

San Andrés Islas, once (11) de julio del dos mil veintitrés (2023).

MAGISTRADO PONENTE: FABIO MÁXIMO MENA GIL.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZALEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO
DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 88001310500120200023201

Aprobado mediante Acta No. 9610

I. OBJETO A DECIDIR

Se constituye la Sala de decisión de esta Colegiatura, para pronunciarse respecto del grado jurisdiccional la consulta y el recurso de apelación interpuesto por ambas demandadas, contra de la sentencia del 24 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, Isla, dentro del proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES.

La demandante fundó sus pretensiones en los hechos que resumimos de la siguiente manera:

2.1. Hechos

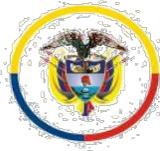
Dentro del escrito genitor se narraron los hechos que describen los cuestionamientos enrostrados a los demandados, así:

“De la edad y pertenencia al régimen de prima media.

- 1) *El demandante nació el 26 de septiembre de 1959.*
- 2) *El demandante cotizó al sistema general de seguridad social en pensiones desde 13 de febrero 1985, y hasta la fecha de presentar esta demanda.*
- 3) *El señor (a) SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZALEZ se afilió al Instituto de Seguros Sociales a partir del 13 de febrero 1985.*
- 4) *El demandante se vincula con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a partir del 13 de febrero 1985 hasta el 17 de septiembre de 1987*

De la afiliación al régimen de ahorro individual

- 5) *Colpensiones contestó la petición de información, pero no aportó la copia de la carpeta administrativa que contenga los documentos racionados con la afiliación al régimen de prima media con prestación definida -RPM-.*
- 6) *En la historia laboral Fondo de Pensiones Obligatorias de la AFP PORVENIR reporta que el demandante realizó aporte por los*



periodos en traslado entre junio de 1998 hasta agosto de 2019, y hasta la fecha de la presente demanda se siguen haciendo dichos aportes

7) La historia laboral expedida por PORVENIR registra que el demandante reporta cotizaciones a pensión al sistema general de pensiones un total de 1.201 semanas.

8) El señor(a) SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZALEZ aparece vinculado a PORVENIR mediante formulario de solicitud de vinculación # 1058336, de 02 de junio de 1998 a la administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR

9) Durante el período de vinculación a al Régimen De Prima Media Con Prestación Definida –RPM-, administrado hoy por COLPENSIONES, el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin el libre consentimiento e información necesaria.

De la falta de consentimiento informado y de la afectación a su pensión.

10) Durante el período precontractual de la vinculación o traslado, se omitió explicarle al demandante en qué consiste el libre consentimiento al suscribir el formato de vinculación.

11) El formulario de solicitud de vinculación o traslado del demandado Fondo de Pensiones Obligatorias PORVENIR es elaborado por esta AFP y su contenido son propios del mismo, junto con su logo, sin ninguna participación del demandante.

12) El Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR, no ofreció asesoría al demandante sobre la comparación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) y el RAIS.

13) El Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR, no asesoró en dar una información al demandante sobre cuáles son los requisitos para acceder a una pensión en caso de vejez o de invalidez en los dos regímenes.

14) El Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR no entregó una información sobre las implicaciones de si el demandante como afiliado no completa el capital necesario para una pensión de vejez.

15) El Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR, guardó silencio en aclararle al demandante qué es una pensión obligatoria, bien sea con el Régimen de Ahorro Individual -RAIS- y el Régimen de prima Media con Prestación Definida -RPM-.

16) El Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR no dio a conocer de forma escrita al demandante, cómo sería la liquidación de la pensión cuando cumpliera los requisitos bien sea con el Régimen de Ahorro Individual o con el Régimen de prima Media con Prestación Definida.

17) Previo y después del traslado al RAIS, el Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR, no asesoró al demandante que para 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



18) También la AFP PORVENIR guardó silencio de informar al demandante lo que debe saber de las Pensiones Obligatorias, entre ellas: a. Cuál era el monto de capital suficiente o máximo para recibir una mesada pensional al futuro en los dos regímenes de pensión tanto para RPM y RAIS; b. Sobre cada uno de los aportes que hace van a una cuenta individual de ahorro pensional, la cual de exclusiva propiedad como afiliados y la de prima media con prestación es una bolsa pública o común; c. Que el dinero aportado tanto en RPM y RAIS no se pierde en caso de fallecimiento bien sea afiliado o pensionado; d. No se le informó que existía la posibilidad de regresar nuevamente a prima media con prestación definida por llevar más de tres años de traslado y posteriormente cinco años; e. No se le proyectó ni se le explicó en qué consistía pensionarse con anticipación; f. No se le proyectó una pensión al futuro de forma escrita de una mesada pensional con RPM o con el RAIS; g. No se le comunicó la información necesaria, oportuna y clara al demandante que disponía de un plazo para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; h. Las demandadas AFP Pensiones y Cesantías, omitieron dar información necesaria y oportuna a el Demandante sobre las implicaciones que conlleva LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA a los 55 o 57 años y una pensión en el 'RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD' a esa misma edad; i. La demandada guardó silencio de asesorar e informar al Demandante los elementos de juicio necesarios en la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad sobre las reglas de cada una de las condiciones propias de dicho régimen.

De las reclamaciones administrativas.

19) El Demandante presentó una reclamación a la AFP PORVENIR, y solicitó información respecto de su afiliación, sin que esta fuere atendida en su integridad y de manera positiva.

20) El Demandante presentó reclamación a Colpensiones sin que se hubiese dado respuesta en su integridad a dicha solicitud.”
(sic)

2.2. Pretensiones

Soportado en la narración de los hechos, como pretensiones de la demanda se indicaron:

“PRIMERA. - Solicito declarar la a Ineficacia de la afiliación o traslado del señor(a) SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZALEZ del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la -AFP- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y/o SUBSIDIARIAMENTE, declarar la nulidad de la afiliación o



traslado del señor(a) SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZALEZ 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

SEGUNDA. - Que conlleva el regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del señor(a) SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZALEZ, administrado hoy por Colpensiones.

TERCERA. - Condenar y Ordenar a la Administradora Fondo de Pensiones SOCIEDAD ADMINISTRADORA 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 los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con sus rendimientos que se hubieran causado a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

CUARTA. - Declarar que, como consecuencia, y para efectos pensionales, el señor(a) SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZALEZ continúa y se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por COLPENSIONES.

QUINTO. - Condenar y Ordenar a Colpensiones a recibir todos los aportes girados por AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEXTO. - Igualmente, en uso de los poderes dispositivos de su señoría considere que son procedentes. en aplicación de las facultades ultra y extra petita a favor del Demandante.

SEPTIMO. - Condenar a las demandadas a pagar, costas, gastos. expensas y agencias en derecho.”

2.3. Trámite Procesal

Mediante auto del 12 de febrero de 2021, el Juzgado Laboral del Circuito resolvió admitir la presente demanda y en consecuencia ordenó correr traslado de la misma a las demandadas, para lo cual le concedió un término de 10 días a fin de que ejercieran su derecho de defensa y allegaran las pruebas que tuvieran en su poder, igualmente ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de conformidad con lo normado en los artículos 610 al 612 del C.G.P.



2.4. Contestación de la Demanda.

2.4.1. Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías - PORVENIR S.A.

La ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS - PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, y como excepciones de fondo propuso *PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION POR LA CUAL SE PRETENDE LA NULIDAD, BUENA FE, NO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LAS SENTENCIAS C 789 de 2002 y C 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, ENCONTRARSE INCURSO EN PROHIBICIÓN DE TRASLADO DE REGIMEN EL DEMANDANTE LITERAL A ARTICULO 2 LEY 797 DE 2003, INEXISTENCIA DE ALGUN VICIO DEL CONSENTIMIENTO AL HABER TRAMITADO EL DEMANDANTE FORMULARIO DE VINCULACIÓN AL FONDO DE PENSIONES, DEBIDA ASESORIA DEL FONDO, ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA y GENERICA.*

2.4.2. Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES

Por su parte, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- a través de su procurador judicial, se opuso a las pretensiones, dio por cierto unos hechos y manifestó no constarle la mayoría de éstos; como excepciones de fondo propuso las que denominó: *CARENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, PRESCRIPCION, GENERICA.*

2.4.3. Agencia Nacional de Defensa Jurídica

Referente a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica la cual fue notificada por medio del auto de admisión de demanda de fecha 12 de febrero del 2021, no se observa comunicación alguna en cuanto a su interés por participar en el asunto de marras.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado A quo en Sentencia del 24 de marzo de 2022, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, respecto del señor SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZALEZ, en consecuencia, téngasele para todos los efectos legales, como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

Así mismo, ordenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., que trasladarse 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 fondo en los



periodos que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y consecuentemente, ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, que aceptara el traslado, recibiera los fondos y actualizara la historia laboral del demandante.

De la misma manera declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES, desde su afiliación al instituto de seguros sociales sin solución de continuidad, además de declarar no probadas las excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Como fundamento, el Juzgado valoró que PORVENIR S.A., no acreditó al plenario, haber cumplido con el deber de suministrar a la actora información amplia y suficiente sobre las implicaciones del traslado, lo que permitió inferir 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.

IV. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA DE LA SENTENCIA

Inconforme con lo anterior, Porvenir S.A., interpuso el recurso de alzada, en los siguientes términos:

“Porvenir S.A., manifestó en primera medida que el afiliado se trasladó al régimen que se encuentra actualmente en el año 1998, conforme a los hechos de la demanda. Por lo cual siempre ha contado con la información necesaria y los elementos para realizar un juicio sobre su situación pensional.

Si bien la legislación en materia pensional ha vigorizado con el transcurso de los años el deber de información por parte de las AFP, los elementos que la componen y los soportes que se deben conservar para que lo acrediten, también es cierto que el traslado del aquí demandante surgió con anterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones por lo que situaciones como la elaboración de proyecciones o simulaciones pensionales, doble asesoría y demás no eran exigibles para mi representada ni era posible la aplicación retroactiva de dichas exigencias.

Es de resaltar que para retornar al régimen de prima media administrado por Colpensiones el demandante deberá cumplir con los requisitos señalados en la sentencia C 789 del 2002; C 1024 del 2004, que permiten el traslado de régimen solamente a personas en cualquier edad y cualquier tiempo, siempre que al 1 de abril de 1994 tengan 15 años o más de cotizaciones.

Adicionalmente los afiliados conforme al decreto 2241 del 2010 en calidad de consumidores financieros tales como: información sobre



las condiciones del sistema general de pensiones, aprovechar la divulgación de información y capacitación para conocer del funcionamiento de sistema, sus derechos y obligaciones, la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones y leer y recibir los términos y condiciones de los formatos de afiliación.

Finalmente, sus afiliados deberán tomar en cuenta que las decisiones dentro del sistema manifestadas a través de documentos implicará la aceptación de los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas”. (Escuchar audio contenido de la sentencia del 24 de marzo de 2022, iniciando en 1:35:50).

Adicionalmente, en disenso con lo anterior, **COLPENSIONES.**, interpuso el recurso de alzada, en los siguientes términos:

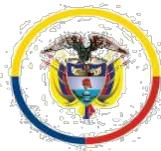
“COLPENSIONES, manifestó en primera medida que se trae a colación el reciente pronunciamiento de la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia contenido en la sentencia SL-373 del 2021, la cual moderó el precedente respecto a la posibilidad de materializar los efectos de la ineficacia, esto es retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandaste que ya tienen una situación jurídica consolidada o adquirieron estatus de pensionado en el Régimen de Ahorro Individual.

Ha este, respecto el Alto Tribunal de la especialidad laboral reflexionó que, al haberse adquirido la calidad de pensionado, se produce la imposibilidad de retornar al status cubo, es decir tal condición no puede deshacerse o desaparecerse del plano jurídico pues ello contraería ha:

“disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto “

Para soportar la tesis la mencionada corporación razonó que no es posible revertir ciertos efectos económicos como el deterioro que sufre el capital que ya ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación, como los bonos pensionales y las cuotas partes de las entidades contribuyentes como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales.

En efecto es irreparable la pérdida de integridad del músculo financiero con el que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar a través de una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraban las cosas, está en detrimento de los recursos de la seguridad social bien sea que provengan de la nación y/o demás entidades que deben contribuir al financiamiento del pasivo



pensional". (Escuchar audio contentivo de la sentencia del 24 de marzo de 2022, iniciando en 1:39:15).

V. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha 01 de febrero de 2023, se admitió el recurso de apelación y se ordenó de conformidad con el numeral 1, inciso segundo del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, correr el traslado respectivo.

Surtido el trámite procesal, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en síntesis, reseñó el mismo sustento al momento de presentar la contestación frente a la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones, en cuanto a las pruebas refiriendo que no se indica una sola prueba que demostrara responsabilidad alguna por parte de Colpensiones, por lo que solicitan la desvinculación de dicha administradora colombiana de pensiones en el presente proceso.

La ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS - PORVENIR S.A., a su vez, solicitó que se revocara la decisión de primera instancia del proceso referido por las razones expuestas en su escrito de alegatos de conclusión allegado.

Por su parte el señor Castellote González, a través de su apoderado judicial solicitó que se refrende la sentencia emitida en primera instancia, al encontrarse demostrado los hechos que dieron lugar a las pretensiones planteadas, ajustándose a la realidad de su prohijado, siguiendo los pronunciamientos de esta colegiatura.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA Y PRESUPUESTOS ROCESALES.

Esta Sala de Decisión es competente funcionalmente para revisar en grado de consulta la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de esta ciudad, por mandato del artículo 69 CPTSS, conjuntamente con el estudio del recurso de alzada incoado contra 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 *ibidem*.

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.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

Analizado el fallo de instancia y los argumentos de discrepancia expuestos en la sustentación del recurso, surge como problema jurídico sometido a nuestra consideración, ¿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 había lugar a declarar la nulidad o ineficacia de dicho acto jurídico?

TESIS: La tesis que sostendrá este Tribunal es que la sentencia debe confirmarse con fundamento en los siguientes razonamientos:

6.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.

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

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

Ley 100 de 1993. **ARTÍCULO 1o. SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.** El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. ...”

El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

ARTÍCULO 4o. DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL. 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 sólo 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.



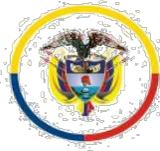
ARTÍCULO 11. CAMPO DE APLICACIÓN. *<Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los 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 sólo 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 hiciera 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 hiciera 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.

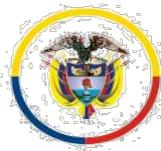
<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente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

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

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

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

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. *“...El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su*



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

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

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

1. Ser informados de manera cierta, suficiente, clara y oportuna de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo sistema de administración de 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. ...”

6.3.1. 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 período de carencia o de permanencia obligatoria previsto en la disposición acusada, conduce a la obtención de un beneficio directo a los sujetos a quienes se les aplica, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia, asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema pensional, preservando los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas.

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

“(...)” El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida



automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. [14] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), [15] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

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

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se le calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

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

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

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



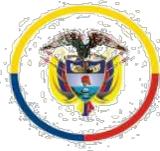
b) *Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*

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

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

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



pensión, lo anterior, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003...”
(Subrayas, resaltado y cursivas fuera del texto original)

6.3.3.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 íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión



completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

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

“...Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. “(...)”

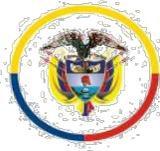
Incluso, es bajo ese norte que esta Sala de la Corte en decisión CSJ SL12136-2014 decantó la tesis sobre el deber de información de las AFP en los siguientes términos:

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 vigentes, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»; el literal e) 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 53 constitucional.

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

(...)

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

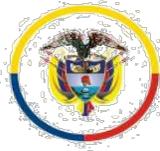
A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

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

(...)

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la



trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.

(...)

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

6.3.4. CONSULTA DE LAS SENTENCIAS ADVERSAS A LA NACIÓN, DEPARTAMENTOS O MUNICIPIOS.

El Artículo 69 del CPL, ordenó surtir ese grado jurisdiccional cuando la sentencia sea adversa a la nación, al departamento, al municipio, o aquellas entidades descentralizadas en las que la primera sea garante, en tanto las obligaciones derivadas de acreencias laborales serán atendidas por ésta con cargo a los recursos del presupuesto general, en caso en que los de la entidad no sean suficientes, y aun cuando en veces, se haya formulado recurso de alzada; así lo enseña la Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral por ejemplo en providencia AL8353 del 6 de diciembre de 2017 M.P., CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, al indicar: "Precisa recordar que la consulta no constituye un recurso adicional, sino un grado jurisdiccional, que por serlo, impone la obligación al juez de primera instancia, de consultar su



fallo, si no es apelado en los eventos previstos en la norma. En ese orden, **la consulta se surte por ministerio de la ley, ... Sin embargo, la Sala observa que en este asunto el Tribunal no resolvió el grado jurisdiccional de consulta, que obligatoriamente debió surtirse a favor del demandado, pues únicamente resolvió la apelación propuesta por la demandante, de modo que se configura una nulidad insubsanable, de conformidad con el artículo 133 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que hace indispensable el uso del remedio procesal pertinente**". (En igual sentido ver auto A.L. 2842 del 11 de mayo de 2016, M.P., Jorge Mauricio Burgos Ruiz.).

VII. CASO CONCRETO

Sea lo primero advertir que tal como se enunció en acápites anteriores en esta instancia estudiará de manera conjunta los recursos de apelación presentados por las demandadas administradoras de Fondos de Pensiones COLPENSIONES S.A., y PORVENIR S.A., y consulta de la sentencia del 24 de marzo de 2022, ante su inescindibilidad.

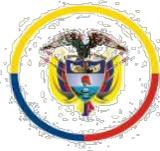
Estriba la inconformidad planteada por los recurrentes, con la pretensión genitora de la demanda, cual es la declaratoria de la existencia del vicio del consentimiento y consecuencia de ello la ineficacia del traslado del señor Salvador Enrique Castellote González al régimen de Ahorro individual de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., al considerar que no obra prueba de maniobra fraudulenta o engaño de la entidad, 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 1995, 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 probados los siguientes aspectos, el actor, nació 26 de septiembre de 1959. A la fecha de entrada en vigencia de nuestro Sistema de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, (1° de abril de 1994), contaba con 34 años de edad, y según la historia laboral expedida por PORVENIR se registra que el demandante reporta cotizaciones a pensión al sistema general de pensiones por un total de 1.201 semanas.

Para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no se encontraba en el régimen de transición previsto en el artículo 36 de ese estatuto.

El demandante se afilió al Régimen Pensional e Ahorro individual con Solidaridad, para lo cual suscribió y diligenció un formulario de solicitud de vinculación fechado 02 de junio de 1998 a la administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A.



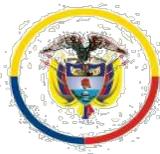
En los hechos de la demanda el promotor del litigio expuso: i. que durante el período precontractual de la vinculación o traslado, se omitió explicarle al demandante en qué consiste el libre consentimiento al suscribir el formato de vinculación, omitiendo así de esta manera brindarle información completa, comprensible y a la medida, sobre las modalidades de pensión bajo los requisitos del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad (RAIS). Además tampoco se le explicó las diferencias con las que la obtendría en el régimen de prima media.

Para el presente caso, la carga de la prueba recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrarla 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 No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que señaló que *“la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, lo que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual. En esa medida, agregó, “La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional”*.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. (...) “En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”.

De esta manera con lo antes discurrido, es posible afirmar que la omisión o información defectuosa que le fue brindada al señor SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZÁLEZ, por la AFP PORVENIR S.A., fue la causa por la que se dispuso migrar al régimen de ahorro individual con solidaridad, de tal manera que las consecuencias adversas de ver frustrado con el tiempo la posibilidad de adquirir la pensión que le brindaba el régimen de prima media, lo anterior en virtud de un mal asesoramiento que evidentemente se le impartió.

En razón de lo expuesto, se confirmará la decisión tomada en la sentencia de prima instancia, en el sentido que el contrato a través del cual el señor SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZÁLEZ, se trasladó a PORVENIR S.A. es ineficaz, al presentarse la existencia del vicio de consentimiento del que se duele la parte actora.



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.

Al no informar al demandante sobre las 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. Toda vez que se logra observar 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 respectivo traslado.

De ahí que, el traslado del actor a PORVENIR S.A., es ineficaz conforme al precedente jurisprudencial enunciado con anterioridad, de tal suerte, que 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.

Ante la ineficacia del traslado del demandante a PORVENIR S.A., es posible ordenar su traslado a COLPENSIONES, tal y como lo dispuso la Juez de instancia en su sentencia, razón por el cual este tribunal confirmará la decisión tomada por la A quo.

Habrà que decir que tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo de prescripción del recurso de alzada presentado por COLPENSIONES, habida cuenta que como se explicó con antelación que la ineficacia del traslado del régimen de prima media, administrado hoy por COLPENSIONES, al de Ahorro individual, en cabeza de PORVENIR S.A. en este caso, se puede presentar en cualquier momento, por tratarse de una situación jurídica imprescriptible.

Ahora, el cambio jurisprudencial contenido en el precedente SL 373 del 10 de febrero del 2021, aludido por el apelante Colpensiones, en forma diáfana y expresa se refirió es a la improcedencia de la ineficacia del traslado pensional cuando el actor tenga el estatus de pensionado al constituir una situación jurídica consolidada, restándole a su favor es una acción indemnizatoria; en este sentido se concluyó: (...) **calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto (...)** La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son



suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (...) Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora".

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

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

"10.12. Finalmente, no está por demás precisar que, respecto de los demás afiliados al SGP, es decir, quienes no son beneficiarios del régimen de transición, para efectos del traslado de régimen pensional, también se les aplica la regla anteriormente expuesta, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, conforme fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ambas normas interpretadas por la Corte, con efectos de cosa juzgada constitucional, en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004." (Subrayas fuera del texto original).

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



definida, conservando los beneficios del régimen de transición»¹
(Subrayas originales).

La Ley 1151 de 2007, Ley del Plan Nacional de Desarrollo (PND), creó, en su artículo 155, a COLPENSIONES, como Administradora del Régimen de Prima Media con prestación definida. Dispuso la liquidación de CAJANAL EICE, CAPRECOM y del Instituto de Seguros Sociales en lo que a administración de pensiones se refiere.

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

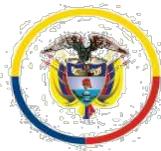
De la misma manera, el Instituto de Seguros Sociales ISS, Administradora del régimen de Prima Media, creado por la Ley 90 de 1946 y transformado en Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante el Decreto 2148 de 1992, vinculada al Ministerio de Salud y Protección Social, según el Decreto Ley 4107 de 2011, fue suprimido y liquidado mediante Decreto 2013 de 2012. En dicho estatuto, se establece que, a partir de la vigencia del presente Decreto, los activos y pasivos de los fondos de prestaciones de invalidez, vejez y muerte serán transferidos a COLPENSIONES, quien deberá conservar la separación patrimonial exigida en las normas. Los activos incluyen los bienes objeto de dación en pago, recibidos por obligaciones pensionales. De la misma manera deberá asumir el pago de las mesadas de los pensionados y administrar los aportes de los trabajadores afiliados al régimen de prima media. De tal manera que es Colpensiones la entidad a la que deberá regresar el demandante SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZALEZ, 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.

VIII. COSTAS

Se condenará en costas en esta instancia a las demandadas, en favor del demandante por no haber prosperado el recurso de alzada, conforme lo establece el artículo 365 del C.G.P., numeral 1º, cuyas agencias en derecho las tasa el suscrito Magistrado Ponente, en cumplimiento de la Ley, en el equivalente a cinco (5) SMLMV, según dispone el acuerdo 10554 de 2016 artículo 5º numeral 1º, del Consejo Superior de la Judicatura.

¹ Reiterada en SU-856/13 y T-211/16, entre otras.



IX. DECISIÓN

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

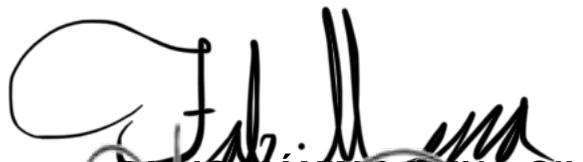
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 24 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés Islas, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **SALVADOR ENRIQUE CASTELLOTE GONZALEZ**, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 79.148.594 en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLPENSIONES**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS-PROVENIR S.A.**

SEGUNDO: Condenar en costas a las demandadas en el equivalente a 5 SMLMV a cargo de cada una.

TERCERO: Remitir oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO MÁXIMO MENA GIL
MAGISTRADO PONENTE



SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ
MAGISTRADA



JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
MAGISTRADO