San Andrés, Isla, (04) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Sustanciador: Javier de Jesús Ayos Batista.

Proceso : Ordinario Laboral
Demandante : Arnuel Antonio Henao Escudero
Demandado : Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantias S.A. Porvenir y Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Radicado N° **: 88-001-31-05-001-2020-000100-01**

Aprobado en Acta N°9600

VISTOS

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES en contra de la sentencia de fecha veintitrés (23) de marzo de 2022 , proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, isla, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por el señor ARNUEL ANTONIO HENAO ESCUDERO en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. PORVENIR Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES.

1.1. Pretensiones:

El señor ARNUEL HENAO ESCUDERO por conducto de apoderado judicial, adelantó proceso ordinario laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A PORVENIR Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES con la finalidad de que se declare la ineficacia de la afiliación o traslado del Señor ARNUEL HENAO ESCUDERO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y/o subsidiariamente, se declare la nulidad de la afiliación o traslado del señor ARNUEL HENAO ESCUDERO del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y así se conlleve el regreso automático al Régimen de Prima media con Prestación Definida, del señor ARNUEL HENAO ESCUDERO, Solicita que se condene y ordene a la Administradora Fondo de Pensiones

SOCIEDAD ADMNISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A en virtud del regreso automático, bien como consecuencia de la ineficacia o de la nulidad, trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos frutos e intereses como lo dispone el Art. 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieran causado a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones. Que se declare como consecuencia, y para efectos pensionales que el Señor ARNUEL HENAO ESCUDERO continúa y se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por COLPENSIONES. Por último, que se condene y ordene a Colpensiones a recibir todos los aportes girados por AFP SOCIEDAD ADMNISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, igualmente, en uso de los poderes dispositivos del operador judicial que considere pertinentes, en aplicación de las facultades *ultra y extra petita* a favor del Demandante condenando a las demandadas a pagar, costas, gastos, expensas y agencias en derecho.

1.2. Hechos:

El demandante nació el 28 de mayo de 1959, y a la fecha de la presentación de la demanda tenía 61 años de edad, manifestó que cotizó al sistema general de seguridad social en pensiones desde el 25 de septiembre de 1980, y hasta la fecha de presentar la demanda, afiliándose al Instituto de Seguros Sociales a partir del 25 de septiembre de 1980 hasta el 06 de junio de 1992. En la historia laboral del demandante se reporta que realizo aportes por los periodos en traslado entre abril de 1998, hasta agosto de 2020 y hasta la fecha de la presentación de la demanda se siguieron haciendo aportes, a su vez en la historia laboral suministrado por la AFP PORVENIR, se reporta cotizaciones al sistema general de pensiones de 1.261 semanas, de igual manera se constata que se encuentra vinculado a PORVENIR S.A mediante formulario de solicitud de vinculación #1034170, del 15 de abril de 1998. Considera el demandante que su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio “sin el libre consentimiento e información necesaria”, pues se le omitió explicarle en qué consistía al suscribir el formato de vinculación, que fue elaborado por la AFP sin ninguna participación del demandante y que no se le comunicó a la demandante la información necesaria y oportuna sobre las ventajas y desventajas que ofrecía el cambio de régimen pensional, también que el Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR, no le asesoró sobre la comparación entre ambos regímenes, no informó los requisitos para acceder a la pensión por vejez o invalidez, omitió relacionar los beneficios e inconvenientes del traslado, no le aclaro qué

es una pensión obligatoria para cada régimen. De igual forma tampoco le dio a conocer de forma escrita, como sería la liquidación de la pensión cuando cumpliera los requisitos en ambos regímenes. Afirma el demandante que previo y con posterioridad del traslado al RAIS, el Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR, no la asesoró acerca de que una pensión se calcula con base en factores como: el IBC o Ingreso Base de Liquidación, el número de semanas cotizadas, y en el caso de invalidez el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, entre otras. Con base a lo anterior el Demandante presentó reclamaciones a la AFP PORVENIR y a COLPENSIONES sin que se hubieran dado respuesta en su integridad a dicha solicitud.

1.3 Trámite Procesal y Contestación de la Demanda:

El veintiséis (26) de enero de 2021, 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 a la Demandadas, de igual forma se ordenó notificar a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA de conformidad con lo preceptuado en los art 610 a 612 del CGP, remitido por analogía permitida del art 154 del C.P.T

1.3.1 CONTESTACIONES

1.3.1.1 ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

LA AFP Colpensiones dio contestación a la demanda, manifestando, no constarle ninguno de los hechos del 9 hasta el 20 de la demanda; como ciertos los hechos 1, 2,3,4,6,7,8 y como no ciertos el hecho 5 y 21 ; se opuso a las pretensiones de la demanda y como excepciones de fondo propuso: Falta de legitimación por pasiva, inexistencia de las obligaciones reclamadas por ser porvenir S.A la entidad que tiene la presentación de sus afiliados ; obligación de devolución de aportes con todos los rendimientos, elementos y factores que hubiere administrado el fondo de pensiones privado, prescripción.

Adujo que analizando la demanda se puede dilucidar, que el señor ARNUEL ANTONIO HENAO ESCUDERO, estuvo afiliado al ISS, ahora Colpensiones y posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR el día 15 de abril de 1998, no obstante, señaló que en la decisión libre y voluntaria tomada por el Demandante no medió ni autorización ni consentimiento por parte de Colpensiones, hecho que permite concluir que la Entidad no debe responder por un acto o negocio jurídico del cual no ha hecho parte, ni es responsable de la decisión tomada por el Fondo Privado de Pensiones.

1.3.1.2 PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS

Por medio de apoderado especial, dio contestación a la demanda, afirmó no constarle los hechos 3, 4, 5, 13 y 22 de la demanda; como ciertos los hechos 1, 2 ,6, 7, 8 y 19; y como no ciertos los hechos 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 ,18 , 20 y 21, se opuso a las pretensiones de la demanda y como excepciones de fondo propuso prescripción de la acción; buena fe; no cumplimiento de los requisitos exigidos por las SENTENCIAS 789-DE 2022 Y C 1024 DE 2004, SU 062 DE 2010 Y SU 130 DE 2019; encontrarse incurso en prohibición de traslado de régimen el demandante literal A articulo 2 ley 797 de 2003; inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; debida asesoría del fondo; enriquecimiento sin justa causa; y como genérica, todas aquellas a favor que surjan a través del debate probatorio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. –

El Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, en audiencia celebrada el 23 de marzo de 2022, DECLARÓ la ineficacia de la afiliación efectuada por la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. respecto del Señor ARNUEL ANTONIO HENAO ESCUDERO, en consecuencia, dispuso tener para todos los efectos legales como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. ORDENÓ a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor Arnuel Antonio Henao Escudero por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentre o no en la cuenta de ahorro individual que llegaron a ese fondo en los periodos en el que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantías de la pensión. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones aceptar el traslado y recibir los fondos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual pensional del señor Arnuel Antonio Henao Escudero con sus rendimientos, frutos e intereses, rendimientos financieros, bonos pensionales, más gastos de administración. DECLARÓ como aseguradora del señor Arnuel Antonio Henao Escudero para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones desde su afiliación al Instituto de Seguros Sociales hasta la actualidad sin solución de continuidad. DECLARÓ no probadas las excepciones de fondo propuestas por Colpensiones llamadas inexistencia de las obligaciones reclamadas por ser Porvenir S.A la entidad que tiene la representación de sus afiliados y la de su prescripción; probada la excepción de obligación de devolución de aporte con todos los rendimientos elementos y factores que hubiera administrado el

fondo de pensiones privado, todas ellas por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. DECLARÓ no probada las excepciones de fondo propuestas por Porvenir S.A.; Prescripción de la acción por la cual se pretende la nulidad, buena fe, no cumplimiento de los requisitos exigidos por la sentencia C 789 de 2002 y C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2003; "*encontrarse incurso en prohibición de traslado de régimen el demandante literal a Art. Segundo ley 797 de 2003";* inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensión; debida asesoría del fondo, y enriquecimiento sin justa causa, todas estas por lo expuesto en su oportunidad, y CONDENÓ en costas a las demandadas.

Consideró el despacho de primera instancia que en cuanto al tema de la ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la ley 100 de 1993 prevé que la decisión de traslado entre Regímenes de Pensiones debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado, de no ser así se estableció en su Art. 271 que la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. En lo referente al tema de deber de información de las Administradoras de Fondos de Pensiones, señala que la obligación de Porvenir S.A. consistía en brindar la información clara y transparente de los dos regímenes sobre las incidencias, ventajas y desventajas que podría llevar el cambio, tuvo como fundamento el pronunciamiento de la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1452 de 2019 del 08 de abril de ese año, Mag. ponente la Honorable Magistrada Clara Cecilia Quevedo que indica que de acuerdo al traslado de régimen era obligación de las administradoras de fondo de pensiones quienes tienen el deber ineludible de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación, hasta la terminación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer de manera cierta, oportuna y transparente las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes y aún allegar si ese fuese el caso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente la perjudica, pues en esto consiste el deber de información, asesoría y buen consejo, y doble asesoría, también se dijo que una inoportuna e ineficiente asesoría sobre los efectos del traslado esto es indicativo de que la decisión no estuvo precedida de información suficiente y menos de real consentimiento, pues la información suficiente comprende no solo los beneficios del régimen al que se pretende el traslado sino el proyecto del monto de la pensión en cada régimen, la misma sentencia frente a la carga de la prueba sentenció que la administradora de fondo de pensiones está obligada a demostrar que cumplió con el

deber de asesoría e información, puesto que primero la afirmación que realiza el actor de no haber recibido información es un supuesto negativo definido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones.

El fondo debe conservar la documentación relacionada con la afiliación o el traslado en sus archivos y tercero invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito cuando son las entidades financieras quienes por su profesionalismo tienen preminencia frente al afiliado inexperto, en reciente jurisprudencias la SL4880 de 2020 con radicación 84741 del 23 de noviembre de 2020 con ponencia del Dr. Santander Rafael Brito recordó lo indicado por la Sala de Casación Laboral en Sentencia SL 1452 de 2019 reiteradas en sentencias SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019 se dijo "*ni la legislación, ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondo de pensiones por el incumplimiento del deber de información de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional o si esta próximo o no a pensionarse dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo*".

Afirma que Porvenir S.A. no aportó documentación que demuestre la información esperada que debió suministrar al Actor Arnuel Henao Escudero antes de la afiliación, en relación con la afiliación del demandante Porvenir, S.A no controvirtió la afiliación a ese fondo de pensiones hecha en abril de 1998, ni el número de semanas cotizadas, ya que aportó la documentación que demuestra todo esto, es decir aportó el formulario de afiliación y el resumen de las semanas cotizadas. reiteró que Porvenir S.A no demostró que suministró al accionante la información amplia y suficiente sobre las implicaciones del traslado previo a este; y el hecho de solo entregar el formulario y que el demandante hubiese firmado tomando la decisión de firmar el formulario que se le entregó, ello no valida el acto jurídico de la afiliación, pues muy claramente lo señala la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 4680 de 2020 radicación 84741 del 23 de noviembre de 2020, está sola firma no implica conocimiento total de todo el tema pensional y las consecuencias de su traslado así las cosas se entiende que la decisión del demandante de trasladarse de régimen no fue de manera libre y espontánea como lo dispone la ley por faltar el consentimiento informado y esperado. En razón a lo anterior al declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante esta tiene como consecuencia que desaparece del mundo jurídico el acto de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es como si nunca se hubiese trasladado por tanto ningún

rendimiento que se logrará con los aportes del actor puede continuar en las arcas de Porvenir S.A. pues si ello nunca sucedió tales rendimientos corresponden a Colpensiones.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

3.1 PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de Porvenir, manifestó que el demandante a pesar de lo mencionado en la parte motiva de la sentencia si está sujeto a la prohibición señalada en literal G del Art. 13 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003, por la cual se prohíbe el traslado de régimen pensional de personas que le faltaren 10 años o menos para llegar a la edad de pensión, caso en el que afirma el apoderado de la Administradora que el demandante a la fecha de la presente demanda cuenta con la edad dentro de la cual se prohíbe el traslado de régimen pensional y así mismo se encontraba inmerso en la prohibición al momento de presentar dicha solicitud ante esta Administradora, reiteró que en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión se hizo mención que el demandante contaba un plazo de 5 días siguientes a la fecha de la vinculación para retractarse del cambio de régimen según lo estipulado en el decreto 1161 de 1994; por otro lado considera que se debería tener en cuenta la prescripción que trata el Art. 1750 del CC mencionada y propuesta como excepción dentro de la contestación de la demanda teniendo en cuenta que se habla de un contrato firmado para el año de traslado siendo viable dar aplicación a lo mencionado en el Art. 1750 del C.C. que habla del término prescriptivo de los cuatro años.

Referente a la prescripción de la acción, sostuvo que la nulidad de los actos debe demandarse dentro de un término expresamente señalado por la ley, encontramos que, en el presente caso, no fue tenido en cuenta por el demandante lo que conduce a que no podía ser declarada la nulidad. Así, si en gracia de discusión si se llegara a la conclusión de que la vinculación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentra viciada de nulidad relativa por vicios del consentimiento, es imperioso anotar al despacho que cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el Artículo 1750 del Código de Civil, que reza en lo pertinente: “El plazo para pedir la rescisión durará cuatro años. Solicita la revocatoria de la sentencia.

3.1.2 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

Tomo como sustento de su argumento el pronunciamiento de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia en la sentencia SL 373 DE 2021, la cual modero el precedente de materializar los efectos de la ineficacia, es decir retrotraer las cosas al estado anterior tratándose de demandantes con situación jurídica consolidada o que ya tiene el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual. Adujo que el alto tribunal reflexionó al respecto que al haberse adquirido la calidad de pensionado se produce la imposibilidad de retornar al statu quo antes, es decir tal condición no puede deshacerse del plano jurídico, porque ello llevaría a disfuncionalidades que afectarían a varias personas, entidades relaciones jurídicas y por tanto derechos, obligaciones e interés de terceros y del sistema en su conjunto. Para soportar su tesis, la alta corporación razonó que no es posible revertir ciertos efectos económicos, como el deterioro del capital que ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales; en efecto es irreparable la pérdida de integridad del musculo financiero con lo que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar por una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraban las cosas va en detrimento de los recursos de la seguridad social bien sea de la nación o entidades que contribuyan al financiamiento del pasivo pensional.

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. 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.

Surge como problema jurídico, determinar si existió o no un vicio del consentimiento en el acto de afiliación y traslado de la actora del régimen de prima media al de ahorro pensional y por ende habría lugar a declarar la nulidad o ineficacia de dicho acto jurídico.

4.3. Fundamento normativo y jurisprudencial:

Código Civil Articulo 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 leve en los contratos que se hacen para beneficio reciproco 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 complementari*os, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

ARTÍCULO 4o. DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. La 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 solo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones. **ARTÍCULO 5o. CREACIÓN**. En desarrollo del artículo 48o. 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..."

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 multifondos, 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 resolutiva 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 perdida 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 legitimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. 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), 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 legitima 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, 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).

Sentencia T-211/16

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) Solo 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..."

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 especifico 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. "(...)"

Incluso, bajo ese norte la 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 vigente, 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) ibídem 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 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. (...)"

4.3.1 CASO CONCRETO

La inconformidad planteada por las partes demandadas radica en que se declaró probada la existencia del vicio del consentimiento y consecuencia de ello la ineficacia del

traslado del señor Arnuel Antonio Henao Escudero, de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A por considerar que no obra prueba de maniobra fraudulenta o engaño de la entidad PORVENIR hacia el actor para vincularlo a dicho fondo y cambiar de régimen pensional, toda vez que, para el año del cambio de régimen, esto es, para 1998, aun no era obligatoria 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 la prueba aportada al plenario se tiene el demandante Arnuel Henao Escudero, Nació el 28 de junio de 1959, que al momento de presentación de la demanda tenía 61 años de edad, comenzó a cotizar el 25 de septiembre de 1980 afiliándose al Instituto de Seguros Sociales a partir del 25 de septiembre de 1980 hasta el 06 de junio de 1992. En la historia laboral del demandante se reporta que realizo aportes por los periodos en traslado entre abril de 1998, hasta agosto de 2020 y hasta la fecha de la presentación de la demanda se siguieron haciendo aportes, a su vez en la historia laboral suministrado por la AFP PORVENIR, se reporta cotizaciones al sistema general de pensiones de 1.261 semanas, de igual manera se constató que se encuentra vinculado a PORVENIR S.A mediante formulario de solicitud de vinculación #1034170, del 15 de abril de 1998. En los hechos de la demanda, el promotor del litigio expuso que su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio *"sin el libre consentimiento e información necesaria*", pues se le omitió explicarle en qué consistía al suscribir el formato de vinculación, que fue elaborado por la AFP sin ninguna participación del demandante y que no se le comunicó a la demandante la información necesaria y oportuna sobre las ventajas y desventajas que ofrecía el cambio de régimen pensional, también que el Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR, no le asesoró sobre la comparación entre ambos regímenes, no informó los requisitos para acceder a la pensión por vejez o invalidez, omitió relacionar los beneficios e inconvenientes del traslado, no le aclaro qué es una pensión obligatoria para cada régimen. De igual forma tampoco le dio a conocer de forma escrita, como sería la liquidación de la pensión cuando cumpliera los requisitos en ambos regímenes.

Ahora bien, en cuanto a 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 posición armónica expresada por la Corte Suprema de Justicia en

la sentencia N°. 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 acuerdo con lo anterior, es dable afirmar que la omisión o defectuosa información brindada al Señor ARNUEL ANTONIO HENAO ESCUDERO, por la AFP Porvenir S.A fue la causa de su migración 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 impartió son evidentes. En razón de ello, se confirmará la decisión tomada en la sentencia de primera instancia en el sentido que el contrato a través del cual el señor ARNUEL ANTONIO HENAO ESCUDERO, se trasladó a Porvenir S.A. es ineficaz por la existencia del vicio en el consentimiento del que se duele el actor.

"En sentencia del 22 de noviembre de 2011, Radicado N°. 33083, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, nuestro 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. Por lo tanto, a juicio de la Corte, se trataba de un afiliado que tenía una expectativa legitima 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. 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 resulta o no ineficaz".

Por consiguiente, al no brindar suficiente información al 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 Porvenir S.A a todas luces se observa un vicio en el consentimiento del demandante, al no saber o ser advertido 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 del actor al momento de la afiliación, lo cual no demuestra el deber de información que se debió dar antes de efectuarse el traslado. –

El traslado del actor a PORVENIR S.A es ineficaz conforme al 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. Al encontrarnos ante la ineficacia del traslado del demandante a Porvenir S.A., es posible conceder u ordenar su traslado a COLPENSIONES, tal y como lo realizó la Juez de instancia en su sentencia, motivo por el cual esta corporación confirmará la decisión tomada por la juez *a quo.*

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. ..."*

"En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieren 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).

En cuanto al fenómeno de la prescripción alegada por la AFP PORVENIR, para invocar la ineficacia del traslado pensional, deberá esta sala remitirse al pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia sentencia SL-1055 de 2 de marzo 2022, con ponencia de Iván Mauricio Lenis Gómez, así:

> *"…En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019) …". CSJ. Sala Laboral. Sentencia SL1055 de 2022, 2 de marzo de 2022.*

Así las cosas, con el fin de reconocerle efectos vinculantes a la presente decisión, en la parte resolutiva 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»1 (Subrayas originales).

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 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 deberá́ 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 el demandante Arnuel Antonio Henao Escudero, ante la desaparición de la entidad a la que venía afiliado.

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 la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A a favor de la Demandante por no haber prosperado el recurso de alzada, conforme lo establece el Art. 365 del C.G.P., núm. 1°, cuyas agencias en derecho las tasa el suscrito Magistrado Ponente, en cumplimiento de la Ley, en el equivalente a dos (02) 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 Republica y por autoridad de la Ley.

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintitrés (23) de marzo de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor ARNUEL ANTONIO HENAO ESCUDERO contra LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.,

Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. –

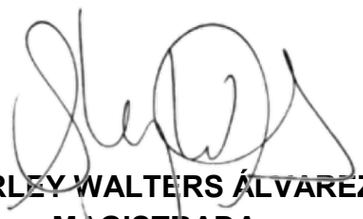
SEGUNDO: CONDENAR en costas a las partes demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A, en el equivalente a DOS (02) SMLMV (Acuerdo 10554 de 2016), a favor de la parte demandante.

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

San Andrés, islas, 4 de julio del 2023

SALVAMENTO DE VOTO

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: JAVIER AYOS BATISTA
RADICACIÓN: 88-001-31-05-001-2020-00100-01
PROCESO: ORDINARIO LABORAL
ACCIONANTE: ARNUEL ANTONIO HENAO ESCUDERO
ACCIONADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto de mis compañeros de Sala, me permito manifestar que no estoy de acuerdo con la sentencia que antecede pues en mi criterio no era dable pronunciarnos de fondo sobre el recurso, y en su lugar debería declararse la nulidad del proceso con base en los artículos 16 inciso 1, y 133 del C.G.P., como pasa a explicarse:

Revisado el proceso, en mi opinión existe falta de jurisdicción, siendo el competente, la jurisdicción contencioso Administrativa, conforme al art 104 inciso 2, núm. 4 del CPACA, en razón a que el demandante cotizó al sistema de seguridad social en el régimen de prima media con prestación definida, desempeñándose aun en la actualidad en el Cuerpo de Bomberos de la Gobernación Departamental, tal como se desprende del interrogatorio de parte que absolvió en audiencia de instrucción y juzgamiento del 23 de Marzo de 2022, en la que indicó: "**Pertenezco al cuerpo de Bomberos de San Andres Islas"** (...) "**Cuerpo Oficial de Bomberos, dependencia de la Gobernación Departamental de San Andres"** (Escúchese a récord 0:15:06 – 0:18:38). Todo lo cual, define la naturaleza jurídica de su vinculación.

En ese sentido, existe línea jurisprudencial pacífica al respecto en las distintas jurisdicciones, como he señalado en casos similares, así:

El Doctor Gerardo Arenas Monsalve, Consejero de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, señala que "**Como la Ley 1437 alteró ese carácter omnicomprensivo de la Ley 712, asignando a la jurisdicción contenciosa una parte de la competencia (la de los conflictos de servidores públicos afiliados a entidad pública de seguridad social)** (...) **No hay, en consecuencia, con la expedición de la Ley 1562, ninguna alteración de las reglas de competencia en**

conflictos de seguridad social dispuestas en la Ley 712 y en la Ley 1437. Lo que la Ley 1562 reguló, se reitera, fue exclusivamente lo relativo a los asuntos de responsabilidad por práctica médica o contractual en relación con esos aspectos". (Tomado de la obra "Delimitación de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los asuntos de seguridad social, en instituciones del derecho administrativo en el nuevo código. Una mirada a la luz de la ley 1437 de 2011", año 2012, publicada con ocasión de su presidencia en esa entidad).

La misma Corporación en reciente pronunciamiento del 20 de marzo de 2018, rad 76001-23-33-000-2015-00974-01(0474-17), consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, precisó: "**Entonces, se podría afirmar que en los litigios que versen sobre el reconocimiento de pensión de jubilación, para efectos de establecer la competencia, la relación laboral que tenga el empleador y trabajador en el momento en que se produce el retiro del servicio, puede ser el referente que la determine.**

(…) La aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, supuesto en el que no existe asignación de competencia a la jurisdicción ordinaria, puesto que le están vedadas las controversias relacionadas con los regímenes de excepción dispuestos en el artículo 279 de la mencionada ley, como también las derivadas de las normas pensionales anteriores que resultan aplicables por exclusión del régimen general".

Y más adelante en providencia del 28 de marzo de 2021, Magistrado Ponente WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, indicó: "**De no entenderse así, perderían efecto útil las normas de competencia de las controversias originadas directa o indirectamente de un contrato de trabajo o de conflictos de la seguridad social entre trabajadores oficiales y las entidades administradoras del sector público (art. 104 ordinal 4 y 105 ordinal 4 del CPACA), por la sencilla razón de que prevalecería un criterio formal, en el cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo ineludiblemente sería la competente para conocer de todas las controversias, puesto que al tratarse de entidades públicas solo pueden y deben decidir o manifestar su voluntad por medio de actos administrativos" (…). En resumen, en los conflictos originados de las relaciones laborales y con la seguridad social la competencia se**

define por combinación de la materia objeto de conflicto y el vínculo laboral, sin que sea determinante la forma de reconocimiento o negativa del derecho, así:

Jurisdicción competente	Clase de conflicto	Condición del trabajador - vínculo laboral
Ordinaria, especialidad laboral y seguridad social	Laboral	Trabajador privado o trabajador oficial
	Seguridad social	Trabajador privado o trabajador oficial sin importar la naturaleza de la entidad administradora.
		Empleado público cuya administradora sea persona de derecho privado.
Contencioso administrativo	Laboral	Empleado público.
	Seguridad social	Empleado público solo si la administradora es persona de derecho público.

Fluye de lo anterior, que a partir de la reforma del CPACA del año 2012, en forma meridiana se radicó la competencia en esa jurisdicción sin distinción de aplicarle o no el régimen de transición, al establecer que conocerá cuando el conflicto se suscite entre un servidor público y la administradora de pensiones pública, lo cual acontece en autos, aún cuando el debate sea sobre un traslado de régimen, en virtud al principio hermenéutico inveterado que enseña que si el legislador no distingue, al intérprete tampoco le es dado efectuarlo.

Aquí, pertinente resulta precisar que, el régimen de seguridad social pretendido es el de Prima Media administrado por una entidad del Estado, siendo esta la finalidad del proceso; no hay controversia respecto del régimen administrado por el fondo privado, más allá de que se traslade los aportes al fondo público; el thema probandum gira alrededor de si se violó o no el consentimiento informado, figura que rige en ambos regímenes.

Situación distinta es que el asunto careciera de una pretensión dirigida a cargo de Colpensiones de tener como afiliado al actor y de recibir las cotizaciones de éste, pues allí diáfanamente ese asunto debería ventilarse ante la Justicia Ordinaria, sin embargo ello no sucedió en el presente asunto, habida cuenta que revisado el acápite pertinente, se observa que se pidió

también: ***"Condenar y Ordenar a Colpensiones a recibir todos los aportes girados por AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A."*** (Ver PDF No. 01/demanda).

Son estas las razones que me llevan a concluir que para el caso en estudio los precedentes de la Corte Constitucional A-314 del 17 de junio y A-406 del 22 de Julio de 2021, ambos con ponencia de la Magistrada Gloria Estella Ortiz Delgado, no aplican por disanalogia, al encontrar la concurrencia en mi criterio de los 2 presupuestos de ley referidos en el art 104 del CPACA, en la medida en que no se puede perder de vista la pluralidad que integra el sujeto pasivo de la acción, más aún cuando el supuesto fáctico de uno de los autos aludidos se refiere es a un trabajador oficial, lo que no acontece en nuestro asunto.

En ese sentido, en la providencia A-314 de 2021 referida, se ha dicho que:

> "Según el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, **la naturaleza de la vinculación del trabajador, al momento de causar la prestación, determina la jurisdicción competente**. Dicho criterio se justifica en la necesidad de establecer un hito que permita definir a cuál autoridad corresponde decidir el asunto. Además, atiende al numeral 4º del artículo 104 del CPACA, que se refiere de manera exclusiva a la categoría de *"servidores públicos",* con la precisión de que la competencia se circunscribe al examen de la relación legal y reglamentaria, la cual es predicable de los **empleados públicos**. Por otra parte, debe analizarse la naturaleza de la entidad que administra el régimen de seguridad social aplicable al actor. (…) **En suma, respecto de la competencia para resolver las controversias relacionadas con la seguridad social de los servidores del Estado, se prevén dos reglas**. **Una especial, que exige la acreditación de dos factores concurrentes para asignar el conocimiento del asunto a la jurisdicción contencioso administrativa.** Estos son: **la calidad de empleado público del demandante y que una persona de derecho público administre el régimen que le aplica.** Asimismo, **una residual según la cual, cuando la controversia involucra a un trabajador oficial, la competencia radica en la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.**" (Reiterado en auto A406 del 22 de Julio de 2021).

En los anteriores términos dejo expuesto mi disenso.

SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ
Magistrada