causadas.

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 FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITAN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEYDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria