



San Andrés, Isla, diecinueve (19) de julio de dos mil veintidós (2022).

MAG. SUSTANCIADOR: JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA.

PROCESO : ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE : NURY ISABEL VELASQUEZ HERAZO
**DEMANDADO : SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS S.A. PORVENIR,
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTIAS.**
RAD. ÚNICO : 88-001-31-05-001-2019-00173-01.

Acta No: 9332

VISTOS

Procede el tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas PORVENIR Y COLPENSIONES contra de la sentencia de fecha once (11) de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, isla, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por la señora NURY ISABEL VELASQUEZ HERAZO en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. PORVENIR, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS.

I. ANTECEDENTES. -

1.1. Pretensiones

La señora NURY ISABEL VELASQUEZ HERAZO por conducto de apoderado judicial, adelantó proceso ordinario laboral contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. PORVENIR, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS, con la finalidad de que se declare la ineficacia de la afiliación (anulación del traslado) de la señora NURY ISABEL VELASQUEZ HERAZO que se realizó a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy PORVENIR S.A. el 18 de octubre de 1994 por falta de consentimiento informado, pues en el momento de traslado no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para el mismo.



La demandante solicita igualmente, se ordene al Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. donde se encuentra afiliada actualmente, el traslado a COLPENSIONES del valor de los aportes cotizados con los respectivos rendimientos en un término no mayor de 10 días a la ejecutoria de la sentencia. Solicita que se ordene a COLPENSIONES recibir todos los aportes de COLFONDOS S.A. los cuales han sido cotizados por la demandante a dicho Sistema de Seguridad Social en Pensiones, resalta así mismo, que se tenga en cuenta con sus rendimientos y que se actualice su historia laboral en un término no mayor de 30 días al recibo de los aportes remitidos por COLFONDOS S.A. y que se condene al pago de las costas del proceso.

1.2. Hechos:

Manifiesta la demandante que nació el 04 de octubre de 1955, que tiene 64 años de edad y se afilió en al régimen de prima media en la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE el 16 de septiembre de 1983 siendo su empleador para esa época la PROCURADURIA PROVINCIAL DE MAGANGUE cotizando hasta el 30 de octubre de 1990, aun estando en el régimen de prima media, con la RAMA JUDICIAL, cotizó en CAJANAL desde el 1 de noviembre de 1990 hasta junio 30 de 1992, la demandante continuó en el régimen de prima media con CAJANAL siendo su empleador la Fiscalía General de la Nación Seccional Cartagena, con quien cotizó desde julio de 1992 hasta noviembre 1 de 1994 para un total de cotizaciones en el régimen de prima media de 501 semanas. Posteriormente, la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con el fondo de pensiones BBVA HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A, el 18 de octubre de 1994 siendo su empleador para la época la Fiscalía General de la Nación, en PORVENIR S.A la demandante acumuló 429 semanas cotizadas hasta mayo de 2004. La demandante se traslada a COLFONDOS S.A. el 22 de junio de 2004 y con esta administradora ha cotizado 827.14 semanas hasta agosto de 2019, para un total 1.757.86 de semanas cotizadas hasta agosto de 2019.

Resalta la demandante que, al momento del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy PORVENIR S.A, se le dio la información completa y comprensible sobre todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, así mismo, indica que al momento de traslado PORVENIR S.A le explico las desventajas y la afectación de sus derechos fundamentales a la Seguridad Social por la pérdida del régimen de transición con el cambio de régimen de prima media al ahorro individual pero no se le dio información por parte de PORVENIR S.A, sobre las



condiciones para el disfrute pensional, no se le hizo una proyección de la pensión y mucho menos le fue informado sobre todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, así como tampoco le fue explicado cómo se financiaba la pensión en el régimen de prima media y en el de fondos privados. Aduce que por el traslado de regímenes se genera una evidente afectación en su pensión, con el capital ahorrado en COLFONDOS S.A. hasta la fecha se le informa que tendría derecho a una pensión equivalente a dos salarios mínimos, en el régimen de prima media, conforme a la proyección hecha por ABOCONTA S.A.S, la demandante para la fecha tendría una pensión de \$4.716.822 con un IBL de los últimos 10 años \$6.163.363 y una tasa de remplazo de 76.53%.

El 25 de octubre de 2019 la demandante solicitó a COLPENSIONES la anulación del traslado al RAIS, COLPENSIONES, solicitud que fue negada el 28 de octubre del mismo año, indicándole que nunca ha estado afiliada a ese fondo de pensiones y que no es posible su traslado toda vez que la demandante se encuentra a menos de diez (10) años para pensionarse. De igual forma ha radicado derecho de petición ante PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A solicitando la anulación del traslado realizado a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS y como consecuencia de ello se trasladen sus aportes a COLPENSIONES.

1.3 Trámite Procesal y Contestación de la Demanda:

El veintisiete (27) de noviembre de 2019, el Juzgado Laboral del Circuito admitió la demanda al tenor de lo dispuesto en los artículos 25 y 74 del C.P. del T. ordenándose correr traslado de la misma a los demandados.

1.3.1 CONTESTACIONES

1.3.1.1 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

Manifestó no constarle los hechos 1, 2, 3, 4, como tampoco los hechos número 13,14, 15, 16 17 por ser hechos de terceros, acepto ser ciertos los hechos 5, 6, 7, 8, 9, 10 11, 12, 19, 20, 21, 22. el hecho 18 considera que es una apreciación de la parte demandante el cual guardan relación con las pretensiones, no obstante, se debatirán con las pruebas aportadas al proceso, se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de asidero legal, como excepciones de fondo propuso falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación, propone la declaratoria de otras excepciones y se halla probados hechos que constituyan una excepción se sirva reconocerla de oficio de conformidad con lo dispuesto en el art.360 del C.P.C. aplicado



por vía remisoría en lo laboral según lo dispuesto por el artículo 145 del C.P.L. Solicita se deniegue las suplicas de la demanda, se condene en costas en agencias en derecho y demás gastos procesales a la demandante. Solicita que en el hipotético caso de librar condena en su contra, se conceda para el cumplimiento de la misma el termino de 10 meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

1.3.1.2. La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

Esta demandada señaló no constarle los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11, 12, 17, 18, 19, 20, 22 de la demanda; acepto ser ciertos los hechos 7, 10, 13, 14, 21; con respecto a los hechos 8, 9, indica que no los puede afirmar ni negar; no ciertos los hechos 15 y 16. Se opuso a las pretensiones de la demanda y como excepciones de mérito propuso: prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y como quinta excepción, propuso la llamada innominada o genérica.

1.3.1.3 COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS

Manifestó no constarle los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21; no ciertos los hechos 10, 11, 12, 17, 22; en cuanto a las pretensiones manifiesta no oponerse a la numero 1 y 3; y se opuso al 2 y 4. Como excepciones previas propuso falta de integración de litisconsortes necesarios con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, PROTECCION S.A; como excepciones perentorias o de fondo propuso: prescripción y caducidad, improcedencia de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado, firmeza del consentimiento del traslado del RPM al RAIS y filiación a las AFP privadas, ratificación del consentimiento del traslado del RPM al RAIS y filiación a los fondos privados, inexistencia de la obligación y causa para pedir, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, improcedencia de condena en costas, compensación, buena fe, no nominada o genéricas.

1.3.1.4 PROTECCIÓN

Manifestó que los hechos 1, 2 los considera como ciertos; sin embargo, manifiesta que los hechos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 no le constan de manera directa. Se opone a todas y cada una de las pretensiones, a cualquier declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación en las que se involucre PROTECCION. Como excepciones de mérito propuso inexistencia de la obligación y



causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. –

El Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, en sentencia dictada del día 11 de octubre de 2021, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. respecto de la Señora NURY ISABEL VELASQUEZ HERAZO, en consecuencia, dispuso que la accionante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, accedió al allanamiento de las pretensiones de la demanda, por parte de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS y le ordenó trasladar el saldo de su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, bonos pensionales, lo recaudado por comisiones y gastos de administración debidamente indexados durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, así como también, los valores utilizados en seguros previsionales, el porcentaje destinado a construir el fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y gastos de administración que fueron cobradas a la demandante, los cuales se deberán cancelar debidamente indexados y declaro no probadas las excepciones impetradas por la parte demandada y condenó en costas a las demandadas.

Fundamentó su decisión con apoyo en lo establecido por la Sala Laboral de la CSJ, la acreditación de que hubo libertad y voluntad de decisión de traslado solo es posible si existe la información *necesaria y transparente* y que en igual sentido la misma sala resaltó que la información debe ser necesaria, la descripción de las características, condiciones, acceso y servicio de cada uno de los regímenes pensionales, esto con el propósito de que el afiliado conozca con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados pensionales, implica una aclaración tanto de las ventajas como de las desventajas de cada régimen, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. En lo referente a que la información debe ser *transparente*: hace alusión a que la administradora de fondos debe dar a conocer al afiliado en un lenguaje claro y comprensible los elementos



definitorios y condiciones de ambos regímenes, de manera que la elección del afiliado pueda darse después de este comprender a plenitud todas las reglas, consecuencias y riesgos. La transparencia implica la obligación de dar a conocer toda la verdad de ambos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, concluyó que de lo relatado por la demandante no puede colegirse que haya admitido haber recibido información suficiente, veraz, clara, comprensible y completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del cambio de régimen pensional, enfatizó que la actuación viciada de traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual no se convalida por los traslados de administradoras dentro del régimen de ahorro individual, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual no implica la ratificación de decisión de cambio de régimen.

Cita la sentencia SL3349-2021 en la que se examina la posibilidad de que se sane el cambio de régimen pensional por incumplimiento del deber de información de la administradora de fondo de pensiones, una de esas circunstancias es la desidia del interesado en indagar por las condiciones y características, la sala laboral ha establecido que el desinterés del potencial afiliado no exime a la AFP de garantizar la información con calidad y oportunidad, toda vez que el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 no deja duda de que se carga fue impuesta a las entidades del sistema y por tanto no quedan al arbitrio o disposición de los intervinientes en el acto porque precisamente el fundamento de la ineficacia es su incumpliendo, también se ha ocupado la corte de analizar el tema de la condición y las profesiones de adiestramiento del afiliado, en este punto recuérdese haber indicado la demandante que es abogada y las preguntas que al respecto realizo el apoderado de protección se indicó que desde la profesión del asegurado no es posible deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones por lo que aun conociendo aspectos relacionas con el sistema financiero y el manejo de las administradoras de fondos de pensiones estas deben demostrar la acreditación de sus obligaciones profesionales respecto de sus eventuales afiliados, entre los documentos con los que se cuenta en el expediente virtual se encuentran los siguientes formularios de vinculación de la accionante a los diferentes fondos, con diferente estilo, pero indicando esencialmente que la demandante selecciona el régimen de ahorro individual con solidaridad, que decide afiliarse al respectivo fondo de manera libe, espontánea y voluntaria sin presiones.

Sobre las leyendas de voluntad de afiliación de la demandante, ha salido al paso la sala laboral de la corte suprema de justicia en la sentencia SL 4964 del 2018, no solo por la



propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del código civil la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona y eso no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre en las voces del referido artículo 13 de la ley 100 del 1993.

Adujo que no es posible considerar saneada la eficacia del artículo 271 de la ley 100 de 1993 con la afiliación horizontal de la accionante a diferentes administradoras de fondos de pensiones, toda vez que el traslado inicial a horizontes hoy PORVENIR SA por imperativo legal no produce efectos y no puede considerarse como una justificación para la pretermisión del deber de información a cargo de cada una de esas entidades de seguridad social, por su parte PORVENIR SA no demostró que el entonces horizonte suministrara a la accionante información suficiente, veraz, clara y comprensible sobre las ventajas y desventajas y las consecuencias del cambio del régimen pensional, en el presente asunto deben entenderse la decisión de la accionante de trasladarse de régimen no fue de manera libre y espontánea por faltar información suficiente, clara y comprensible sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del cambio del régimen pensional motivo por el cual se declara la ineficacia del traslado que la demandante hizo al fondo de pensiones PORVENIR SA. De tal forma que para los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció al régimen de prima media con prestación definida.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la AFP Porvenir presentó recurso de apelación y afirmó que cuando la demandante hizo su traslado, en esa oportunidad, de acuerdo con el concepto 2015123910012 del 29 de diciembre de 2015 de la Superintendencia Financiera de Colombia, debe advertirse que no obstante la exigencia del deber de asesoría solo es hasta la expedición de la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015, es claro el deber legal de la administradora de poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado por lo que en vigencia del Instituto del Seguro Social los traslados realizados eran por fuera de la vigencia de estas disposiciones, dichas asesorías podían no contener la ilustración correspondiente a la viabilidad en lo que respecta al monto de la disposición,



es por ello que cuando la demandante hizo su traslado, de acuerdo al concepto, el deber de asesoría, en los términos que plantea la actora, solamente fue previsto cuando se creó la información al consumidor financiero, esto es con la ley que reformo el estatuto orgánico del Sistema Financiero, ley 1328 de 2009 y su decreto reglamentario 2555 de 2010, en lo referente al derecho a recibir información y la asesoría que les asiste a los afiliados del régimen, dicha ley y decreto que consagra los principios que orientan la protección del consumidor financiero en el Sistema General de Pensiones y solamente a partir de ahí se da la información al afiliado, y cuando la demandante hizo su traslado, en ese momento no era necesario brindarle la asesoría correspondiente.

De igual forma COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y, adujo que no medió autorización ni consentimiento por parte de COLPENSIONES al momento de la demandante trasladarse del régimen de prima media al Régimen de Ahorro Individual, la demandante no hizo uso de su derecho, no solicitó el retracto el cual daba la posibilidad de dejar sin efectos la afiliación y finalmente resalta que la demandante no cumple con los requisitos para regresar al Régimen de Prima Media ya que le faltan menos de 10 años para cumplir con la edad mínima de pensión.

IV.- CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

4.1.1. presupuestos procesales.

Esta Sala de Decisión es competente funcionalmente para revisar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, por mandato del numeral 1 del literal B del artículo 15 del CPT.

Más recientemente, la Sala Plena de la Corte Constitucional en auto 406/21 sostuvo:

“Así las cosas, si al momento de causar la pensión el demandante tuvo la calidad de empleado público, y si una persona de derecho público administra el régimen de seguridad social que le aplica, la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá conocer el asunto. En concreto, en las controversias en materia de seguridad social, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se determina mediante dos factores concurrentes: la naturaleza jurídica de la entidad demandada y la calidad jurídica (determinada por la



naturaleza del vínculo laboral y las funciones que desempeña) del sujeto que demanda

1. *Por su parte, la jurisdicción ordinaria es competente “para resolver asuntos de traslados pensionales, siempre y cuando sea del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al régimen de Prima Media con Prestación Definida”¹. Esa tesis ha sido desarrollada por el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de procesos iniciados por afiliados al RAIS que, en un primer momento, pertenecieron al RPM. Por consiguiente, solicitan que se declare la ineficacia del traslado para regresar a ese régimen.²*

Adicionalmente, revisada la actuación no se observa irregularidad procesal que pueda invalidar el proceso o que conlleve a emitir una sentencia inhibitoria, por lo que pasará a emitirse el fallo que en derecho corresponda.

4.2. Problema Jurídico.

De los argumentos de disenso expuestos en la sustentación del recurso de alzada incoado por las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLPENSIONES surge como problema jurídico determinar si existió o no un vicio del consentimiento en el acto de afiliación y traslado del régimen de prima media al de ahorro pensional y por ende si había lugar a declarar la nulidad o ineficacia de dicho acto jurídico.

4.3. Fundamento normativo y jurisprudencial:

Código Civil Artículo 1603. Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella, artículo 1604. Responsabilidad del deudor. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la culpa leve en los contratos que se hacen para

¹ Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Auto del 4 de abril de 2018, M.P. Camilo Montoya Reyes; Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Auto del 11 de abril de 2018, M.P. Camilo Montoya Reyes; y Consejo Superior de la Judicatura. Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Auto del 8 de agosto de 2019, M.P. Julia Emma Garzón de Gómez.

² referencia: auto 406/21 expediente cju-605 Conflicto de jurisdicción suscitado entre el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín y el Tribunal Administrativo de Antioquia (Sala Segunda de Oralidad) Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.



beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. (...)

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes. (Subrayas, resaltado y cursivas fuera del texto original)

*Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 1o. **SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.** El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten ”
El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.*

ARTÍCULO 4o. DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL Es un *servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.*

Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.

ARTÍCULO 5o. CREACIÓN. En desarrollo del artículo 48. de la Constitución Política, organizase el Sistema de Seguridad Social Integral cuya dirección, coordinación y control estará a cargo del Estado, en los términos de la presente ley.

ARTÍCULO 11. CAMPO DE APLICACIÓN. *<Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez,*



invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.(...)”

“...ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

- a. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes.
- b. 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. 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.
- c. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.
- d. La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley.
- e. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”

ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento



de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetaran a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o



privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR.

“...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 se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador...” (Subrayas, resaltado y cursivas fuera del texto original)

Decreto 2241 de 2010. (23 de junio). Ministerio de Hacienda y Crédito Público. **Por el cual se reglamenta el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones.**

Artículo 1o. **Objeto y ámbito de aplicación.** Artículo 2o. **Principios.** Los principios previstos en el artículo 3o de la Ley 1328 de 2009 se aplican integralmente al Sistema General de Pensiones, teniendo adicionalmente en cuenta los aspectos particulares que se desarrollan en los siguientes numerales: **1. Debida Diligencia. 2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna.** (...) Artículo 3o. **Derechos.** Los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones tendrán los siguientes derechos, en lo que les sea pertinente:

1. Ser informados de manera cierta, suficiente, clara y oportuna de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo sistema de administración de multífidos, de las diferentes modalidades de pensión y de los efectos y consecuencias de la no toma de decisiones.

2. Seleccionar el régimen y elegir la administradora de fondos de pensiones y trasladarse voluntariamente tanto de régimen como de administradora, de acuerdo con las normas aplicables en la materia. (...)”. (Subrayas, resaltado y cursivas fuera del texto original)



CIRCULAR EXTERNA 058 DE 1998 (agosto 06). SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA.

La Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, particularmente en desarrollo de lo dispuesto en el literal a), numeral 3o. del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, se permite impartir las siguientes instrucciones orientadas a solucionar los inconvenientes generados por la múltiple vinculación en que se encuentran algunos trabajadores ante las distintas entidades administradoras del Sistema General de Pensiones. “(...)” Adicionalmente, cumplirá dos objetivos fundamentales para la adecuada prestación del servicio de las entidades administradoras de pensiones. En primer lugar, permitirá determinar con exactitud la entidad responsable del reconocimiento de las pensiones y prestaciones en favor de los afiliados o de sus beneficiarios y, en segundo término, facilitará el proceso de emisión de bonos pensionales, en beneficio de los afiliados al Sistema General de Pensiones. ”

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL:

Corte Constitucional., Sentencia C-1024 de 20 de octubre de 2004. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente D-5138. Asunto: Demanda de inconstitucionalidad parcial contra los artículos 2o, 3o y 9o de la Ley 797 de 2003.

“...Por último, es pertinente reiterar que el derecho a la libertad de elección de los usuarios en cuanto al régimen pensional de su preferencia, es un derecho de rango legal [13] y no de origen constitucional, el cual depende, en cada caso, del ejercicio de la libre configuración normativa del legislador. En este orden de ideas, bien puede el Congreso diseñar un sistema de seguridad social a través de un modelo distinto al actualmente vigente, por ejemplo, exigiendo a todos los nuevos trabajadores públicos vinculados a carrera administrativa afiliarse al régimen solidario de prima media con prestación definida, sin que por ello pueda predicarse per se su inconstitucionalidad.

“(...)” En este orden de ideas, y retomando lo inicialmente expuesto, el periodo de carencia o de permanencia obligatoria previsto en la disposición acusada, conduce a la obtención de un beneficio directo a los sujetos a quienes se les aplica, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia, asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema pensional, preservando los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas.



En consecuencia, la norma acusada será declarada exequible en la parte resolutive de esta providencia, por el cargo analizado en esta oportunidad. Sin embargo, esta Corporación en Sentencia C-789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), precisó que aquellas personas que habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, cuando previamente se hubiesen trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, tienen el derecho de regresar -en cualquier tiempo- al régimen de prima media con prestación definida, con el propósito de preservar la intangibilidad de su derecho a pensionarse conforme al régimen de transición. Allí, puntualmente, se dijo:

“(...)” El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.

[14] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1o), y como derecho- deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1o de 1994),[15] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4o y 5o del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se le calcule su



pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida. (...)”

De suerte que, a juicio de esta Corporación, siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido[16], no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas, conforme lo expuso esta Corporación en Sentencia C-789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).



TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE LOS BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION-Reglas jurisprudenciales

“...En materia de traslado de régimen pensional, particularmente, respecto de los beneficiarios del régimen de transición, se han establecido las siguientes reglas de obligatorio cumplimiento para los jueces de tutela: i) Sólo los beneficiarios del régimen de transición que hubieren cotizado 15 años o más de servicios al sistema para el 1 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pueden trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, conservando los beneficios del régimen de transición, caso en el cual, “deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media” . No obstante lo anterior, ii) los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, es decir, aquellos que para el momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 35 años en el caso de las mujeres y, 40 años en el caso de los hombres, podrán trasladarse de régimen pensional una vez cada 5 años, contados a partir de su selección inicial, sin embargo no podrán efectuar dicho traslado cuando le faltaren 10 años o menos para acceder a la pensión de vejez. “En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición”. Por fuera de lo anterior, iii) en relación con los demás afiliados al Sistema General de Pensiones, igualmente podrán trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada 5 años pero no podrán hacerlo si le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad exigida para acceder al derecho a la pensión, lo anterior, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003...” (Subrayas, resaltado y cursivas fuera del texto original)

EFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL19447-2017, Magistrado Ponente: Gerardo Botero Zuluaga. Rad.: 47125.

“...Esta Sala de la Corte explicó, en su oportunidad que la transformación del sistema pensional, con la duplicidad de regímenes, obedeció al interés de reforzar la protección social en Colombia, a través de un estatuto, en el que este derecho fuese visto también como un servicio público que el Estado procuró alcanzar a través de un



piso básico de cobertura y con la incorporación de la universalidad, dotado de elementos de asistencia social y otras prestaciones definidas, en las que es determinante la participación pública y privada en los regímenes, pero eso sí, enmarcados en una buena administración de las instituciones y en el financiamiento a través de cotizaciones e impuestos.

Tal cometido se soporta en el principio general de garantía de los derechos irrenunciables de los ciudadanos a obtener una calidad de vida, acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que la afecten, en los distintos estadios de la existencia (art. 1o, L. 100/93) y por ello se impone que el sistema sea integral, regulado a través de la eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, que en últimas son útiles en la práctica para cohesionar a todas las instituciones en la concreción de los derechos que a través de aquel se regulan. (...) Así mismo tal disposición prevé las consecuencias en la infracción de la información veraz cual es, que «La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador» lo que en este caso también resultaba relevante, en punto a la actuación de la empresa Quifarma S.A. “(...)” Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento integro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Incluso así lo ha destacado la Sala, de tiempo atrás, entre otras en decisión CSJ SL, oct, 2008, rad 31389 en la que explicó:

“...Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub



lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. “(…)”

Incluso, es bajo ese norte que esta Sala de la Corte en decisión CSJ SL12136-2014 decantó la tesis sobre el deber de información de las AFP en los siguientes términos:

La importancia de lo aquí debatido permite que esta Sala recuerde que el sistema general de seguridad social se implantó con el objetivo de procurar una mayor cobertura respecto de las distintas contingencias y se edificó bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, todo ello en aras, además, de elevar la calidad de vida de los asociados y de materializar el postulado inserto en el artículo 48 de la Constitución Política.

En particular, en materia pensional, uno de los más vitales propósitos fue el de canalizar la multiplicidad de regímenes dispersos, y fue así que creó solo dos de carácter excluyente, el solidario de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad;(…)

Para efectos de optar por alguno de ellos, el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»; el literal e) ibidem estableció que «una vez efectuada la selección inicial ... solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial en la forma en que señale el gobierno nacional», término que luego fue ampliado a 5 años, según la Ley 797 de 2003.

Por demás el propio artículo 272 de dicho Estatuto de la Seguridad Social previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados cuando quiera que con ellas se menoscabara la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, y advirtió sobre la preponderancia de los principios mínimos contenidos en el precepto 53 constitucional.



Tales contenidos normativos, sin duda, tienen incidencia en el presente debate, relativo a la ineficacia del traslado del afiliado en punto al régimen de transición y debieron ser el norte del *ad quem* antes de emitir la conclusión que aquí se cuestiona.

(...)

Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (art. 1o, L. 100/93) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta Sala no podría argüirse 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 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.

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.

(...)

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.



Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima. 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, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió 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.

(...)

De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las administradoras de fondo de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional. (...)"

CASO CONCRETO

Se pronunciara entonces esta Sala de Decisión en torno a los recursos de apelación impetrados por las demandadas Administradoras de Fondos de Pensiones COLPENSIONES S.A., y PORVENIR S.A., sus inconformidades básicamente radican en



que se declaró probada la existencia del vicio del consentimiento y consecuencia de ello la ineficacia del traslado de la señora Nury Isabel Velásquez de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., consideran que no obra prueba de maniobra fraudulenta o engaño de la entidad PORVENIR hacia la actora para vincularla a dicho fondo y cambiar de régimen pensional, toda vez que, para el año del cambio de régimen, esto es para 1995, aun no era obligatorio brindar una información clara y precisa a los afiliados por parte del fondo de pensiones.-

De la eficacia del traslado pensional y la limitación del art. 13 de la Ley 100 de 1993:

De las pruebas aportadas al plenario se tiene probados los siguientes aspectos:

La demandante Nurys Isabel Velásquez Nació el 04 de octubre de 1955, al momento de presentación de la demanda tenía 64 años de edad, se afilió en el régimen de prima media en CAJANAL, el 16 de septiembre de 1983, siendo su empleador la PROCURADURIA PROVINCIAL DE MAGANGUE, donde cotizó hasta el 30 de octubre de 1990, en la RAMA JUDICIAL, cotizó desde el 1 de noviembre de 1990 hasta junio 30 de 1992; con la FISCALIA GENERAL DE LA NACION SECCIONAL CARTAGENA, con quien cotizó desde julio de 1992 hasta noviembre 1 de 1994; en el régimen de prima media tiene 501 semanas. Ahora la demandante se traslada al régimen de ahorro individual, con el Fondo de pensiones BBVA HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 18 de octubre de 1994; con el empleador FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN la demandante tiene 429 semanas cotizadas hasta mayo de 2004. Luego se trasladó a COLFONDOS S.A el 22 de junio de 2004, con esta administradora cotizó 827.14 semanas hasta agosto de 2019, hasta esta fecha ha cotizado al sistema de seguridad social en pensiones 1.757.86 semanas. La demandante aparece vinculada a PORVENIR S.A. Régimen Pensional de Ahorro Individual con Solidaridad sin el libre consentimiento e información necesaria sobre las ventajas y desventajas que ofrecía el cambio de régimen pensional.

Del estudio de los hechos de la demanda, si bien se tiene que el promotor del litigio afirmó haber recibido del entonces BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS la información completa y comprensible sobre todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, y se le explicó las desventajas y la afectación de sus derechos



fundamentales a la Seguridad Social por la pérdida del régimen de transición con el cambio de régimen de prima media al ahorro individual, No se le dio información a la demandante sobre las condiciones para el disfrute pensional, ni se le hizo una proyección de la pensión, como tampoco se le explicaron cómo se financiaba la pensión en el régimen de prima media y en el de fondos privados, se omitió entonces explicarle a la demandante en qué consistía el libre consentimiento al suscribir el formato de vinculación, obviando brindar información necesaria y oportuna, ni se le ofreció asesoría sobre la comparación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y el RAIS. O sobre las implicaciones de si como afiliado no completaba el capital necesario para una pensión de vejez y por tanto no se le aclaró qué era una pensión obligatoria, bien sea con el Régimen de Ahorro Individual -RAIS- y el Régimen de prima Media con Prestación Definida -RPM-. Y no brindo toda la demás asesoría requerida respecto del traslado de fondo de pensión.

Ahora bien, la carga de la prueba recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, (artículo 1604 del Código Civil.) Así lo sostuvo en posición armónica expresada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que señaló que,

“la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, lo que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual. En esa medida, agregó, “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. (...) “En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se



persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”.-

De la situación fáctica estudiada, es dable afirmar que con la escasa o mal brindada información por la AFP Porvenir S.A. a la señora Nurys Isabel Velásquez, causó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Las consecuencias adversas de ver frustrada con el tiempo la posibilidad de obtener la pensión que le brindaba el régimen de prima media, en virtud del mal asesoramiento que se le ofreció saltan a la vista. Razones que llevan a la confirmación de la decisión inicial, en el sentido que el contrato por el cual la demandante se trasladó a la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por la existencia del vicio en el consentimiento del que esta se lamenta.

En sentencia del 22 de noviembre de 2011, Radicado No. 33083, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, el máximo Tribunal en lo laboral declaró la nulidad del traslado del régimen de una persona que en ese momento ya tenía las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, pero solo contaba con 58 años de edad. Es decir, que estaba solo a la espera de que transcurrieran 2 años para cumplir la edad requerida. A juicio de la Corte, se trataba de un afiliado que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales por estar próximo a cumplir los requisitos. Concluyó que también el fondo de pensiones incurrió en una grave omisión al no advertir dicha situación particular al actor. Ahora bien, a partir de la sentencia SL-12136 de 3 de septiembre de 2014, radicación N° 46.292, la Corte abandonó el concepto de “*nulidad*” del traslado por vicios del consentimiento (o por omisión de información) para advertir que, en este tipo de casos, lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen resultaría o no ineficaz.

Por consiguiente, al no brindar suficiente información a la demandante sobre las agudas consecuencias de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, se está frente a una omisión de información por parte de la AFP Porvenir S.A. a todas luces se observa un vicio en el consentimiento de la demandante por desconocer, al no ser advertida de las ventajas o desventajas entre un régimen y el otro al momento de la afiliación. Tal información solo se dejó sentada en la rúbrica de la firma de la actora al momento de la afiliación, lo cual no demuestra el deber de información que se debió dar antes de efectuarse el traslado. –



Ahora bien, sucede lo mismo, con el traslado de Porvenir S.A. a Colfondos, pues estas entidades, si bien son privadas y pertenecen al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no obstante, no se observa en el paginario, la acreditación de la información suministrada a la demandante, pese a que estemos frente al mismo régimen, es necesario el deber de información que se le debió impartir a la afiliada, antes de efectuarse su traslado, se observa en el formulario de afiliación las mismas precisiones y salvedades en la rúbrica de la firma de la usuaria, considerándose importante el deber de comunicar cómo se maneja el porcentaje de afiliación a pensión, cuanto seria el capital acumulado cuando se llegue a la edad exigida en la legislación, y todas las connotaciones importantes al momento de recibir en sus entidades un nuevo afiliado, motivo por el cual, considera esta Corporación que dicho traslado, igualmente se torna ineficaz.-

Así las cosas, como el traslado de la actora a la AFP PORVENIR S.A., es ineficaz conforme el precedente jurisprudencial enunciado. La consecuencia de esa ineficacia es que la persona vuelve a quedar en libertad de escoger de manera voluntaria y debidamente informada el régimen pensional que mejor le convenga.

En sentencia STC 8762 de 2017, M.P Luis Alonso Rico Puerta, sobre, este asunto se indicó que: *“Bajo ese contexto, y con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional en torno a este tema, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición. ...”*

10.11. En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieran treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, estas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse. ”

10.12. Finalmente, no está por demás precisar que, respecto de los demás afiliados al SGP, es decir, quienes no son beneficiarios del régimen de transición, para efectos del traslado de régimen pensional, también se les aplica la regla anteriormente expuesta, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, conforme fue modificado por



el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ambas normas interpretadas por la Corte, con efectos de cosa juzgada constitucional, en las Sentencias C- 789 de 2002 y C-1024 de 2004. (Subrayas fuera del texto original).-

10.13. Así las cosas, con el fin de reconocerle efectos vinculantes a la presente decisión, en la parte resolutive de este fallo, se incluirá el criterio de unificación adoptado en torno al tema del traslado de regímenes pensionales, en el sentido de que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición»³ (Subrayas originales).

La Ley 1151 de 2007, Ley del Plan Nacional de Desarrollo (PND), creó, en su artículo 155, a COLPENSIONES, como una Administradora del Régimen de Prima Media con prestación definida, de carácter público, del orden nacional, para lo cual el Gobierno nacional procederá a la liquidación de Cajanal EICE y CAPRECOM y del Instituto de Seguros Sociales en lo que a administración de pensiones se refiere.

El artículo 156 del mismo texto normativo, se creó la UGPP Unidad de Gestión de Obligaciones Pensionales y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, como Unidad Administrativa Especial, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, a cuyo cargo está el reconocimiento de derechos pensionales y bonos pensionales, salvo los bonos que sean de responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de Administradoras de Régimen de Prima Media del orden nacional y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación.

De la misma manera, el Instituto de Seguros Sociales ISS, Administradora del régimen de Prima Media, creado por la Ley 90 de 1946 y transformado en Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante el Decreto 2148 de 1992, vinculada al Ministerio de Salud y Protección Social, según el Decreto Ley 4107 de 2011, fue suprimido y liquidado mediante Decreto 2013 de 2012. En dicho estatuto, se establece que, a partir de la vigencia del presente Decreto, los activos y pasivos de los fondos de prestaciones

³ Reiterada en SU-856/13 y T-211/16, entre otras



de invalidez, vejez y muerte serán transferidos a COLPENSIONES, quien deberá conservar la separación patrimonial exigida en las normas. Los activos incluyen los bienes objeto de dación en pago, recibidos por obligaciones pensionales. De la misma manera deberá asumir el pago de las mesadas de los pensionados y administrar los aportes de los trabajadores afiliados al régimen de prima media. De tal manera que es Colpensiones la entidad a la que deberá regresar la demandante Nurys Isabel Velásquez, ante la desaparición de la entidad a la que venía afiliada.

En síntesis, encuentra la Sala que el fallo impugnado deberá ser confirmado en su integridad, en razón a la ineficacia del traslado.

V. COSTAS

Se condenará en costas en esta instancia a las demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR a favor de la demandante por no haber prosperado el recurso de alzada. En consecuencia, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A, se condenará en costas en esta instancia, conforme lo establece el Art. 365 del C.G.P., núm. 1o, cuyas agencias en derecho las tasa el suscrito Magistrado Ponente, en cumplimiento de la Ley, en el equivalente a dos (2) SMLMV, según dispone el acuerdo 10554 de 2016 Art. 5o núm. 1o, del Consejo Superior de la Judicatura.

VI.- DECISIÓN

Por lo expuesto El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés Islas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha once (11) de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, isla, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por NURYS ISABEL VELASQUEZ HERAZO contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. PORVENIR, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS. conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. –



SEGUNDO: CONDENAR en costas a las partes demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A, en el equivalente a dos (02) SMLMV (Acuerdo 10554 de 2016), a favor de la parte demandante.

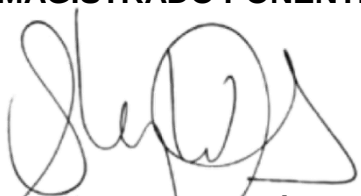
TERECRO: REMITIR oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

La presente sentencia queda notificada a las partes en estrados, y contra la cual no procede recursos ordinarios. –

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
MAGISTRADO PONENTE



SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ
MAGISTRADA
(Salvamento de Voto)



FABIO MÁXIMO MENA GIL
MAGISTRADO