

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**  
Proceso: Ordinario  
Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00308-01  
Demandante: **LUZ PIEDAD BONILLA OROZCO**  
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
– COLPENSIONES, Y OTROS**

En Bogotá D.C. a los 12 DIAS DEL MES DE JULIO 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 junio de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá –Cundinamarca-, dentro del proceso de la referencia

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

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**LUZ PIEDAD BONILLA OROZCO** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y a las **ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuado por la primera de las entidades mencionadas en el mes de abril de 1995, por “...existir engaño y asalto en su buena fe, al no haberle brindado una asesoría personalizada y haber viciado su consentimiento haciéndola incurrir en error para que

se trasladara...”; así como la vinculación de 28 de octubre de 2009 que acaeció entre Protección y Colfondos, pues éste último tampoco brindó la asesoría personalizada e información suficiente al momento del traslado de la actora hacia esa entidad, generando vicio en el consentimiento de la afiliado que conlleva la nulidad del mismo; en consecuencia, se condene a Colfondos S.A., restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como los aportes, bonos pensionales, con todos los rendimientos financieros que se hubiesen causado y gastos de administración; así como a Colpensiones recibirla como afiliada, con los valores obtenidos que deben ser debidamente indexados, mientras estuvo vinculada en el RAIS, y a contabilizar para efectos de la pensión el período de tiempo allí cotizado; igualmente se les condene en costas.

Como fundamento de las peticiones expuso que nació el 13 de mayo de 1971, efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida - Seguro Social hoy Colpensiones-, desde el 4 de agosto de 1992 al 30 de abril de 1995, para un total del 136.57 semanas, como se observa del reporte expedido por esa entidad; en abril de 1995 se traslada al fondo de pensiones Protección S.A., porque los asesores de dicho fondo motivaron el traslado “...bajo el acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podía obtener en el Régimen de Prima Media Prestación Definida al momento de pensionarse...”; el 28 de octubre de 2009 se traslada a Colfondos S.A., por tanto, cuando los asesores diligenciaron el formulario de afiliación, tal vinculación ya se encontraba viciada como consecuencia de la nulidad del traslado de la afiliación realizada por Protección S.A. en abril de 1995 “...por el engaño, falta de información seria, real y oportuna al momento de dichas vinculaciones...”; sostiene que los asesores de dichas AFP, le indicaron que trasladándose al fondo privado tendría una cuenta de pensión mucho mejor que la que le llegaría a reconocer el Seguro Social, además que éste se iba a quebrar mientras ellas – Protección y Colfondos- eran empresas serias y no tendría ningún problema al momento de reclamar su pensión; pero en ningún momento le explicaron o señalaron total, clara y expresamente las condiciones, requisitos para acceder a la prestación bajo dicho régimen, como tampoco que el monto de la pensión

dependía del ahorro en su cuenta individual y no de la cantidad de semanas ni del promedio salarial.

Sostiene que las mencionadas AFP, no le brindaron una asesoría personalizada, donde le explicaran las ventajas y desventajas en su caso particular, todo lo contrario, lo hicieron en grupo a personas que tenían diferentes salarios y cargos, es decir que la indujeron en error para que ella misma llevara a cabo el traslado de régimen viciando su consentimiento; que actualmente cuenta con 50 años de edad, un total de 1.218 semanas, teniendo una expectativa legítima frente a los requisitos para gozar del derecho a la pensión de vejez de cumplir 57 años y completar las 1.300 semanas cotizadas; que con la simulación pensional realizada por Colfondos S.A., el 23 de julio de 2021, calculó que el monto de la mesada pensional sería la suma de \$908.526,00, mientras en el régimen de prima media conforme los salarios reportados de los diez últimos años, le correspondería una mesada de \$2.636.000, evidenciándose el perjuicio económico que se le ocasionaría, disminuyéndose su asignación pensional alrededor de un 65%.

Menciona que no existe ningún documento que pruebe que las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A., dieron una información clara, precisa, veraz en cuanto al traslado de régimen, y los beneficios que obtendría al afiliarse al RAIS.

Aduce que presentó derechos de petición ante Colpensiones el 26 agosto de 2021, con radicación No. 20219811537, solicitando la nulidad de la afiliación a Porvenir SA. y se retrotrajeran las cosas a su estado inicial; petición que fue respondida en la misma fecha de presentación de la petición, con radicado BZ2021-9829226-2095844 en donde se le expresa que debe diligenciar formulario ante su empleador o ante la nueva entidad administradora a la que desee trasladarse de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, fijadas en la Circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia; el 7 de septiembre siguiente, presentó derecho de petición a Protección, radicado bajo el No. 03307101, la cual a la fecha de

presentación de la demanda no le ha dado respuesta; el 31 de agosto de 2021, presentó derecho de petición a Colfondos S.A., con radicado No. 210831-001287 con el mismo propósito, recibiendo respuesta en la que se le manifiesta que los asesores explicaron las condiciones propuestas de este producto, las cuales la actora manifestó entender y aceptar al suscribir libre y voluntariamente el formulario de afiliación y por la razón expuesta, la solicitud no puede ser atendida (fl. 1 a 9 PDF 02).

La demanda fue repartida al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca, el 30 de septiembre de 2021 (PDF 03); y admitida con auto de 7 de octubre de 2021, disponiéndose la notificación a la parte demandada en los términos allí indicado, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo previsto en el artículo 612 del CGP (PDF 04).

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

La **Sociedad Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**, dijo que se oponía a las pretensiones de la demanda, por considerar que la afiliación de la demandante al RAIS se presentó en virtud del derecho de la actora a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección; que los asesores comerciales de la entidad brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado, en la que se le asesoró acerca de las características del régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre ambos regímenes, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional; por ello no se puede concluir que el traslado de régimen es ineficaz, por cuanto el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario de vinculación contiene la firma de la accionante, por lo que se establece que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado y por ende no está viciado el

consentimiento. De otro lado no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la parte demandante con la vinculación formal a la AFP COLFONDOS S.A., pues la parte demandante, dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden para manifestar sus inconformidades, o volver al Régimen de Prima Media no lo hizo. “...Es importante hacer énfasis en que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado que pretende la demandante porque en ningún momento se le está vulnerando su derecho pensional, puesto que el actor puede obtener una pensión de vejez en el RAIS siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley...”.

En el acápite de HECHOS, RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEFENSA, sostiene que la demandante suscribió formulario de vinculación a la AFP COLFONDOS, luego de estar afiliada a la AFP PROTECCIÓN S.A., que no quedaron registros de la asesoría comercial brindada para la época, pero en todo caso precisa que la asesoría brindada por la entidad siempre ha estado orientada a dar información sobre todas las ventajas y desventajas que tenga para el afiliado su vinculación al RAIS. Indica que de conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría, es solo hasta la expedición de la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro que el deber legal de las administradoras de *“poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias del traslado”*, que en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son únicas y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

Manifiesta que la entidad tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales, el cual consiste en darles todas las herramientas e información necesarias para que entiendan y transmitan la información sobre las características propias de RAIS a los posibles afiliados. Así mismo, los trabajadores son los que manifiestan de manera libre y voluntaria su intención de afiliarse al Fondo de Pensiones Administrado por esa AFP; por lo que

considera, que informó de manera adecuada y completa a la demandante, con anterioridad a su vinculación a COLFONDOS S.A., acerca de las condiciones bajo las cuales operaba el RAIS, dada la particularidad de cada caso concreto, la persona encargada de explicar tales condiciones es el asesor que tramita la solicitud de cada personas, lo cual ocurrió en este caso; lo que se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación, pues en él la demandante dejó constancia que su elección fue efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones; además son formularios que se ajustan a la ley y contiene la información requerida para el efecto, situación que se corrobora con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; por tanto, la voluntad de la actora expresada en el formulario de afiliación evidencian que el ingreso de ésta al régimen cumplió las exigencias legales para tal fin.

Considera que con el traslado horizontal que realiza la demandante de La AFP PROTECCIÓN a la AFP COLFONDOS, luego de traslado del RPM al RAIS, se ratifica la voluntad de permanecer en este último régimen. En su defensa, presentó las excepciones de mérito o fondo denominadas: Buena fe, Prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, (fls. 5 a 18 PDF 08 y PDF 13).

**La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,** con oposición a las pretensiones toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la parte demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso la parte accionante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no precedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo

13 de la Ley 100 de 1993, el cual reza “...Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuándo le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”.

En el capítulo de RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO, sostiene que para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorna, contaba con 50 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 aquella 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 23 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 amparada 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 1999, y no lo hizo; por lo que de considerarse que existió la nulidad alegada la misma fue saneada en los términos del apartado 1752 íbidem, 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 procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la “innominada o genérica” (fls. 3 a 32 PDF 10)

- La **Sociedad Protección S.A. Pensiones y Cesantías**, si bien se notificó en debida forma, el término de traslado transcurrió en silencio, por tanto, mediante auto de 3 de febrero de 2022, se dio por no contestada la demanda por parte de esta accionada (PDF 11)

## II. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá (Cundinamarca), mediante sentencia del 28 de junio de 2022, decidió:

*“(…) **Primero: Declarar ineficaz** el traslado efectuado por la demandante **Luz Piedad Bonilla Orozco** en el año 1995 del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por omitirse el deber de información.*

***Segundo: Declarar** que la demandante **Luz Piedad Bonilla Orozco** se encuentra válidamente afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su primera elección.*

***Tercero: Condenar** a la entidad demandada **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** a trasladar a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante **Luz Piedad Bonilla Orozco**, incluidos sus rendimientos, así como de los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, con su correspondiente indexación y con cargo a sus propios recursos, y eventualmente de los bonos pensionales, cuando se rediman.*

***Cuarto: Condenar** a **Protección S.A. Pensiones y Cesantías** a que traslade a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** los dineros cobrados a la demandante **Luz Piedad Bonilla Orozco** por concepto de comisiones y/o gastos de administración, en forma indexada, así como los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, si lo hubiere, con cargo a sus propios recursos*

***Quinto: Condenar** a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** a que, una vez **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** y **Protección S.A. Pensiones y Cesantías** trasladen los recursos respectivos, los reciba a satisfacción a satisfacción, a efectos de reflejarlos en la historia laboral de la demandante **Luz Piedad Bonilla Orozco**, con sus respectivos valores, ciclos de cotización e IBC.*

**Sexto: Declarar no probadas** las excepciones de mérito de prescripción, descapitalización del sistema pensional e inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, y relevarse del estudio de las restantes.

**Séptimo: Condenar** en costas de primera instancia a **Protección S.A. Pensiones y Cesantías** y **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías**. En su liquidación, inclúyase la suma equivalente a 2 salarios mínimos legales vigentes mensuales, a su cargo y a favor de la parte demandante, por concepto de agencias en derecho, es decir, 1 para cada una, al tenor de lo preceptuado en el artículo 5.º del Acuerdo PSAA16 10554 de 2016 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 19 y 20).

### III. RECURSO DE APELACIÓN DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

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

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

*1°. Sobre la prohibición legal, en el presente caso tenemos que al momento de la solicitud de retorno al régimen de prima media la parte demandante contaba con 50 años de edad, encontrándose dentro de una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la 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 su pensión.*

*2°. Sobre no acreditar vicios del consentimiento: Dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del CC. Ahora bien, 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 la demandante y el fondo de pensiones Colfondos por no tratarse de un error que por esencia afecta la validez del acto. No obstante, la nulidad pretendida no se alegó dentro del término que refiere el artículo 1750 del CC, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro (4) años, los cuales se contarán en el caso de error o dolo desde el día de la celebración del acto o contrato, y si el traslado de régimen en el presente caso se hizo en el mes de abril de 1995., según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad se debió haberse solicitado antes del mes de abril del año 1999.*

*Debe igualmente tenerse en cuenta que existió ratificación expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato; en el presente asunto la demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento; ello si se tiene en cuenta que la demandante durante todo este tiempo ha consentido que se le hagan los descuentos respectivos con destino al ahora individual.*

*3°. Respecto a la carga de la prueba: En el presente caso no existe prueba que permita acreditar que se dio o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información; también se debe tener muy en cuenta que es imposible probar*

*hechos ocurridos en el año 1995, esto es hace más de 25 años, por lo tanto, es válidamente aplicar el principio que nadie está obligado a lo imposible.*

*4°. 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 materializa a través 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, siendo el caso de la actora, la cual suscribió el formulario y realizó el efectivo traslado en el año 1995; imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa las decisiones de los jueces en supuestos.*

*5°. Sobre la descapitalización del sistema: En las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, y SU 130 de 2013 Corte Constitucional en materia de traslado, se manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos adoptados de manera obligatoria por los afiliados al sistema, dado que el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida se descapitalice; 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.*

*También, finalmente se deberá indicar que desde una perspectiva social que contraria a la equidad y que abandona el valor de la justicia material al permitir a personas que no han contribuido de los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones en los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas.*

*Por todas las razones expuestas en precedencia, se solicita a los señores Magistrados se sirvan revocar la presente providencia. Muchas gracias...”.*

El juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. Recibido el expediente por la Secretaría del Tribunal fue asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSION:**

En el término concedido en segunda instancia para alegar, solamente Colpensiones presentó escrito en el que solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se condene en costas a la parte demandada; 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...”.*

Adicionalmente, reiteró cada uno de los aspectos aludidos en la sustentación del recurso de apelación (PDF 05 Cdo. 02SegundaInstancia).

## **V. CONSIDERACIONES**

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

Bajo ese contexto, corresponde a la Sala verificar, si se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó el juez, o, por el contrario, no hay lugar al mismo debiendo absolverse a las demandadas de las súplicas de la demanda como lo alega la recurrente.

Al respecto, debe indicar la Sala que las administradoras de fondos de pensiones, desde el momento de su creación o fundación, tienen el deber de ofrecer información a los usuarios del sistema pensional para que estos puedan adoptar su decisión de forma libre y consciente, mediante “...la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses...”, 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).

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 1995, cuando ocurrió el traslado de régimen pensional de la demandante, y desde esa óptica determinar si el fondo de pensiones efectivamente cumplió o acató esa obligación.

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

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

Respecto al enunciado “...libre y voluntaria...” contemplado en el citado artículo 13, la jurisprudencia laboral entiende que el mismo necesariamente presupone el conocimiento que debe tener la persona que decida afiliarse a alguno de los dos regímenes pensionales (RPM o RAIS), y eso solo se puede materializar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión. Sobre este punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: “...que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito...” (SL 12136 de 2014)

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

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 a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara y comprensible para que aquella tomara una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes, y es que materialmente ello no se puede extractar del citado documento.

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

En cuanto a lo anterior, considera la jurisprudencia que dentro de las circunstancias previamente narradas, surge el interrogante de cuál de los sujetos procesales es el llamado a demostrar la existencia de tal información; y aunque en principio, se 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 a la accionante al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP. Al respecto en sentencia SL 1688-2019, Radicación 68.838, proferida con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acotó lo siguiente:

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

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

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

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

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

Bajo ese contexto, en el presente asunto, se advierte que la aquí demandante estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, desde el 4 de agosto de 1992 hasta el 30 de abril de 1995, según resumen de semanas cotizadas por empleado expedido por Colpensiones (fls. 20 a 23 PDF 01); que nació el 13 de mayo de 1971 como se advierte de su cédula de ciudadanía (fl. 11 ídem); que se afilió a Protección S.A. en abril de 1995, y se trasladó a Colfondo S.A el 28 de octubre de 2009, según formato que aparece en el expediente (fl. 31 de PDF 01); pues tales situaciones fácticas no fueron objeto de reparo alguno por las partes.

Para proferir su decisión, el juzgador de primer grado, consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por la demandante, toda vez que: *“...el traslado de régimen pensional se dio en el marco de la primera etapa en la que, como se dijo, regían no solo los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, sino, además, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, según los cuales las entidades debían 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, entre los cuales, se encuentra, según la jurisprudencia, que Protección S.A. Pensiones y Cesantías otorgara ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y*

*riesgos de cada régimen...”; que la codemandada “...Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, tampoco se allegó algún elemento de convicción con el que se acredite el deber de información y asesoría. De hecho, cuando se subsanó la contestación de la demanda, expresó, a través de su abogado, que sobre la asesoría comercial no quedó respaldo o reporte escrito....”; por tanto, se “...impone concluir que ni Protección S.A. Pensiones y Cesantías, ni Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías demostraron haber suministrado la información requerida por la parte demandante para tomar una decisión sobre su traslado y, por lo mismo, ambas entidades deshonraron su deber legal y, en ese sentido, se hace procedente declarar la ineficacia pretendida sobre ese acto jurídico...”*

En ese orden de cosas, observa la Sala que, no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral para predicar la legalidad del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que la demandante, antes de trasladarse inicialmente a la AFP Protección S.A. en abril de 1995, 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; como tampoco que el 28 de octubre de 2009 cuando se efectuó el traslado horizontal de Protección S.A. a Colfondos S.A., ésta última entidad hubiera cumplido con dicho deber de información en los términos ya referidos.

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia que la demandante hubiere firmado los formularios pre-impresos de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; con ello no se garantiza el deber de información que le asistía a las respectivas administradoras 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 ésta, 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 aspectos, circunstancias que no se dieron, como quiera que no se encuentran acreditadas en el plenario, correspondiendo la carga de la prueba de las mismas a la parte accionada, conforme lo establecido por la jurisprudencia laboral<sup>1</sup>.

En el interrogatorio de parte, la demandante señaló que en el año 1992 empezó a laborar y estuvo afiliada a todo lo que exigía la ley, estuvo en el ISS hasta abril de 1995, que de ahí en adelante se vinculó con una constructora donde les dijeron que los iban a visitar de un fondo porque el ISS estaba muy mal, y el dinero de las personas corría peligro; que no tuvo una charla sino que le dijeron como iba a pasarse a un fondo de pensiones privado; la visitaron de Protección, estaba un grupo como de 30 personas, incluidos directivos, gerentes y todo el personal vinculado desde el punto de vista administrativo y personas de otras áreas. Les llevaron unos formularios, les explicaron que el ISS se iba a acabar, que iban a nacer nuevas alternativas en los fondos privados para pensionarse, que era buenísimo porque en el Seguro Social solo interesaban las cotizaciones y en los fondos obtenían rendimientos; es decir que se iba a pensionar de una mejor manera en el RAIS; por lo que todos tuvieron gran expectativa y con el miedo de que el ISS se acabaría, se trasladaron a Protección. A pregunta de quién le hizo esa visita, respondió que el Gerente simplemente les comentó que iban a recibir una visita de Protección, no recuerda si la persona era hombre o mujer, menos el nombre; que firmó el formulario de manera voluntaria, ya que la persona le pidió el nombre, fecha de nacimiento y que firmara en la parte de abajo el documento, lo que así hizo; pero que no le informaron nada sobre si podía retornar al RPM “...no dijeron que si, ni que no, la idea era que esto era lo mejor que podía haber”, ella no preguntó ni tampoco le informaron al respecto, estaba esperanzada en que se iba a pensionar de una mejor manera.

Precisó que en el 2021, cuando cumplió 50 años, empezó a interesarse por el tema de su pensión, ya que tenía entendido que a los 57 llegaría su edad

---

<sup>1</sup> 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.

de pensión y dijo que iba a mirar cómo se iba a pensionar, por lo que pidió la proyección de su mesada a Colfondos y empezó a entender todo, allí le informaron que se pensionaría con un salario mínimo legal mensual vigente; es decir que la expectativa pensional no era tan benéfica como ella esperaba; que tampoco tenía conocimiento que había un límite de edad para regresar a Colpensiones, solo se enteró de ello cuando elevó la solicitud a Colfondos.

Es de anotar que de tales manifestaciones no se advierte que la actora hubiese señalado aspectos que beneficiaran a la parte contraria y que afecten sus intereses procesales y de contera, le ocasionaran consecuencias jurídicas adversas a ésta, 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 las administradoras demandadas para el momento de traslado de régimen pensional; se reitera, la firma en el formato preimpreso que suscribió la actora el 28 de octubre de 2009, cuando se dio su traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A. (fl. 31 PDF 01); única prueba documental aportada al expediente, en el que se consigna una constancia de *“Voluntad de Selección y Vinculación”*; 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 la demandante, siendo sus efectos legales que la actora 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 la demandante para el 26 de agosto de 2021, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con más de 50 años de edad y por tanto se encontraba inmersa en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que *“...el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”*; tal situación no repercute en el presente asunto, como quiera que es la misma

jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”; pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren “...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...” (Sentencia CST SL1452 de 2019), por lo que en nada interfiere la edad de la demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se repite, no se demostró que las AFP demandadas Protección S.A. y Colfondos S.A. hubiesen 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 la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió en abril de 1995, cuando tan solo tenía 24 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, 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 la apoderada de Colpensiones; 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 las AFP aquí demandadas no cumplieron y omitieron 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 el juzgador de instancia, en su sentencia ordenó a la AFP Colfondos S.A. devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los porcentajes correspondiente a los gastos y/o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, así como los aportes destinados al fondo de garantía de

pensión mínima, con su correspondiente indexación con cargo a sus propios recursos, y eventualmente de los bonos pensionales cuando se rediman; al igual que a Protección S.A. trasladarle los dineros cobrados a la accionante por concepto de comisiones y/o gastos de administración, en forma indexada, así como los valores utilizados en seguros provisionales y garantía de pensión, si los hubiere, con cargo a sus propios recursos; es decir ordenó trasladar todos los aportes sufragados por la demandante, con los rendimientos obtenidos y demás conceptos en que se distribuyeron o repartieron dichos aportes durante el tiempo que estuvo afiliada al RAIS, ya que debieron ser recibidos por el ISS en su momento, hoy Colpensiones, *“...pues 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 SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL3537-2021); por lo que no puede considerarse como erradamente lo hace la recurrente, que la decisión pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; y menos aún que la misma *“...contraria a la equidad y que abandona el valor de la justicia material al permitir a personas que no han contribuido de los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones en los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas...”*; ya que con la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de las AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. a Colpensiones, que se hace de manera plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por ésta última entidad para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida; sin que se puede colegirse como desafortunadamente lo hace la recurrente, que es una persona que se está beneficiando de las cotizaciones efectuadas por otras y no por ella.

Y es que precisamente con la decisión el juez a quo, se da aplicación al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que preceptúa que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de

garantía de pensión mínima, dado que estos recursos -del fondo de garantía de pensión mínima- los manejan las AFP en una subcuenta separada, conforme lo establecido en el artículo 8° del Decreto 510 de 2003, compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016; evitando así la afectación financiera del sistema pensional. Ello, como quiera que si bien el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar por cuanto ordenaba repartirlo, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y el resto del aporte se destinaba para el pago de la pensión de vejez, dicha norma fue modificada por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003 que, aunque 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 de producirse el traslado de régimen, sin que se devolviera a ésta entidad, como lo dispuso el a quo, lo que la afiliada haya aportado al fondo de garantía de pensión mínima, como quiera que es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020, en la que concluyó que:

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

*“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima*

*media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas” ...”.*

Finalmente, se advierte que en la providencia de primer grado, en el numeral 5º, se determinó que Colpensiones debe cumplir la sentencia, una vez “...**Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** y **Protección S.A. Pensiones y Cesantías** trasladen los recursos respectivos, los reciba a satisfacción a efectos reflejarlos en la historia laboral de la demandante **Luz Piedad Bonilla Orozco**, con sus respectivos valores, ciclos de cotización e IBC...” por tanto la obligación de la entidad recurrente depende de las actuaciones que realicen las codemandas, sin que sea necesario condicionamiento adicional para el cumplimiento de la sentencia, como lo solicita la recurrente.

Así quedan resueltos tanto el recurso de apelación como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones, debiendo confirmarse la decisión de instancia por encontrarse ajustada a derecho.

Se condenará en costas a la apelante, ante la falta de prosperidad del recurso. –numeral 1º artículo 365 CGP-. Fijese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, el 28 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por **LUZ PIEDAD BONILLA OROZCO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y **PROTECCION S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO CONDENAR** en **COSTAS** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**. Fíjese la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como agencias en derecho.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA**  
Magistrado



**MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN**  
Magistrada



**EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**  
Magistrado



**LEIDY MARCELA SIERRA MORA**  
Secretaria