

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: **Ordinario**
Radicación No. **25290-31-03-001-2018-00191-01**
Demandante: **JOSÉ ROGELIO TORRES BOHORQUEZ**
Demandados: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá a los once (11) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020) se profiere la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional.

Se decide los recursos de apelación presentados por las demandadas **COLPENSIONES y PROTECCION S.A.**, y se revisa en grado de consulta en cuanto a condenas impuestas a la primera, la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot, el 25 de junio de 2020.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

JOSE ROGELIO TORRES BOHORQUEZ instauró demanda contra las **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS “PROTECCIÓN S.A.”**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare la nulidad e ineficacia del traslado en pensiones realizado por el actor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIAL “ISS” hoy COLPENSIONES hacía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con **PROTECCION S.A.**, y que siempre ha estado válidamente afiliado en pensiones al régimen administrado por COLPENSIONES; en consecuencia, se condenara a **PROTECCION S.A.**, a trasladar los

aportes en pensión “..realizados por el asegurado, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del mismo, con todos sus rendimientos generados e intereses como lo dispone el Art. 1748 del Código Civil Colombiano...”; y a COLPENSIONES validar los aportes trasladados e incorporarlos en la historia del asegurado, reconociendo la pensión de vejez conforme lo establecido en el Decreto 758 de 1990 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 13 de enero de 2001; así como el pago del incremento pensional por cónyuge a cargo del 14% establecido en el artículo 21 de Decreto mencionado; el retroactivo; los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley citada, y demás ajustes de ley a los que tenga derecho; junto con las costas.

Como sustento de las peticiones, narró que nació el 13 de enero de 1941 y cuenta para la fecha de presentación de la demanda con 77 años de edad, trabajó toda su vida para el empleador MANUFACTURERA CUEROS LA CORONA donde fue afiliado a pensión al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del ISS, el 1° de mayo de 1968 hasta el 23 de junio de 1997, 5 de mayo de 1997 “...es decir, durante 1499 semanas cotizadas que equivalen a 29.11 años de servicios, cotizaciones que se hicieron con un índice Base de Cotización por más de cuatro salarios mínimos legales vigentes...”; aunado a lo anterior, para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y conforme lo establecido en el artículo 36, tenía 53 años de edad y 1333 semanas cotizadas que equivalen a 25.88 años de servicio, es decir más de los 15 años de servicio, que lo hacía beneficiario del régimen de transición “...por el cumplimiento de tiempo y edad y estando a menos de diez años de la expectativa legítima para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, estando ya certificada un fidelidad al sistema por encima del 100% exigido en el Decreto 758 de 1990...”; no obstante, en julio de 1997 se “...acercó un Asesor de la Administradora de Pensiones PROTECCIÓN S.S., informándole a todos los empleados, incluyendo mi poderdante, que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a extinguir y que sus aportes, para el caso de mi cliente, equivalentes para esa fecha, a 29.11 años de servicio, se iban a perder y que la única manera que eso no ocurriera, sería, trasladándose de inmediato al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado entre otras, por esta Entidad, es decir por PROTECCIÓN S.A., quien les garantizaría mayor valor en la mesada reconocida y mejores beneficios que los que inclusive les habían prometido en el Régimen anterior, o sea en el Régimen de Prima Media con prestación Definida...”, por lo que en septiembre de 1997 fue afiliado a PROTECCIÓN S.A, pues temía perder sus aportes realizados hasta el momento ante

la supuesta extinción y cancelación del ISS; al cumplir los 60 años radicó solicitud de pensión ante el fondo privado, quien mediante Resolución No. 2001-2749 le reconoció la acreencia con base en la Ley 100 de 1993, con una mesada por valor de \$633.640, una tasa de reemplazo del 70% del IBL equivalente a un total de 1635 semanas, con un retroactivo de \$1.584.100 *“...es decir, las garantías y la mesada con mayor valor que le aseguró el Asesor de PROTECCIÓN que hizo efectivo el traslado mediante artimañas de engaño e inducción a error, por la temeridad infundada por el mismo, sobre la pérdida de lo cotizado durante toda su vida laboral en el ISS, no fue realidad ni cierto, toda vez que, para sorpresa de mi poderdante, a pesar que cotizó durante toda su vida laboral por encima de cuatro salarios mínimos legales vigentes, su mesada pensional reconocida equivalía a \$633.640, la cual, sin duda alguna habría sido mucho mayor de haber continuado afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA, administrado por el ISS, quien le habría reconocido el derecho bajo lo establecido en el Decreto 758 de 1990 en concordancia con el Art. 36 de la ley 100 de 1993, con un IBL mayor y una tasa de reemplazo del 90%, equivalente al total de semanas cotizadas...”*; e igualmente con el incremento pensional del 14% por su cónyuge NATIVIDAD DÍAZ DE TORRES, con quien contrajo matrimonio el 29 de julio de 1972, se dedica al hogar y cuidado de los hijos y depende económicamente de él. Refiere que previo al traslado no le realizaron un estudio anticipado, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le aparejaría permanecer o trasladarse de régimen pensional, como tampoco se le indicó claramente, los factores que se tenían en cuenta para determinar la fecha probable de la pensión y su monto, ni las comisiones que le cobrarían por el dinero ahorrado con dicho fondo, ni tampoco le informaron que, los riesgos financieros los asumiría el afiliado; el 16 de junio de 2010, PROTECCIÓN S.A., le reconoció el pago de excedentes sobre el valor del capital requerido para financiar una renta vitalicia del 70% del IBL, por valor de \$70.132.911, disminuyéndole el valor de su mesada, que en ese entonces era de \$1.368.680 y a partir de esa fecha quedaría en \$1.129.357, desmejorándole aún más el derecho económico ya reconocido; ante la duda que siempre existió, se acercó a COLPENSIONES a solicitar información respecto a su historia laboral y lo cotizado, donde ante lo explicado confirmo lo engañado que siempre estuvo y empezó a descubrir los perjuicios económicos causados por PROTECCIÓN S.A., pues sin duda alguna lo mejor había sido permanecer en el ISS y nunca haber hecho el traslado; por lo que reclamó antes las demandadas la nulidad e ineficacia del traslado y solicito a COLPENSIONES los derechos que reclama con esta acción, que fueron

desatados de manera negativa por las accionadas; señalando PROTECCION a quien también se le solicitó, que no contaba con el consentimiento que debió firmar al momento de aceptar el traslado, ni con la hoja de vida del asesor que lo atendió, como tampoco con copia de la capacitación e información entregada en donde constaran los beneficios del traslado del RPMPD al RAIS, “...toda vez que se realizó todo de manera presencial y nada de eso se elaboró...”, precisando finalmente que el actor se encuentra en la actualidad con un estado de salud delicado, como lo refiere en el hecho 15 (fls. 2 a 26 y 80). La demanda se admitió el 30 de enero de 2019, en el que se dispuso la notificación a la AGENCIA NACIONAL DE LA DEFESA JURÍDICA DEL ESTADO, proveído corregido el 4 de julio de 2019 (fl. 83).

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** al descorrer el traslado se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó unos hechos e indicó no constarle los demás; precisando como defensa ya no es viable lo pretendido por el actor, como quiera que debió solicitar el traslado antes y no ya habiéndose reconocido un derecho por parte de un fondo privado; considerando además que “...el traslado al régimen de ahorro individual que realizó el demandante, lo hizo bajo su consentimiento y voluntad, situación que la entidad no puede cargar por las culpas realizadas por los afiliados, donde no existió ninguna presión por parte de ningún funcionario de la entidad, tal y como lo indica en el escrito presentado por parte del demandante, donde la oferta del traslado la realice un funcionado de **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTIAS SA**, es así que no están llamadas a prosperar las pretensiones incoadas por la parte demandante en contra de la entidad, el cual es claro quién debe asumir estas Litis es el fondo privado el cual ya otorgo una pensión de vejez al demandante...”; propuso las excepciones de fondo que denominó cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, imposibilidad de condena en costas, prescripción, falta de título y causa, solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones (fls. 89 a 94).

PROTECCIÓN S.A. al descorrer el traslado, se opuso a las pretensiones por cuanto “...el traslado de régimen realizado por el señor **JOSÉ ROGELIO TORRES** se hizo conforme a los parámetros legales exigidos por la ley para celebrar contratos, es decir, que se efectuó, por voluntad propia y exigencia libre y espontánea del afiliado, conociendo la incidencia que aquella decisión, podía tener en sus derechos prestacionales, así mismo es pertinente indicar que la información suministrada por cada uno de los asesores para esa época, se prestó de forma íntegra, eficiente, eficaz, oportuna y necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice al usuario, y que a

través de elementos de juicio claros y objetivos, escogiese las mejores opciones del mercado, esto en cumplimiento de las obligaciones de que trata los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, por lo tanto, no existe vicio alguno en el consentimiento que genere una nulidad y/o ineficacia de la vinculación al RAIS...”; **que además se advierte una** “...restricción de trasladar la cuenta individual de ahorro pensional cuando se ha adquirido el status de pensionado, como es el caso del demandante, el cual mediante Resolución 2001-2749, Protección S.A. procede a la aprobación del derecho pensional, ello de conformidad con el impedimento citado en el Art. 107 de la ley 100 de 1993. Así mismo, se debe indicar que el afiliado a la fecha cuenta con 79 años de edad, situación que le imposibilita a que se acceda a esta pretensión, pues el legislador estableció una serie de limitaciones, en donde el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, por lo cual, no es posible que regrese al régimen de prima media con prestación definida...”; **reiteró que el actor** “...en forma voluntaria, sin apremio, ni coacción decidió desvincularse del I.S.S. para vincularse a PROTECCIÓN S.A., debido a que todo estuvo enmarcado bajo los principios de libre determinación el libre albedrío, siendo para la época en que tomó esa decisión, una persona capaz de tomar decisiones y contraer obligaciones...” ; **precisó también que en el hipotética evento que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen** “...ello conlleva a un desconocimiento el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, el cual está contemplado en el Art. 48 en la Constitución Política de Colombia...”; **propuso las excepciones de fondo que denominó imposibilidad de la devolución de rendimientos y cuotas de administración, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, improcedente de condena a PROTECCIÓN en favor de las pretensiones de la demanda, buena fe e improcedencia de condena en costas por parte de PROTECCIÓN, ausencia de pruebas que demuestren la ineficiencia o nulidad del formulario de afiliación del demandante a PROTECCIÓN S.A., improcedencia de nulidad y/o ineficacia por vicios del consentimiento, prohibición de traslado de régimen del demandante, debida asesoría de la AFP PAROTECCION y “...Como excepciones subsidiarias en caso de no prosperar las principales...” formuló las de improcedencia de condena en costas, prescripción de la acción, compensación, genérica o ecuménica (fls. 119 a 145).**

II.- SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Laboral del Circuito de Girardot, mediante audiencia virtual celebrada el 25 de junio de 2020, resolvió. “...**Primero: Declarar la Ineficacia** de la afiliación de JOSE ROGELIO TORRES BOHÓRQUEZ a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PROTECCIÓN S.A., suscrita el 23 de junio de 1997, por los motivos expuestos. En consecuencia, **Declarar** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **Segundo: Condenar** a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., a devolver en el término de veinte (20) días seguidos a la ejecutoria de esta sentencia, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JOSÉ ROGELIO TORRES BOHÓRQUEZ, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales y comisiones generadas en su cuenta de ahorro individual, sin que pueda descontar las mesadas ya reconocidas al actor por garantía mínima en el RAIS, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Se colige que PROTECCION no seguirá reconociendo mesadas pensionales al actor, pues la prestación se generó de acto ineficaz, de conformidad con lo expuesto. **Tercero: Declarar** que el señor José Rogelio Torres Bohórquez es merecedor del reconocimiento y pago de la pensión de vejez establecida en el **régimen de transición** de la Ley 100 de 1993, esto es el Decreto 758 de 1990 a partir del 14 de enero de 2001, y a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, de conformidad con lo expuesto. **Cuarto: Ordenar** a la administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones” para que dentro del término de veinte (20) días siguientes al recibimiento de traslado de valores pertenecientes al señor JOSÉ ROGELIO TORRES BOHÓRQUEZ por parte de Protección S.A. expida y notifique el correspondiente acto administrativo por medio del cual se dé cumplimiento a la presente decisión, realizando la liquidación de la pensión de vejez del actor con base en el RÉGIMEN DE TRANSICIÓN de la Ley 100 de 1993, esto es, el Decreto 758 de 1990, así como proceda al pago de la misma en el siguiente ciclo de inclusión en nómina a la expedición del acto administrativo, junto con el retroactivo pensional desde el 14 de enero de 2001, que corresponde a la diferencia que resultare en la mesada reconocida por la AFP y la que se calcule por COLPENSIONES como beneficiario del régimen de transición, sin perjuicio de las mesadas que se llegaren a causar hasta la fecha de pago. **QUINTO: DENEGAR** La condena a los intereses moratorios, los mismos no son procedentes, toda vez que no puede predicarse mora por parte de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto la obligación surge con ocasión de esta decisión. **SEXTO: DECLARAR** que prospera la excepción de no procedencia al pago de costas, propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme con lo expuesto. **SÉPTIMO: DECLARAR** imprósperas las demás excepciones de mérito propuestas por las demandadas. **OCTAVO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda. **NOVENO: CONDENAR** en costas a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS “PROTECCION S.A.” fijándose las agencias en derecho en la suma de \$800.000 a favor de la parte demandante. **DÉCIMO:** En caso de no ser apelado el presente fallo, consúltese ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Cundinamarca, a favor de COLPENSIONES, conforme el art. 69 del C.P.T.” (Acta de audiencia, fls. 174 a 144).

III. RECURSOS DE APELACION PARTE DEMANDADA:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES: Inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación en los siguientes términos: *“... me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión proferida, contra los numerales 1°, 3° y 4°, procedo a sustentarlos. Solicito al Honorable Tribunal de Cundinamarca, Sala Laboral revoque lo anterior y en su lugar absuelva a mi representada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante, conforme los siguientes argumentos de orden fáctico y jurídico a saber: No se puede beneficiar a una persona la cual estuvo de acuerdo con lo ofrecido por el Fondo privado PROTECCIÓN y disfrutó de esta pensión por 19 años y pretende indagar (sic) una obligación a cargo de mi representada cuando no estuvo en un contrato celebrado entre las partes, no debe declararse la ineficacia del traslado de régimen de prima media al RAIS y mantener la afiliación a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido sino que produjo efectos jurídicos, tanto así que el demandante se encuentra hace aproximadamente 19 años pensionado por el fondo privado en la modalidad de renta vitalicia. Hay que tener en cuenta las sentencias del Honorable Tribunal Superior de Bogotá y Medellín, la sentencia del 5 de septiembre de 2018, por el H. Tribunal Superior de Bogotá–Sala Laboral magistrada ponente la Dra. Martha Ludmila Ávila, dentro del proceso 22 2016 10, También la decisión de la Sala No. 1 del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso de 2017 173 del 12 de septiembre de 2018, con ponencia del magistrado Eduardo Contreras; me permito leer hay un aparte de esa sentencia que me parece importante resaltar, “que no puede pasar por alto la Sala que esa nulidad es susceptible de ser saneada a través de la ratificación expresa o tácita, como lo prevé el artículo 1752 del C.C., siendo tácita según el artículo 1754 cuando quiera que se pretenda ejecutar voluntariamente las obligaciones contratadas”. También está la sentencia del Tribunal Superior de Medellín Sala Laboral, M.P. Orlando Antonio Gallo, proceso 2015- 01099501 del 14 de agosto de 2019, donde el H. Tribunal manifiesta que “ha de reiterarse por esta Sala que de sostenerse la ineficacia de la afiliación para pensionados del régimen de ahorro individual, es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles, por cuanto la consolidación de éste nuevo status supone en muchos casos la participación de terceros de buena fe como cuando han optado por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y se han contratado por una aseguradora pagos; también hay que tener en cuenta la descapitalización del sistema y para eso la Corte Constitucional en la sentencia T-1024 de 2004 se pronunció diciendo que el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consisten en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida que se producirá si se permitía que las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo no pueden venir a considerarse en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y reajustes periódicos, pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximas al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y que por ende pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del cotizante”, entonces hay que resaltar que el señor y lleva aproximadamente 19 años y pues en la sentencia se ordenó reconocerle a mi representada una pensión a partir del 2001 cuando el señor cumplió los 60 años de edad, y se debe tener en cuenta que en COLPENSIONES puede salir una pensión más alta que la reconocida en Protección y que estos dineros no alcanzan a cubrir las pensiones o las mesadas pensionales del actor; desde esta, abro paréntesis lo que ha dicho la Corte también “Se sostiene que las cotizaciones efectivamente realizadas durante la vida laboral de los afiliados para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas puedan tener una pensión mínima, independiente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no solo al concepto constitucional de equidad por el artículo 95 de la CP sino también al principio de eficiencia personal cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficiarios a que da derecho la seguridad social”; en la actualidad las decisiones tomadas por los despachos judiciales de declarar la nulidad o ineficacia, en este caso que se declaró la ineficacia, quebranta el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la CP, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, pues genera una situación caótica que altera la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema, ayudando al sostenimiento del mismo. Por lo anterior, no le asiste derecho a la parte accionante la ineficacia del traslado, debido a que una vez estudiado el caso en los límites comprendidos dentro de los fundamentos de la demanda, contrastados con las normas y jurisprudencia que integran el ordenamiento jurídico vigente notan una ausencia de sustento jurídico que justifique acceder a las pretensiones, Por lo anterior, ruego a los Honorables Magistrados del Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Laboral, que sean considerados los argumentos esbozados y en consecuencia sea revocada en los artículos 1°, 3° y 4° que le compete a mi representada la sentencia proferida...”*

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. : Manifestó su desacuerdo, así: *“...Su Señoría, me permito presentar recursos de apelación frente a la integridad del fallo proferido en los siguientes términos, solicitando desde ya se revoque la misma en su integridad, en virtud a que existe inconformidad frente a la declaratoria de ineficacia del traslado, toda vez que la misma se dio de forma válida dentro de los límites establecidos en su momento normativamente; pues debemos indicar que la afiliación suscrita por el demandante se dio bajo los presupuestos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es decir por voluntad propia, y escogencia libre y espontánea del señor JOSÉ ROGELIO, indicando que la información suministrada por cada uno de los asesores de la época obedeció a la vigencia normativa que regía lo que implicó en su momento brindar información ajustada al tránsito normativo, por lo que dicha información no se vio afectada por ningún vicio del consentimiento, pues los asesores de mi defendida brindaron la información pertinente y no ejercieron en forma alguna actos de hostigamiento que pudiesen generar al demandante, por el contrario, esto se dio en cumplimiento del deber de información que tiene PROTECCION S.A., en virtud a la responsabilidad de carácter profesional que se adquiere, actuando siempre de buena fe, indicando el contenido fundamental al futuro afiliado de forma eficiente, eficaz y además indicando al futuro afiliado de forma completa, esto de conformidad con lo establecido en el Decreto 656 de 1994. Igualmente se debe precisar que la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen del demandado, no es procedente toda vez a las limitaciones de la Corte Constitucional. Al respecto y dentro del caso bajo estudio, es necesario precisar que el señor JOSÉ ROGELIO a la fecha cuenta con la edad y semanas cotizadas para acceder al derecho pensional y este ya fue aprobado por mi representada mediante resolución No. 2001-*

2749 del 12 de marzo de 2001, por lo que el demandante se encuentra inmerso dentro de una de las prohibiciones contenidas en la norma precitada para realizar el cambio de régimen pensional, razón más de suficiente para negarle las pretensiones. Por lo anterior, se puede concluir que el señor ROGELIO se encuentra pensionado en PROTECCIÓN desde el año 2001, a la edad de 60 años, esto es inclusive más beneficioso que encontrarse en el régimen de prima media, en el entendido que se encuentra pensionado desde los 60 años, al igual también se debe tener en cuenta el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 que indica que todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro. Así mismo, se tiene como fundamento la sentencia C-841 de 2003, la cual la Corte Constitucional indicó "La Corte estima que los afiliados y los pensionados del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad si son categorías comparables a la luz de los fines perseguidos por el artículo 107 de la Ley 100 de 1993: 1°. Garantizar un servicio administrativo y financiero eficiente de los recursos del régimen de pensión de Ahorro Individual con solidaridad, y 2°. Asegurar la estabilidad financiera y la rentabilidad de la entidad administradora o aseguradora." Por lo anterior, la limitación del traslado de la cuenta de ahorro pensional, cuando se ha adquirido la calidad de pensionado resulta efectivamente conducente para el logro de los fines de eficiencia administrativa y financiera de la entidad administradora y esto es sostenibilidad y rentabilidad del sistema, por esta razón la Corte declara la constitucionalidad de la expresión "y que no haya adquirido la calidad de pensionado contenida en el artículo 107 de la Ley 100 de 1993". Es decir que la norma es clara en cuanto a las reglas de traslado de régimen y de la administradora fijadas por el artículo 107 y 113 de la Ley 100 de 1993, solo aplican para afiliados, trabajadores y servidores públicos, no para los pensionados: Lo anterior, para significar que en materia de traslado de régimen, el legislador le atribuyó en forma exclusiva la facultad a los afiliados, es decir a las personas que aún no han consolidado una situación pensional y por lo mismo pueden optar según sus intereses y bajo ciertas restricciones por uno u otro régimen. En este orden de ideas y debido a la naturaleza dispar que tiene cada uno de los regímenes que conforman el sistema pensional, en especial en cuanto a la forma de cálculo, financiación y los requisitos para acceder a las prestaciones de uno y otro, una vez las personas obtienen el reconocimiento a la pensión, no es posible trasladarse de régimen ni aun de administradora. Ahora bien, con relación a la devolución de cuotas de administración, que es aquella que cobra la AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de cada afiliado por aportes, que es el 16% del IBC que ha realizado el afiliado al sistema general de pensiones a la AFP, ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. En el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 10% del ingreso base de cotización se destinara a las cuentas individuales de ahorro pensional, un 0.5% del IBC se destinara al fondo de garantías de pensión mínima del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y el 3% restante se destinara a financiar los gastos de administración, las primas de reaseguro de Fogafin y la primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, es decir que este valor ni siquiera está destinado a los fondos privados de pensiones, sino a terceros que en este sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, reaseguran los beneficios de pensión de invalidez y de sobrevivientes y además entran a atender el valor de la pensión cuando el dinero acumulado no cubre el total de la contingencia y por ello, si disponemos de este pago del 3% tendríamos que vincular a este proceso a las compañías aseguradoras como al Fogafin que recibieron estos montos para que a su turno devuelvan al sistema estos valores que utilizaron durante todo el período que el demandante estuvo afiliado en el RAIS. Adicionalmente estos gastos de administración corresponden a lo que invierte la entidad, en este caso los fondos privados funcionan como bancos, esto es tener esos dineros en sus cuentas, revisar los rendimientos financieros que son muy superiores a los del régimen de prima media con prestación definida. Frente a la condena impuesta por costas, se debe también establecer que mi representada siempre ha actuado de buena fe, sus asesores siempre se han tratado de asesorar y de prestar el mejor servicio, por lo que muy respetuosamente solicito al Honorable Tribunal de Distrito Judicial de Sala Laboral revoque la decisión. De esta manera sustentó mi recurso de apelación."

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de actor, en las alegaciones solicita se confirme el fallo proferido por la Juez de primera instancia, ya que se probó que el demandante fue engañado e inducido a error por la indebida información, que conlleva al traslado evidentemente "INEFICAZ" del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En términos generales reitera los supuestos fácticos de la demanda, precisando que el demandante estuvo afiliado al entonces ISS, cotizando entre el 1° de mayo de 1968 al 23 de junio de 1997, una total de 1.499 semanas o 29.11 años, con un IBC mayor a 4 salarios, era beneficiario del régimen de transición y le faltaban menos de 10 años de cumplir la expectativa legítima que le daba el derecho del reconocimiento y pago de su pensión de vejez bajo lo establecido en el Decreto 758 de 1990 aprobado por el Acuerdo 049 de la misma anualidad. Que una vez se dio cuenta del grave engaño que había sufrido por PROTECCIÓN S.A. agotó la reclamación administrativa ante esta AFP y ante COLPENSIONES solicitó entre otras peticiones, la nulidad e ineficacia del mentado traslado. Expone que para que el traslado de fondo sea válido y eficaz, es necesario y obligatorio brindar una debida asesoría, e información clara, precisa, coherente, profesional, suficiente, etc.. Lo anterior lo ha dicho y referenciado de manera cronológica y reiterada, el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, a través del radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, las sentencias SL 1452 de abril 3 de 2019, SL 881 de 2020 y SL 12136 de 2014. Igualmente menciona, que no es suficiente la firma en el formulario de afiliación para entenderse valido eficaz dicho traslado, según sentencias de la Corte Suprema de Justicia, SL 373/2020, SL 881/2020, SL 51/2020, así como la Circular 32 de 2010 emitida por la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**.

El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.**, solicita se absuelva a la entidad de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los alegatos y las pruebas practicados; pues en su consideración de las mismas se concluye que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, toda vez que la AFP cumplió con su obligación de prestar una información necesaria, cierta y veraz con relación a las características del Régimen de Ahorro Individual, ya que la información suministrada por cada uno de los asesores de la época obedeció a la vigencia normativa que regía, lo que implicaba en su momento brindar información ajustada al tránsito normativo, por lo que dicha afiliación no se vio afectada por ningún vicio del consentimiento. Señala que el demandante al encontrarse pensionado actualmente con la entidad PROTECCION S.A, se encuentra imposibilitado para realizar traslado de régimen, según lo dispuesto en los Arts. 107 y 113 de la Ley 100 de 1993, al tener

la calidad de pensionado, lo imposibilita para realizar el traslado de régimen; puse dicha normas fijan reglas para el traslado y sólo aplican para afiliados, trabajadores y servidores públicos, no para los pensionados; que la entidad no puede ser llamada a retribuir dinero alguno, y mucho menos en lo concerniente a las CUOTAS DE ADMINISTRACION, pues este valor ni siquiera está destinado a los fondos privados de pensiones, sino a terceros que en este sistema de ahorro individual con solidaridad reaseguran los beneficios de pensión de invalidez y de sobrevivientes, y además entran a atender el valor de la pensión cuando el dinero acumulado no cubre el total de la contingencia y por ello si disponerse este pago del 3%, se tendría que vincular al proceso a las compañías aseguradoras, a Fogafin quienes recibieron estos montos, para que a su turno devuelvan al sistema estos valores que utilizaron durante todo el periodo en que el demandante estuvo afiliada en el RAIS; aunado a que dichos gastos de la administración corresponden a lo que invierte la entidad, que en este caso los fondos privados funcionan como bancos, en tener esos dineros a su cuenta, realizar los rendimientos financieros, que son muy superiores al de RPM en donde ni siquiera hay rendimientos.

La demandada **COLPENSIONES**, en los alegatos de conclusión reclama se revoque la decisión proferida por el juez de primera instancia, reiterando lo expuesto en la apelación; considerando en síntesis, que la juez aplicó el actual criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, sin mirar a fondo las circunstancias del caso en concreto; precisó que para la solicitud del retorno al RPM -03/05/2018- el demandante contaba con 77 años, recibía una renta vitalicia por la AFP PROTECCION, desde el 16 de enero de 2001, encontrándose incurso en la 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, y alegando una ineficacia, cuando ha venido disfrutando 19 años de una prestación económica del fondo privado y ahora ve que los recursos se están acabado, pretende invalidar acto jurídico alegando que la información que le brindaron al momento de trasladarse, hace más de 23 años fue engañosa. Señala que no obra prueba alguna que demuestre un vicio de consentimiento conforme el artículo 1740 del C.C.; tampoco se alegó la nulidad dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil; considera que en el presente asunto el demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibídem, al ejecutar de manera voluntaria la solicitud a la AFP PROTECCION S.A. de una pensión anticipada de la cual viene disfrutando hace 19 años. Trae a colación providencias mencionadas en la sustentación del recurso (Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá y Medellín), para que se niegue el traslado. Igualmente sostiene que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información; considerando que *“...En el presente caso se torna imposible probar hechos ocurridos en el año 1997, hace 23 años, y nadie está obligado a lo imposible...”*. Resalta que para la época en que se dio el traslado, las normas vigentes únicamente exigían para acreditar el deber de información y el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado *“...exclusivamente el consentimiento vertido en el formulario de afiliación...”*; reitera que con sentencias proferidas por la Corte Constitucional, el HTSB SL, se han revocado decisiones de primera instancia bajo el argumento que *“...el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, y teniendo en cuenta que de su elección dependerá su futuro pensional...”*. Precisa también que conforme pronunciamientos que cita, 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. Refiere como SOLICITUD SUBSIDIARIA que *“...En caso de no acogerse los argumentos expuestos por mi representada y en consecuencia la Sala confirme la providencia objeto de la alzada y sin que de ninguna manera se entienda reconocida las pretensiones, SOLICITO SE CONDICIONE el cumplimiento de la sentencia por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- 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 del demandante en la respectiva base de datos...”*.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las administradoras de pensiones demandadas –Colpensiones y Protección S.A.-, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, y revisar en consulta la condena impuesta a la codemandada COLPENSIONES, dada la naturaleza de ésta entidad, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 69 Ibídem.

Inicialmente se debe precisar que la fase determinada en segunda instancia para presentar alegatos de conclusión, va encaminada a profundizar o enfatizar la

sustentación inicialmente señalada como fundamento del recurso de apelación; mas no para argumentar aspectos nuevos o diferentes a los señalados en esa oportunidad, como lo hace la apoderada de la COLPENSIONES; al ahora pretender que se condicione el cumplimiento de la sentencia y se ordene una indexación, cuando tales tópicos no fueron planteados como sustento de la apelación

Precisado lo anterior, se encuentra probado en el proceso los siguientes supuestos: que el actor nació el 13 de enero de 1941, según copia de la cédula (fls. 73), cotizó para el Instituto de Seguros Social entre el 1° de mayo de 1968 y el 31 de agosto de 1997, un total de 1.520.86 semanas y, en el fondo de Pensiones Protección en los ciclos 09/1997/ al 11/1999/, 114.14 semanas, para un total de 1.635 semanas, como se indica en el reporte de INFORMACIÓN HISTORIA LABORAL – Información, saldo de cuenta individual y Bono Pensional- de Protección (fls. 63 a 65 y 148 a 163); que el 21 de agosto de 1997 suscribió formulario de SOLICITUD DE VINCULACIÓN a Protección por “TRASLADO DE RÉGIMEN” (fl. 165), efectivo a partir del 1° de septiembre de 1997 y, con Resolución No. 2001-2749 Protección S.A. le reconoció el derecho de pensión de vejez anticipada, en la modalidad de retiro programado, con 14 mesadas por año, en cuantía de \$633.640 para el 2001 (fls. 40 a 42). Así mismo, se acreditó que mediante derechos de petición, recibidos por COLPENSIONES el 03/05/2018, y por PROTECCION el 7 de mayo de 2018, el actor solicitó “...se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación que se hizo a PROTECCION PENSIONES Y CESANTÍAS con fecha 1 de septiembre de 1997 y que Colpensiones solicite el traslado de fondos aportados a dicho fondo perteneciente al RAIS y que con el aporte realizado desde 1968 hasta junio de 1997 al ISS hoy COLPENSIONES, se me reconozca y que la pensión de vejez, conforme a lo establecido en el Decreto 758 de 1990 como beneficiario del régimen de transición...” (fls. 27 a 32); señalando la última administradora citada, mediante comunicación de 24 de mayo de 2018, en respuesta a la petición del actor que “...usted se encuentra pensionado por nuestra administradora desde el 15 de enero de 2001 y debido a esto no es procedente el traslado hacia Colpensiones porque ya se le reconoció por el Sistema General de Pensiones la prestación económica a la cual tenía derecho y que usted solicito...” (fls. 34 y 35); el 22 de mayo de 2018 el actor solicita a Protección copia de la hoja de vida del asesor que se encargó de hacer efectivos los traslados de los empleados de la empresa MANUFACTURAS DE CUERO CORONA, del

consentimiento informado y la información usada por el asesor acerca de los beneficios que prometieron para acceder al traslado del extinto ISS a PROTECCION (fls. 36 y 37), contestando dicha AFP el 18 de junio de 2018, que respecto a la hoja de vida del asesor “...es de carácter confidencial y su divulgación es restringida...” y que “...Con respecto a los puntos 1 y 2, le indicamos que el consentimiento informado y la copia de las asesorías realizadas, al momento de su traslado, por medio en el cual se le informo sobre las ventajas y desventajas en el traslado de régimen, le indicamos que, no contamos con el registro de estas, ya que las asesorías y proyecciones se realizaban de manera presencial con el fin de abordar todas las inquietudes de los afiliados...” (fl. 38 y vto); por consiguiente, la controversia en esta instancia radica en determinar si: (i) era procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen, como lo solicitó el actor y lo dispuso la falladora de instancia; (ii) de ser afirmativo dicho cuestionamiento, procede la devolución por parte de Protección de las cuotas de administración durante el tiempo que el actor estuvo vinculado con dicho fondo; (iii) así como la condena en costas a cargo de Protección y; (iv) en grado de consulta, se ajusta a derecho la decisión del a quo de ordenar el pago desde el 14 de enero de 2001, de la diferencia del retroactivo pensional que resultare en la mesada reconocida por la AFP y la que se calcule por COLPENSIONES.

Sobre el primer cuestionamiento, se debe precisar 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 el sistema de protección de dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, 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). Asimismo, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y consagra en su literal b) que “...La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado...”, a su vez el artículo 271 ibídem, prevé

como consecuencia de la violación al derecho de libertad de selección, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación “...quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador...”, libertad de selección o elección de régimen que reitera el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, al prever “...La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado...”.

La jurisprudencia ha considerado que la expresión “libre y voluntaria” “...necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse “que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de Fondo de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito...” (CSJ SL 12136-2014).

También se ha concebido que desde su fundación, las sociedades administradores de fondos de pensiones, tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de 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; pues el numeral 1° Art. 97 Decreto 663 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- contempló la obligación de las entidades de “...suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado...”. La jurisprudencia, también ha señalado que “...la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema financiero hace referencia a 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. Por tanto implica un parangón entre las

características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado...”; así como que la “...transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor del servicio o asesor comercial, dar a conocer al usuarios, 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, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro...”; pues dichas entidades en función de sus fines y compromisos sociales, deben ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar con buena fe, con transparencia y “formadas en la ética del servicio público” (CSJ. SL 31989 -2008, reiterada entre otras, en la SL1688 de 2019).

Ahora, el “...deber de información...”, contenido inicialmente en los 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; con el paso del tiempo, ha elevado el nivel de exigencia y ha sido más riguroso frente a las obligaciones de las administradoras de pensiones, ya que con la Ley 1328 de 2009 –Art. 3 literal c)- y el Decreto 2241 de 2010 lo incrementó a un “...deber de información, asesoría y buen consejo...” y con la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 -Art. 3° y la Circular Externa de la Superintendencia Financiera No. 16 de 2016, lo adicionó a un “...deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría...”; sin embargo también, se ha determinado que el deber del operador judicial es evaluar su cumplimiento, acorde con el momento histórico en el que debía cumplirse, así, en sentencia SL1688-2019, radicación No. 68838 de 8 de mayo de 2019, sobre este aspecto, precisó: “...Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del

deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido...

En dicho pronunciamiento, también refirió la Corte, que la sola firma del formulario en el que se indique que *“...la afiliación se hace libre y voluntaria...”* o que *“...se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones...”* o con otro tipo de leyendas, no es suficiente para dar por demostrado el deber de información que señala la normatividad; refiere la Corporación que con esto *“...A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado...”* (CSJ SL19447-2017); *“...entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna...”*; sosteniendo que quien debe acreditar que si cumplió de manera diligente con dicha carga es la entidad de seguridad social AFP, pues cuando el afiliado afirma que no recibió la información debida al momento en que se le afilió, es *“...un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca...”*, por lo que *“...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 si la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo...”*, pues *“...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...”*; inversión de la carga de la prueba, que se da como quiera que *“...pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento...”* (criterio reiterado en Sentencia SL 2817-2019, radicación No. 64876 de 26 de junio de 2019).

Se precisó igualmente por la Corporación de cierre de la justicia ordinaria, en el aludido pronunciamiento que *“...la violación del deber de información se predica frente a*

la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto...”, “...sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo a no a pensionarse...”.

Bajo ese contexto, descendiendo al caso particular y dado que el traslado del actor se llevó a cabo el 21 de agosto de 1997, siendo la normatividad vigente para ese momento los artículos 13 literal b), 271 y 272 Ley 100/1993; artículo 97-1 Decreto 663/93 modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003; que exigía a las AFP suministrar información necesaria al afiliado a fin de que éste pudiese adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, entendido ese deber de información en los términos de la Sentencia SL31989 de 9 de septiembre de 2008 “...La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad...”; se advierte acertada la determinación de la falladora de instancia al declarar ineficaz el traslado de régimen, como quiera que la AFP Protección, no acreditó el cumplimiento de ese deber de información, pues no allegó medio de prueba alguno que así lo demostrara, dado que había explicado de manera clara, detallada, veraz y suficiente al actor además de los beneficios que le predicaba, las desventajas y riesgos que conllevaba tal determinación; pues no debe pasarse por alto que como lo señaló la juez, cuando el actor suscribió el formulario de traslado a Protección -21 de agosto de 1997 (fl. 165)-, contaba ya con 56 años 7 meses y 9 días de edad, había nacido el 13 de enero de 1941 (fl. 73); es decir que se encontraba amparado por el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que para la entrada en vigencia de la aludida Ley -1° de abril de 1994- contaba con 52 años 11 meses y 17 días de edad, y había cotizado por espacio de 25 años aproximadamente; por lo que ese deber de información aquí debe entenderse de una manera mucho más rigurosa, en razón a que dicho aspecto debió ser advertido al momento de gestionar el traslado pensional, mediante una información como se dice, clara, cierta, comprensible y oportuna, suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer al

accionante las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes.

Sin embargo, ello no fue así, téngase en cuenta que no es lo admitido por el actor en su interrogatorio de parte, quien manifestó que él no sabe leer ni escribir y que ni siquiera le leyeron el formulario de traslado, ni le explicaron nada sobre las ventajas y desventajas del traslado, menos aún le dijeron algo sobre el régimen de transición del que era beneficiario; recuérdese que la jurisprudencia ha señalado que la mera suscripción del formulario no es suficiente para dar por demostrado el deber de información (CSJ SL31989 de 09 de septiembre de 2008); además, la misma entidad Protección señaló en respuesta a derecho de petición que elevara el accionante, el 18 de junio de 2018, que respecto a la hoja de vida del asesor *“...es de carácter confidencial y su divulgación es restringida...”* y que *“...Con respecto a los puntos 1 y 2, le indicamos que el consentimiento informado y la copia de las asesorías realizadas, al momento de su traslado, por medio en el cual se le informo sobre las ventajas y desventajas en el traslado de régimen, le indicamos que, no contamos con el registro de estas, ya que las asesorías y proyecciones se realizaban de manera presencial con el fin de abordar todas las inquietudes de los afiliados...”* (fl.38,vto). Recuérdese que tratándose de traslados de régimen pensional de afiliados cobijados por la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia estableció reglas básicas a tener en cuenta al momento de valorar su eficacia, precisando *“...Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permite en caso de controversia estimar si el traslado cumplió con los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable. el Juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar*

las consecuencias propias...” (Sent SL1421-2019, Rad No. 56174, que trajo a colación lo señalado en la SL 3 de septiembre de 2014, Rad No. 46292).

Por consiguiente, tal como lo concluyó la falladora de instancia, no se advierte en el presente asunto el cumplimiento por parte de la AFP Protección, del deber que tenía de suministrar información al actor de manera clara, detallada y precisa de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al nuevo régimen, en el momento del traslado; adviértase que la jurisprudencia ha sostenido que “...*Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla...*” (CSJ SL 12136-2014).

Ahora, la circunstancia que el accionante se encuentre pensionado, no es óbice o impedimento para que se declare ineficaz el traslado de régimen con las consecuencias que ello conlleva, como el derecho a obtener el valor real de la mesada pensional, ya que deriva del derecho a la seguridad social contemplado en el artículo 48 de la CP, el cual se torna en irrenunciable. En sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación No. 31989, en un caso similar al aquí analizado se dijo: “...*En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciera la administradora de régimen de prima media al que retorna...*”.

En cuanto a “...*que no puede pasar por alto la Sala que esa nulidad es susceptible de ser saneada a través de la ratificación expresa o tácita...*”, debe decirse que el mismo ordenamiento legal –Arts.271, 272 Ley 100/93) determina como efectos de la afiliación desinformada *la ineficacia*, al señalar “...*La afiliación respectiva **quedará sin efecto** y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador...*”, que lleva como consecuencia el declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás. En pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, señaló: *“...resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales...pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada. Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o de consumidor financiero. La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos. Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que puedan ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos...”* (Sent SL1688-2019, Rad No. 68838 de 8 de mayo de 2019).

Igualmente, debe decirse que no se considera que el declarar ineficaz el traslado de régimen pensional, atente contra la *“...sostenibilidad y rentabilidad del sistema...”*; como quiera que, tal como lo dispuso el a quo, el fondo privado Protección debe trasladar a Colpensiones *“...la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, bonos pensionales y comisiones generadas en su cuenta de ahorro individual, sin que pueda descontar las mesadas ya reconocidas al actor por garantía mínima en el RAIS...”*; habida cuenta que para el momento en que se dio el traslado, cotizó el actor al RAIS y se reconoció la acreencia pensional, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, contemplaba la distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar, pues 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; y se reitera, Protección debe trasladar la totalidad de

lo percibido por aportes del actor, incluido los gastos de administración –aspecto que también reprocha la apoderada de PROTECCIÓN S.A.-

En efecto, debe precisarse que hay lugar a trasladar lo atinente a gastos de administración, ya que, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, se retrotraen las cosas al estado en que se encontraban, es decir como si ello no hubiere ocurrido. Sobre este específico punto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Rad. No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló: *“...La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. “Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...”*.

Y, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, dijo *“...Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales...”*; por consiguiente; no existe razón para que la accionada PROTECCIÓN, no efectúe la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, ya que dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, se verifica si le asiste la obligación a Colpensiones de reconocer la acreencia pensional, y si lo es en los términos dispuestos por el a quo. Al respecto debe señalarse: (i) que para el

momento de materializarse el traslado de régimen, el actor se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues al 1° de abril de 1994, tenía más de 52 años de edad y más de 25 años de cotización; que para el 21 de agosto de 1997, fecha en que solicitó el traslado a PROTECCIÓN, contaba con 1.520.86 semanas cotizadas al ISS desde el 1° de mayo de 1968, cumpliendo con el requisito de densidad de cotizaciones previsto en el artículo 12, literal b) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, y que el 13 de enero de 2001 cumpliría los 60 años, con lo cual causaría su derecho pensional al amparo del aludido régimen de transición vigente en ese momento; (ii) que la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, conlleva a que sea la demandada Colpensiones la obligada a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez prevista en la citada norma –Acuerdo 049 de 1990-; (iii) que conforme a INFORMACIÓN HISTORIA LABORAL – Información, saldo de cuenta individual y Bono Pensional- de Protección (fls. 63 a 65 y 148 a 163), el accionante realizó cotizaciones hasta el ciclo “11/1999”, reuniendo un total de 1.635 semanas; por lo que, tal como lo concibió la falladora de instancia, el reconocimiento de su acreencia pensional es a partir del 13 de enero de 2001, al cumplir los 60 años, con una tasa de reemplazo del 90% (Art. 20 Decreto 758/1990).

En lo que si no puede estar de acuerdo la Sala, es que se hubiese ordenado pagar a partir de la fecha indicada -13 de enero de 2001- las diferencias que surjan entre el monto de la mesada pensional que liquide Colpensiones y aquella que venía recibiendo por parte de Protección; pues si bien el derecho a la pensión nació desde esa época, tan solo hasta el 3 de mayo de 2018 el actor elevó la correspondiente reclamación a Colpensiones respecto a la ineficacia del traslado de régimen, como se advierte del derecho de petición de folios 27 a 29; por lo que frente a aquellas diferencias de mesadas causadas con anterioridad al **3 de mayo de 2015**, operó el fenómeno prescriptivo al haber transcurrido más de tres años desde la causación del derecho y la reclamación correspondiente (Arts. 488 del CST y 151 del CPTSS), como quiera que si bien el derecho a demandar la ineficacia del traslado no prescribe, si las mesadas que no se hubieren reclamado

en tiempo, ya que no debe pasarse por alto que el actor fue pensionado desde el año 2001. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia, en providencia SL1688-2019, Rad. No. 68838 de 8 de mayo de 2019, sostuvo “...Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha definido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello. Dicho de otro modo: no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero si los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento. Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo, pues, recuérdese, <la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa>, De allí que <la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho> (CSJ SL8544-2016). Por último, es oportuno mencionar que si bien el derecho a demandar la ineficacia del traslado y la pensión o su valor real, es imprescriptible, si lo son las mesadas pensionales no reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, conforme lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social....”.

De otra parte, se señala en la demanda que PROTECCIÓN S.A., el 16 de junio de 2010, pagó al actor \$70.132.911 como excedente sobre el valor del capital requerido para financiar una renta vitalicia del 70% del IBL (hecho 10, fl. 4), situación que es corroborada con la comunicación de 16 de junio de 2010 de esa AFP, quien aduce que de conformidad con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 100 de 1993, dicho valor es el excedente de libre disponibilidad “...correspondiente a la diferencia entre el saldo de su cuenta pensional, que a la fecha asciende a \$281.934.325, y el capital requerido para financiar una renta vitalicia del 70% del ingreso Base de Liquidación que corresponde a

\$211.801.414...” (fl. 43 y 44); es decir que dicho valor hace parte del capital para financiar la pensión del accionante y que al encontrarse en la cuenta individual de ahorro pensional, pertenece al Sistema General de Seguridad Social y por consiguiente, también debe ser reintegrado al RPMPD, pues se repite, son los recursos para el financiamiento de la pensión del actor.

No obstante, como dicho monto fuera entregado al demandante como éste lo aceptó en el hecho 10° de la demanda, se autorizará a la accionada COLPENSIONES, descontar de la suma que resultare por retroactivo pensional a favor del accionante esa cuantía y en el evento que éste –el retroactivo- sea inferior al monto señalado -\$70.132.911, el saldo pendiente se le descontará de la mesada pensional, sin que al imputar dicha diferencia el valor de la mesada pueda ser inferior a la suma que recibía por acreencia pensional por parte de la AFP PROTECCIÓN.

Finalmente repara la accionada PROTECCION, la condena en costas que se le impusiera por la falladora de instancia; precisándose que ella hay lugar, teniendo en cuenta lo señalado en el numeral 1° del artículo 365 del CGP, el que se aplica por remisión del artículo 145 del CPTSS, que prevé “...Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código...”; y como esta recurrente resultó vencida, le es aplicable dicho apartado y por ende, procede la condena impuesta; sin que para tal efecto haya lugar a determinar si las partes actuaron de buena o mala fe, o la condición de cada una de éstas, como lo alega la citada apelante, pues su imposición está dada por la resultados del proceso en los términos del CGP. Téngase en cuenta que la Corte Constitucional, sobre este particular, en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, señaló “(...) La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiada de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a

actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte. ni pueden asumirse como una sanción en su contra. (...)". Ahora, si el reparo es frente al quantum de las agencias en derecho establecidas por el juez, que no quedo específicamente así determinado, debe precisarse que esta no es la ocasión procesal para debatir tal aspecto, obsérvese que conforme el numeral 5° del artículo 366 del CGP "*...La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo...*"; lo que significa que no es en la apelación de la sentencia que deba verificarse la cuantía de las agencias en derecho impuestas, por no ser, se repite, la oportunidad legal para ello.

Agotados los puntos objeto de revisión, se modificará la decisión en los términos señalados; y se condenará en costas a la parte demandada –Colpensiones y Protección-, dado el resultado de la apelación. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a cada una.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral 4° de la sentencia dictada por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot, el 25 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JOSÉ ROGELIO TORRES BOHÓRQUEZ** contra las **ADMINISTRADORAS COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y PROTECCIÓN S.A.**, en cuanto a la fecha del causación del retroactivo pensional a favor del actor, correspondiente a la diferencia que resultare en la mesada reconocida por la AFP y la que se calcule por COLPENSIONES como beneficiario del régimen de transición, que será a partir del 3 de mayo de 2015, conforme con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

2 **AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** descontar del retroactivo pensional que resulte a favor del demandante, el valor de \$70.132.911, y en el evento que quedare algún saldo pendiente se impute a la mesada pensional, sin que el monto de ésta pueda ser inferior a la suma que recibía por parte de la AFP PROTECCIÓN; atendiendo lo considerado anteriormente.

3 **ADICIONAR** el numeral 6° de la citada sentencia, para **DECLARAR** también que **PROSPERA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción, en cuanto al retroactivo pensional por la diferencia que resultare en el monto de la mesada pensional que reconozca **COLPENSIONES**, por lo dicho en precedencia.

4 **CONFIRMAR** en lo demás la decisión revisada.

5 **COSTAS** a la parte demandada –Colpensiones y Protección-. Fíjese como agencias en derecho de un salario mínimo legal mensual a cada una.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA SENTENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA