San Andrés, Isla, doce (12) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Sustanciador: Javier de Jesús Ayos Batista.

Proceso : Ordinario Laboral
Demandante : Silvio Martínez Mitchell
Demandados : Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. Porvenir y Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.
Radicado : 88-001-31-05-001-2023-00027-01

Acta N°: 9666

I. VISTOS

Procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las demandadas Porvenir S.A y Colpensiones contra la Sentencia calendada veintiuno (21) de junio de 2023, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta Ínsula, dentro del Proceso Ordinario Laboral de la referencia.

II. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

Como hechos constitutivos de la acción se relacionan los que se sintetizan de la siguiente manera:

El demandante nació el 02 de septiembre de 1962, contando a la fecha de presentación de la demanda con 60 años de edad, manifiesta que ha estado vinculado en la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- DIAN** desde el 24 de julio de 1992, fecha a partir de la cual, se afilió en pensión a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE. Afirma, que en el mes de septiembre de 1995 a la entidad aduanera llegaron en varias oportunidades funcionarios de la AFP Porvenir, quienes le indicaron que CAJANAL estaba pronta a desaparecer[1], ofreciéndole mejores beneficios si se afiliaba a un Fondo Privado en Pensiones, razones estas que lo condujeron a afiliarse desde el 28 de septiembre de 1995 al RAIS en la AFP Porvenir S.A., no obstante, dicha vinculación del actor se proveyó sin la observancia del lleno de los requisitos legales. En efecto, el trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio

[1] Le fueron ofrecidos mejores beneficios, tales como: rendimientos pensionales mayores, la opción de pensionarse cuando lo deseara; y en general, información engañosa para motivarlo a que diligenciara y firmara el formulario de afiliación a dicho régimen con falsas expectativas

"sin el libre consentimiento e información necesaria", pues se le omitió explicarle al momento de suscribir el formato de vinculación, que para poder pensionarse se requería contar con un capital mínimo acumulado en la cuenta de ahorro individual necesario para pensionarse, el cual debe permitirle obtener una mesada superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, y que dicho capital se encuentra constituido por aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos que se generan por la inversión que hacen los fondos en sus portafolios autorizados y por el bono pensional cuando a este hubiere lugar, tampoco se le comunicó la información necesaria y oportuna sobre las ventajas y desventajas que ofrecía el cambio de régimen pensional, no hubo asesoramiento por parte de la entidad pensional 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 aclaró qué es una pensión obligatoria para cada régimen, menos aún, le dio a conocer de forma escrita, como sería la liquidación de la pensión cuando cumpliera los requisitos en ambos regímenes. Asevera 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, puso de presente el actor que, presentó reclamaciones a la AFP PORVENIR y a COLPENSIONES sin obtener solución concreta a su solicitud. Por demás, no es menos importante decir que a la data de la demanda el señor Silvio Martínez Mitchell continúa afiliado a Porvenir S.A, y tiene un total de 1392 semanas cotizadas y un capital acumulado por más de $356.992.426.

1.2. Pretensiones:

El señor Silvio Martínez Mitchell 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 nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de Silvio Martínez Mitchell, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Que se declare que el demandante ha tenido como única afiliación valida al sistema general de pensiones, la efectuada al RPMPD.

Pide que se condene y ordene a la Administradora 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 CC, 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 Silvio Martínez Mitchell 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 PORVENIR S.A, igualmente, en uso de los poderes dispositivos del operador judicial que considere que son 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.

1.3 Trámite Procesal y Contestación de la Demanda:

Por medio de auto adiado 1° de marzo de la presente anualidad[2], 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 las partes demandadas.

1.3.1 Contestaciones

1.3.1.1 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

LA AFP Colpensiones dio contestación a la demanda, resistiéndose al éxito de las pretensiones; frente a los sucesos narrados en el libelo introductor, expresó como ciertos los hechos 1°, 2°, 16°, 19° y 20°, y en cuanto a los restantes hechos adujo no constarle. Como excepciones de fondo, propuso las denominadas: *inexistencia de la obligación y falta de derecho para pedir; buena fe y genéricas[3].*

1.3.1.2 PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS

Refutó todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el escrito genitor. En cuanto a los hechos manifestó como ciertos los hechos 1°, 15° y 17°; como no ciertos los hechos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13; y no constarle los hechos 15, 14, 18, 19. Como excepciones de fondo planteó las llamadas: *prescripción de la acción por la cual se pretende la nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.[4]*

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Laboral del Circuito de esta Urbe, en sentencia dictada en audiencia celebrada el 21 de junio hogaño, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por Porvenir S.A. respecto del señor Silvio Martínez Mitchell, en consecuencia, ordenó trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del demandante por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual que llegaron a ese

[2] Ver Pdf 04 / Exp Elec – 01 Inst.
[3] Carp 06/01 Inst/ Contestación Colpensiones
[4] Carp 07/01Inst/ Contestación Porvenir S.A

fondo en los periodos en el que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía mínima, valores cuya devolución debe estar debidamente indexada. Ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado, recibir los fondos y actualizar la historia laboral del demandante, en ultimas, declaró como aseguradora del reclamante, 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.

Como fundamentos de su decisión adujo que, Porvenir S.A, no aportó documentación que demuestre que suministró al accionante información suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado antes del acto de afiliación. En efecto, del interrogatorio rendido por el señor Martínez Mitchell se extrae que la AFP no cumplió con su deber de información y correcta asesoría; relató el actor al ser interrogado, que cuando llegaron a la DIAN los funcionarios de Porvenir S.A, estos le manifestaron que CAJANAL desaparecería, que su pensión se encontraría en riesgo, que en el fondo privado tendría mayores beneficios tales como pensionarse cuando quisiera, un mayor valor de la pensión, lo que conllevó al actor a afiliarse al RAIS, bajo la confianza de que la AFP hacia las cosas correctamente.

De contera, se infiere que la decisión del actor de trasladarse de régimen no fue de manera libre y espontánea como lo dispone la ley, fue una estrategia intimidatoria por parte de Porvenir S.A, utilizando expresiones temerosas para sumar afiliados a sus filas.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

3.1 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Inconforme con la decisión, la vocera judicial de Colpensiones elevó recurso de apelación, con miras a que se adicione un numeral al fallo de primera instancia, en el cual se ordene la suscripción del formato de afiliación del demandante a Colpensiones, teniendo en cuenta que el actor nunca estuvo afiliado a dicha entidad pensional, sino a Cajanal. Consecutivamente, instó a la revocatoria del fallo de primer grado en punto a la condena en costas impuesta, ya que, no es dable cargar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al pago de las costas procesales, si en consideración se tiene que en el sub- examine se declaró la ineficacia del acto de traslado, dentro del cual Colpensiones no tuvo ningún tipo de incidencia.

3.2 ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONALES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A

Ostentó el letrado de la AFP Privada que para el momento en que se llevó a cabo el traslado de régimen pensional, no era exigible por ley entregar al demandante la información en los términos reclamados en la demanda, en ese sentido, al declarar la

ineficacia bajo tal argumento significa imponer obligaciones adicionales a los fondos privados, Aseveró que, la AFP Porvenir si cumplió con todas y cada una de las obligaciones vigentes para la época del traslado, saber, 1995 y por el contrario, salta a la vista que el actor tuvo varias oportunidades para retornar al RPMPD y no lo hizo, nunca se preocupó por su situación, óbice por lo cual, claramente debe revocarse la decisión en cuanto a declarar ineficaz el traslado, para en su lugar absolver a la AFP de las pretensiones incoadas.

A la postre, manifestó su discordia en lo tangente a la orden de devolución de los gastos de administración, los valores pagados por primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Explico que, estos valores tienen una destinación legal específica, luego imponer la condena a devolver dichos valores de forma indexada supone una doble condena por el mismo hecho, en la medida que ya se está dictaminando reintegrar los dineros que se generaron con los gastos que son sustancialmente superiores y hacen parte de la cuenta de ahorro individual del demandante[5].

3.3. DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Una vez allegado el expediente digital del referido asunto a esta corporación, en auto de fecha 17 de julio del cursante anuario, se admitió el recurso, disponiéndose el traslado respectivo a las partes para presentar por escrito sus alegatos de conclusión, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 13 de la ley 2213 de 2022.

3.3.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.3.1.2 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

Considera que fue errada la decisión adoptada por la *a quo*, en cuanto a condenar a Colpensiones a recibir los aportes realizados por el actor a Porvenir S.A, puesto que el señor Martínez Mitchell, nunca estuvo afiliado a Colpensiones, y así aparece demostrado en el expediente e inclusive el mismo actor, así lo manifestó al despacho en el interrogatorio de parte rendido, cuando mencionó que realizó su traslado de CAJANAL a PORVENIR S.A. De modo que, al ordenarse el recibo de los aportes debe disponerse además realizar el acto de afiliación.[6]

3.2.2.2 ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONALES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A

Arguye la apoderada judicial de la AFP Porvenir, que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado del señor Silvio Martínez Mitchell del RPMPD al RAIS, pues el traslado del actor, se realizó de forma espontánea, sin

[55] Por demás, se constituiría un enriquecimiento sin causa
[6] Ver Pdf 017 / 02 Inst

presiones, o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley para ese momento, debido a lo cual implora que se revoque la sentencia de primera instancia en lo relativo a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante, la condena a la devolución de sumas recibidas por conceptos de gastos de administración, los valores pagados por primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima, valores cuya devolución deben estar indexados y la condena en costas impuesta.[7]

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.

Acorde con los argumentos expuestos en primera instancia, los recursos de apelación y los alegatos de conclusión, esta Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos: I. determinar si existió o no un vicio del consentimiento en el acto de afiliación y traslado del actor del régimen de prima media al de ahorro pensional y, por ende, habría lugar a declarar la nulidad o ineficacia de dicho acto jurídico; II. Establecer si debe ordenarse la suscripción del acta de afiliación del demandante a Colpensiones, al no estar aquel vinculado con anterioridad a esta AFP, sino a CAJANAL; III. determinar si es viable exonerar A Colpensiones de la condena en costas atribuida dentro del presente litigio.

4.3. Fundamentos normativos y jurisprudenciales.

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***

[7] Para mayor claridad Ver Pdf 016/ 02 Inst.

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 1°. 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. 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 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 (1°) 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 1°. 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. [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 10 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 el 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, 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 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".

Además, 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. (...)".

De las Costas Procesales.

Las costas procesales constituyen en el conjunto de gastos en que incurren las partes extremas de una relación procesal para obtener la declaración judicial de un derecho, esto es, los costos que aquellas deben sufragar en el curso de un proceso judicial, y que se conforman por las expensas y las agencias en derecho, según lo previsto en el artículo 361 del C.G.P, aplicable a este asunto por remisión expresa del Articulo 145 del CPTSS.

A propósito del tema, el artículo 365 ibidem dispone que:

> *"en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquéllos en que haya controversia (…) se condenará en costas procesales a la parte vencida en el proceso".*

De lo anterior resulta lógico predicar, como regla general, que el juez de la causa debe formular condena en costas a la parte vencida porque su imposición nace del ejercicio propio del derecho. Cabe recordar que nuestra legislación procesal adopta un criterio objetivo en lo relativo a la condena en costas, tal como viene advertido en múltiples sentencias de la Corte Constitucional; así pues, en la sentencia C-480 de 1995 manifestó la corte:

> *"se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso independientemente de las causas del vencimiento. No entra el juez, por consiguiente, a examinar si hubo o no culpa en quien promovió el proceso, recurso o incidente, o se opuso a él, y resultó vencido".*

Así mismo, en su tratado de derecho procesal, el profesor Hernán Fabio López Blanco[8] frente a las costas procesales ha adoctrinado:

> *"No deben olvidar los jueces que las costas procesales no constituyen una graciosa concesión de ellos para con uno de los litigantes, sino que se trata de establecer las bases de la justa retribución para quien se vio obligado a demandar o a concurrir al proceso, no obstante que la razón estaba de su parte, de ahí que el equitativo pero severo criterio en esta materia será un factor importante para evitar infinidad de trámites inútiles que se surten sobre el supuesto de que se afrontará una mínima condena a pagar costas*
>
> *(…)*
>
> *Y de manera especial reitero el llamado de atención a los funcionarios de segunda instancia y casación, quienes por el trámite correspondiente a tales*

[8] López Blanco Hernán, Código General del Proceso, Parte General. 2016. Págs. 1057 y 1058.

etapas del proceso fijan sumas ciertamente irrisorias que sólo constituyen un acicate para abusar del empleo de esos recursos."

A su turno, la Corte Suprema de Justicia, en reiterados pronunciamientos ha dejado claro que en **regla de principios las costas se imponen a favor de la parte vencedora del pleito, y a cargo de la parte derrotada.** Además, *"no constituyen el tema del litigio, sino una consecuencia del mismo. No tiene origen sustancial sino procesal..."* (CSJ. Auto de 10 de septiembre de 1990, M.P. Dr. Alberto Ospina Botero.), en tanto "… *esas decisiones son más una consecuencia de las resoluciones que se tomen en cuanto hace a esos derechos, de donde ellas deben seguir la suerte de lo principal"* (CSJ. SC de 10/09/ 2001, Rad. 5542, citada en el auto 4838-2014 de esa misma Corporación).

Frente a lo que antecede, no existe controversia alguna frente al hecho de que es imperativa la condena en costas de quien resulte vencido en el juicio por cuanto quienes concurren al proceso deben desplegar diferentes actuaciones y soportar diversas cargas propias del curso o desarrollo del pleito jurídico, de allí que con el valor de las costas fijadas sea posible compensar en menor o mayor medida, entre otras cosas, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por los extremos procesales y sus apoderados judiciales.

Siguiendo esa línea, conviene precisar que por expensas se reconocen las erogaciones a que una parte se ve avocada en aras de adelantar determinada gestión judicial, mientras que las agencias en derecho corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que se reconocen a favor de la parte victoriosa y a cargo de la parte vencida, atendiendo los criterios sentados en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P. y que no necesariamente deben corresponder a los honorarios pagados por dicha parte a su abogado.

CASO CONCRETO

Se referirá entonces este cuerpo colegiado en torno a los recursos de apelación impetrados por los extremos demandados. Primeramente, con lo que es objeto de disenso por parte de Porvenir S.A. Según lo manifestado en la alzada, se asume que el desacuerdo de la AFP Porvenir radica en que, la sentencia de primera instancia, declaró probada la existencia del vicio del consentimiento y en consecuencia de ello, la ineficacia del traslado del señor Silvio Martínez Mitchell de la Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado que, a su sentir en el plenario no obra prueba de maniobra fraudulenta o engaño de la entidad PORVENIR hacia el demandante para vincularlo a dicho fondo y cambiar de régimen pensional, pues para el año del cambio de régimen, esto es, para 1995, aun no era obligatoria brindar una información clara y precisa a los afiliados por parte del fondo de pensiones. Por añadidura, considera errado la decisión tomada en torno a devolver

de forma indexada los montos por concepto de gastos de administración, valores pagados por primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima.

De la sustentación perpetrada por la mandataria judicial de Colpensiones, se colige que, la disconformidad de la entidad pensional, se cimienta en dos aspectos: i. que debió ordenarse la suscripción de la afiliación del demandante a Colpensiones, en la medida que aquel, nunca estuvo afiliado al fondo, y, ii. La condena en costas cargada a Colpensiones resulta a todas luces improcedente.,

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:

El demandante Silvio Martínez Mitchell, nació el 02 de septiembre de 1962, que al momento de presentación de la demanda tenía 60 años de edad, comenzó a cotizar el 24 de julio de 1992, a CAJANAL bajo el RPM, la historia laboral reportada evidencia que, realizó aportes por los periodos en traslado desde septiembre de 1995, hasta la data de la presente demandada en la AFP Porvenir, con un total de 1392 semanas cotizadas y un capital acumulado por más de $356.992.426. Sin embargo, tal vinculación[9] depreca el demandante se dio sin el libre consentimiento e información necesaria sobre las ventajas y desventajas que ofrecía el cambio de régimen pensional.

En los hechos de la demanda, el promotor del litigio sucintamente narró: (i). que, tanto Colpensiones como Porvenir S.A contestaron la petición de información, empero, han impuesto distintas barreras administrativas a efectos de efectuar el traslado pensional (ii). Que Porvenir S.A omitió brindarle información completa, comprensible y a la medida, sobre las modalidades de pensión bajo los requisitos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). (iii). las diferencias con las que la obtendría en el de prima media.

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 C.C.).

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: *"la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, lo que le impone el deber de cumplir puntualmente las*

[9] PORVENIR S.A. Régimen Pensional de Ahorro Individual con Solidaridad.

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". –

A tono con lo antes discurrido, es dable afirmar que la omisión o defectuosa información brindada al señor Silvio Martínez Mitchell, 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 pleiteante, 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.

Así las cosas, el traslado del demandante a PORVENIR S.A., es ineficaz conforme al precedente jurisprudencial enunciado, y 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. Agregando a lo anterior, 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 *a quo*.

En **sentencia STC 8762 de 2017, M.P., Luis Alonso Rico Puerta**, en relación a este tópico 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).

Como corolario, 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» (Subrayas originales).

De la devolución de la totalidad de los aportes y gastos de administración, con ocasión de la ineficacia del traslado por parte de los fondos de ahorro individual debidamente indexados.

Con relación a la inconformidad planteada por Porvenir SA frente al tema de la devolución indexada de los montos por concepto de gastos de administración, entre otros, cumple precisar que, en los casos de ineficacia, dos (2) son las consecuencias que se derivan de ella. La primera la reactivación por parte de COLPENSIONES de la afiliación del demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida; y la segunda la devolución de todos los dineros recibidos por aportes del demandante y sus empleadores a cargo de la o las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS.

Se explica en varias sentencias que esa devolución de aportes incluye, tanto los abonados en la cuenta pensional junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, como los que destinaron para gastos de administración y comisiones, los que enviaron al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, y el bono pensional, con efectos retroactivos, a fin de que sean utilizados por COLPENSIONES para la financiación de la pensión de vejez al demandante que eventualmente reconocerá la citada entidad administradora, conforme a los parámetros plasmados en las sentencias CSJ SL2877-2020 y CSJ SL938-2021.

Igualmente, en sentencia CSJ SL2095-2021, la Corte explicó la viabilidad de la indexación de las sumas a devolver por el fondo del régimen de ahorro individual, con el fin de no afectar financieramente el régimen de prima media con prestación definida. Explicó en sentencias CSJ SL782-2021, CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, Rad. 31989 que esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado, en tanto, la administradora debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por

el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

Bajo esa égida, la decisión de ineficacia de traslado no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues todos los dineros que debe devolver el fondo privado como antes se explicó, son utilizados por COLPENSIONES para la financiación de la pensión de vejez al demandante que debe reconocer la citada entidad administradora, conteste a los parámetros plasmados en las sentencias anteriormente referenciadas y ello, precisamente es lo que otorga la estabilidad financiera del sistema.

En sentencia SL2877-2020, reiterada en la SL1017-2022, la Corte Suprema de Justicia, al desatar una controversia de similares contornos al de esta Litis, sentó:

"*Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*
Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, ***incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para***

garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Postura reiterada por la misma Corporación en Sentencia SL 2693 de 2022, en la cual condenó a "*las dos AFP demandadas Porvenir S.A. y Protección S. A. reintegrarán a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima,* ***debidamente indexados*** *y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen."* por lo que impone confirmar la Sentencia apelada frente a este tópico.

En estas condiciones, la orden de devolución del porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, garantía de pensión mínima y rendimientos que se impuso en la primera instancia, será confirmada.

De otra arista, en punto a los reparos efectuados por COLPENSIONES, estima esta Sala que no hay lugar a modificar la sentencia de instancia, afín con los argumentos que se esgrimirán a continuación.

Sobre el reparo consistente en adicionar a la parte resolutiva de la sentencia un numeral en el cual se ordenar la suscripción del acta de afiliación del demandante, teniendo en cuenta que aquel nunca estuvo vinculado a Colpensiones, debe decirse que no es necesario emitir una orden expresa sobre dicho aspecto, en el entendido que al impartir la orden a Colpensiones de recibir los aportes y reputarse como administradora y aseguradora para todos los efectos del señor Silvio Martínez Mitchell, se discurre que la aludida entidad pensional debe desplegar todas las actuaciones pertinentes para que la vinculación del actor quede en firme, ello incluye suscribir el

mentado formulario de afiliación, pues es de la esfera administrativa de Colpensiones efectuar la misma.

Memórese que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 estableció que el RPM sería administrado por el ISS ahora COLPENSIONES y que las cajas del sector público o privado existentes administrarían dicho régimen respecto de sus afiliados y mientras subsistieran y que el Decreto 2196 de 2009 dispuso la supresión de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE y ordenó su liquidación, estableció en el artículo 423 que tal entidad debía de adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, como en este caso lo era el aquí demandante, a más tardar dentro del mes siguientes a la vigencia de tal decreto a la administradora del régimen de prima media del ISS[10], forzoso le resulta a la Sala concluir que como lo dispuso el *la aquo*, la entidad que debe recibir al demandante es COLPENSIONES, por ser el ente que actualmente está administrando el RPMPD.

De las costas de primera instancia

En lo concerniente a la imposición de costas a la Administradora Colombia de Pensiones Colpensiones, debe anotarse, que acorde con el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS, la condena en costas es procedente frente a la parte vencida en el proceso. A la par se tiene que, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral señaló que el reconocimiento de las costas no se supedita a una actuación subjetiva, sino exclusivamente a las resultas del proceso, en otras palabras, se trata de un imperativo legal o causa objetiva (CSJ SL2095-2021).

Así las cosas, al ser vencida en juicio la demandada Colpensiones por declararse la ineficacia del traslado de régimen, conforme a las normas y jurisprudencia en cita, se razona que debe asumir el valor de las costas.

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

V. COSTAS

Ante la improsperidad de los recursos, se condenará en costas en esta instancia a las entidades pensionales demandadas[11] en el equivalente a DOS (02) SMLMV a cargo de cada una, conforme a los núm. 3 y 6 del Art. 365 del CGP y el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

[10] Aunque a la fecha de liquidación de CAJANAL el demandante ya hacia parte de Porvenir, al declararse la ineficacia, debe este retornar al RPMPD, que hoy día es administrado por Colpensiones.
[11] ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A

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.

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia de fecha veintiuno (21) de junio de 2023 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, Isla, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **SILVIO MARTINEZ MITCHELL** contra **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** y la **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 del demandante.

TERCERO: REMITIR oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
MAGISTRADO PONENTE

FABIO MÁXIMO MENA GIL
MAGISTRADO

SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ
MAGISTRADA
(Con Salvamento de Voto)

San Andrés, Islas, 12 de septiembre del 2023

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
RADICACIÓN: **88001310500120230002701**
DEMANDANTE: **SILVIO MARTÍNEZ MITCHELL**
DEMANDADO: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS- PORVENIR S.A.**
MAG. SUSTANCIADOR: JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA.

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 debía declararse la nulidad del proceso con base en los artículos 16 inciso 1, y 133 del C.G.P., como pasa a explicarse:

De conformidad con el hecho primero del escrito genitor se desprende que para la fecha de presentación de la demanda, el demandante contaba con 60 años de edad, y ostenta la condición de funcionario público por encontrarse laborando como Jefe de la división de operación aduanera de la DIAN, tal como se desprende del interrogatorio de parte que absolvió en audiencia virtual concentrada de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio y trámite y juzgamiento celebrada el 22 de junio del 2023, en la que indicó: "**Yo soy jefe de la división de operación aduanera de la DIAN".** (Escúchese a récord 1:24:56). 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, aun 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.

Cosa distinta es que el asunto careciera de una pretensión dirigida a cargo de Colpensiones de tener como afiliado al actor y de recibir sus cotizaciones, pues allí diáfanamente debería ventilarse ante la Justicia Ordinaria, sin embargo ello no sucedió así, 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).

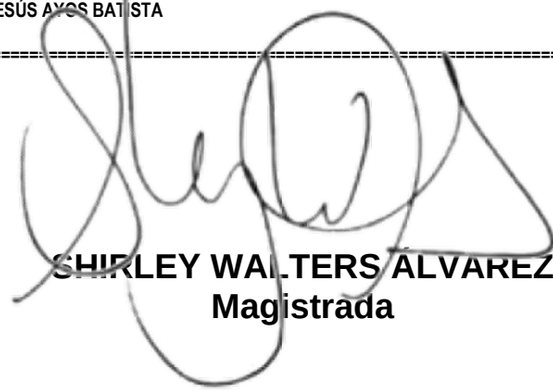
Son estas las razones que me llevan a concluir que para el caso en estudio los precedentes de la Corte Constitucional A-314 del 17 de junio y A-406 del 22 de Julio de 2021, ambos con ponencia de la Magistrada Gloria Estella Ortiz Delgado, no aplican por disanalogia, al encontrar la concurrencia en mi 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