

San Andrés Islas, veinticinco (25) de abril del dos mil veintitrés (2023).

MAGISTRADO PONENTE: FABIO MÁXIMO MENA GIL.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NANCY AMPARO DELGADO

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

RADICACIÓN: 88001310500120200006701

Aprobado mediante Acta No. 9540

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 contra de la sentencia del 24 de febrero 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

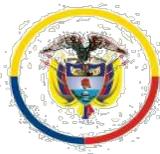
Dentro del escrito genitor se narraron los hechos que describen los cuestionamientos enrostrados a los demandados, así:

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

- 1) *El demandante nació el 04 de diciembre de 1964.*
- 2) *Se afilió al instituto de seguros sociales hoy la administradora colombiana de pensiones “Colpensiones” el día 21 de mayo de 1984.*

De la afiliación al régimen de ahorro individual

- 3) *Sin el consentimiento informado fue trasladada al régimen de ahorro individual con PORVENIR S.A. el 01 de junio del 2000.*
- 4) *la demandante cuenta con un total de 1.348 semanas cotizadas, según la proyección pensional realizada por la administradora de fondo de pensiones PORVENIR S.A.*
- 5) *Ha cotizado al régimen de Prima Media 368 semanas.*
- 6) *Ha cotizado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en PORVENIR S.A. 980 semanas.*
- 7) *En total ha cotizado al sistema de seguridad social en pensiones 1.348 semanas.*



De la falta de consentimiento informado

8) Al momento del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual PORVENIR S.A. no le explicó las desventajas y la afectación de sus derechos fundamentales a la seguridad social con el cambio de régimen.

9) No hubo consentimiento informado al momento de firmar el formulario de afiliación PORVENIR S.A.

10) Al momento del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual PORVENIR S.A. no le dio a la demandante la información completa y comprensible sobre todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

11) A la demandante no se le dio información por parte de PORVENIR S.A., sobre cómo era la forma de obtener y financiar su pensión en el régimen de prima media ni en el de fondos privados.

12) No le dieron de ilustración suficiente dándole a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes en ambos regímenes.

13) Tampoco se le hizo una proyección de la pensión ni le informaron de las condiciones para el disfrute pensional

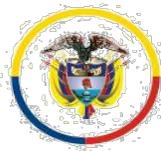
14) El promotor no le indicó que era posible regresar nuevamente al instituto de seguros sociales hoy "COLPENSIONES".

De la afectación de su pensión

15) El promotor de la administrado de fondo de pensiones Horizonte "PORVENIR S.A.", no le informó que la afiliación en esta administradora de pensiones implicaba la disminución de su mesada pensional y que sería mucho menor que la que otorgaba el instituto de Seguros Sociales hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES"

16) Informa que tiene un capital acumulado de ciento cinco millones de pesos (\$105.000.000) M/CTE, compuesto por un bono pensional de treinta y cinco millones setecientos treinta y ocho mil doscientos cincuenta y cinco pesos (\$35.738.255) M/CTE mas un valor de sesenta y nueve millones doscientos sesenta y un mil ochocientos setenta y cinco pesos (\$69.261.875) M/CTE ahorrado en su cuenta individual

17) el 2 de febrero de 2020 PORVENIR S.A., hace una proyección pensional donde le informa que su mesada pensional cuando cumpla 57 años será por un valor de Ochocientos setenta y siete mil ochocientos tres pesos M/CTE (\$877.803), teniendo un patrimonio total de ciento ocho millones cuatrocientos noventa y cinco mil ochocientos ocho pesos M/CTE (\$108.495.808) y 1.348 semanas cotizadas.



De las reclamaciones administrativas.

18) El demandante el día 6 de noviembre de 2019, presentó petición a la administradora Colombia de pensiones "COLPENSIONES", para que le permitiera retornar por sentir que le fue viciado su consentimiento, ya que aduce que fue traslado con engaños al régimen de Ahorro individual con solidaridad.

19) mediante oficio fechado del 6 de noviembre de 2019, la administradora colombiana de pensiones "COLPENSIONES" le niega su petición de traslado.

20) El 22 de enero de 2020, la señora NANCY AMPARO DELGADO radicó oficio ante la administradora de fondo de pensiones PORVENIR S.A., (radicado No. 0104774006273900).

21) el día 2 de febrero de 2020, recibió respuesta de PORVENIR S.A.

2.2. Pretensiones

Las pretensiones, se desarrollaron el acápite pertinente siendo estas:

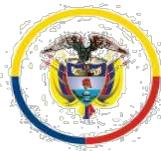
A las declarativas:

“PRIMERA. - Que se declare como válida y vigente la afiliación de la señora NANCY AMPARO DELGADO al régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”.

SEGUNDA. - Que se declare la nulidad del traslado efectuado por la señora NANCY AMPARO DELGADO el día 13 de abril de 2000 efectivo a partir del día 1 de junio de 2000, con el Fondo Privado “ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.”, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta del demandante.

TERCERA. - Que se declare la nulidad e ineficacia del formulario de afiliación suscrito por la señora NANCY AMPARO DELGADO con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., por cuanto no cumple con los requisitos de ley previstos en el artículo 4 del Decreto 720 de 1994, por no cortejar lo suscrito en el formulario con la información brindada a mi poderdante al momento del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

CUARTO. - Que se declare que la única afiliación válida y vigente de la señora NANCY AMPARO DELGADO es al Régimen de Prima Media administrado por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” sin solución de continuidad, es decir como si nunca se hubiese trasladado”.



A las condenatorias:

“PRIMERO. - Que conforme a las declaraciones anteriores se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” a recibir nuevamente a la demandante la señora NANCY AMPARO DELGADO, sin solución de continuidad; como si nunca hubiere trasladado del Régimen de Prima Media (R.P.M) al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (RAIS) en la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.

SEGUNDO. - Que se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., a liberar de su base de datos a la demandante y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del C.C. esto es con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” y sin que la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. le realice ningún tipo de descuento por gastos de administración o cualquier otro emolumento.

TERCERO. - Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado, efectuado al fondo privado la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., solicito que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se orden a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” a tener al demandante en el Régimen de Prima Media (R.P.M) como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso automático; es decir SIN SOLUCION DE CONTINUIDAD.

CUARTO. - Que se condene a las codemandadas en costas y agencias en derecho.

QUINTO. - Que se condene a lo ultra y extra petita, según lo que resulte probado”.

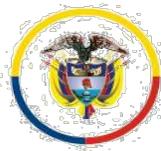
2.3. Trámite Procesal

Mediante auto del 07 de septiembre de 2020, el Juzgado Laboral del Circuito resolvió admitir la presente demanda y, en consecuencia, ordenó correr traslado a los demandados SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para lo cual le concedió un término de diez (10) días hábiles, para que ejerzan su derecho a la defensa, y allegaran las pruebas que tuvieran en su poder.

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, dio por ciertos unos hechos y manifestó dar por no ciertos la mayoría de estos 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 no ciertos unos hechos y manifestó no constarle la mayoría de éstos; como excepciones de fondo propuso las que denominó: *PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION, BUENA FE, DE IGUAL MANERA PROPUSO INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION EN CUANTO CONSIDERAN QUE EL DEMANDANTE NO REÚNE LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN LA LEY 100 DEL 1993.*

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado A quo en Sentencia del 24 de febrero del 2022, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por la señora NANCY AMPARO DELGADO a Horizontes hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

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 de la 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 de la demandante dentro de los 30 días siguientes a haber recibido los aportes.

Ordenó declarar como aseguradora de la señora NANCY AMPARO DELGADO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 21 de mayo de 1984 hasta la actualidad, sin solución de continuidad.



Posteriormente decidió declarar no probadas las excepciones de fondo propuestas por COLPENSIONES, llamadas: “COBRO DE LO NO DEBIDO”, “BUENA FE”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” y “PRESCRIPCIÓN” y también declaró no probadas las excepciones de fondo propuestas por COLPENSIONES, llamadas: 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, por lo expuesto. Además, condenar en costas a las demandadas.

Así mismo por economía procesal se fijaron agencias en derecho que se tasan teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 y su parágrafo 1 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, por cuanto las órdenes impartidas en esta sentencia son de índole declarativas, como también la ejecución de obligaciones de hacer para las demandadas, así las cosas, el literal b, numeral 1 del artículo 5 de este Acuerdo, dispone que en aquellos asuntos que carezcan de pretensiones pecuniarias, se tasaran entre 1 y 10 smlmv, en consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a 5 smlmv.

De modo que el objeto del debate que se estudió era si se podía declarar la nulidad del traslado efectuado por la demandante a PORVENIR, la nulidad e ineficacia del formulario de afiliación a PORVENIR suscrito por la accionante, que se declare como única afiliación válida y vigente de la demandante es en el Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

Como consecuencia de la prosperidad de las anteriores declaraciones, se estudió si procede ordenar a COLPENSIONES recibir a la demandante sin solución de continuidad; ordenar a PORVENIR S.A., liberar de su base de datos a la demandante y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con los frutos, intereses, rendimientos causados, a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones sin realizar ningún tipo de descuento.

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 la afiliada se trazaba en el régimen que actualmente se encuentra en el año 2000



conforme los hechos de la demanda. Por lo cual la demandante siempre ha contado con la información necesaria y los elementos para realizar un juicio sobre su situación pensional. Ya que, si bien la legislación en materia pensional ha hecho énfasis con el transcurso de los años en el deber de información por parte de las AFP, los elementos que la componen y los soportes que deben conservar para que le acrediten. Además, también es cierto que el traslado de la aquí demandante surgió con anterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones legales. 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 volver a retomar al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, la demandante debería cumplir con los requisitos señalados en la sentencia 789 del 2002, C 1024 del 2004, y la SU 062 del 2010, que permiten el traslado de régimen solamente a personas de cualquier edad, en cualquier tiempo, siempre que al 1 de abril de 1994 tenga 15 años o más de cotizaciones.

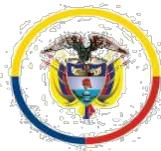
Adicionalmente los afiliados conforme al decreto 2441 del 2010 tienen deberes en calidad de consumidores financieros tales como informarse sobre las condiciones del sistema general de pensiones, aprovechar la divulgación de información y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema, sus derechos y sus 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, los afiliados deberán tener en cuenta las decisiones dentro del sistema manifestadas a través de documentos implicarán la aceptación de los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas.

Por estas razones expuestas, concluyen que el afiliado se encuentra válidamente afiliado al RAIS, y por ende no se puede trasladar su retorno al Régimen de Prima Media. Conforme a ello se sirvan emitir sentencia donde se revoque la decisión del juez de primera instancia y en su lugar se sirva denegar las pretensiones de la demanda.”
Escuchar audio contentivo de la sentencia del 24 de febrero de 2022, (1:20:13- 1:22:52)

De la misma manera, 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 musculo 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, por lo que solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.” (Escuchar audio contentivo de la sentencia del 24 de febrero de 2022, iniciando en 1:23:07)

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.

Una vez surtido el trámite procesal, las administradoras demandas de pensiones guardaron silencio al momento de la presentación de los alegatos de conclusión, de igual forma la parte demandante.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA Y PRESUPUESTOS ROCESALES.

Esta Sala de Decisión es competente funcionalmente para resolver el 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 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.

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 hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada por la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad a cargo de PROVENIR S.A. con las consecuencias pertinentes.

Así mismo determinar si hay lugar a las Prescripciones alegadas por las demandadas.

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.

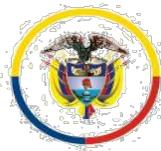
Los fundamentos bajo los que se sustenta la presente sentencia son los siguientes:

6.3.1. DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

*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...

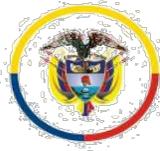
ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los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

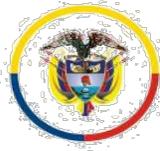
Adicionalmente, cumplirá dos objetivos fundamentales para la adecuada prestación del servicio de las entidades administradoras de pensiones. En primer lugar, permitirá determinar con exactitud la entidad responsable del reconocimiento de las pensiones y prestaciones en favor de los afiliados o de sus beneficiarios y, en segundo término, facilitará el proceso de emisión de bonos pensionales, en beneficio de los afiliados al Sistema General de Pensiones. ...”

6.3.2. 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.

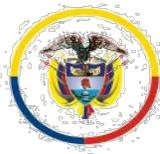
En consecuencia, la norma acusada será declarada exequible en la parte resolutive de esta providencia, por el cargo analizado en esta oportunidad. Sin embargo, esta Corporación en Sentencia C-789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), precisó que aquellas personas que habiendo cumplido el requisito de quince (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)

6.3.3.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 hubieran cotizado 15 años o más de servicios al sistema para el 1 de

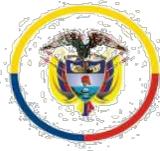


abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pueden trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, conservando los beneficios del régimen de transición, caso en el cual, “deberán trasladar a 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)

6.3.4.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. “(...)”

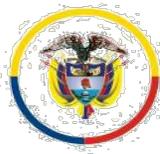
Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, 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;(...)

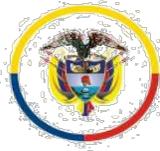
Para efectos de optar por alguno de ellos, el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigente, además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

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

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

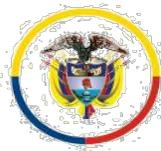
El Artículo 69 del CPL, ordenó surtir ese grado jurisdiccional cuando la sentencia sea adversa a la nación, al departamento, al municipio, o aquellas entidades descentralizadas en las que la primera sea garante, en tanto las obligaciones derivadas de acreencias laborales serán atendidas por ésta con 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

Corresponde entonces, determinar si era procedente declarar la ineficacia del traslado realizado entre regímenes y la consecuente reactivación en el primero; para lo cual, se procederá a resolver de manera conjunta los recursos de apelación presentado por las demandadas administradoras de Fondos de Pensiones COLPENSIONES S.A., y PORVENIR S.A., y consulta de la sentencia del 24 de febrero de 2022, ante su inescindibilidad.

Examinado el acervo probatorio se tiene por demostrado los siguientes hechos:

Que la señora NANCY AMPARO DELGADO nació el 04 de diciembre de 1964 por lo que para la fecha en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, en materia de pensiones (1 de abril de 1994), contaba con 29 años de edad. Se afilió al instituto de seguros sociales hoy la



administradora colombiana de pensiones “Colpensiones” el día 21 de mayo de 1984.

En lo que refiere al régimen de ahorro individual se informa que Sin el consentimiento informado fue trasladada al régimen de ahorro individual con PORVENIR S.A. el 01 de junio del 2000.

Llegados a este punto, la demandante cuenta con un total de 1.348 semanas cotizadas, según la proyección pensional realizada por la administradora de fondo de pensiones PORVENIR S.A. donde ha cotizado al régimen de Prima Media 368 semanas y al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en PORVENIR S.A. 980 semanas, para un total cotizado al sistema de seguridad social en pensiones de 1.348 semanas.

De las probanzas recopiladas, echando de menos elementos persuasivos que le correspondía a la AFP, diáfananamente se vislumbra que la entidad PORVENIR S.A. no le dio al demandante la información completa y comprensible sobre todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación, hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional sobre las implicaciones del cambio de régimen no le explicaron cómo era la forma de obtener su pensión ni las condiciones para el disfrute pensional, tampoco se le hizo una proyección de la pensión, ni le explicaron las desventajas y la afectación de sus derechos fundamentales a la seguridad social, no le explicaron cómo se financiaba la pensión en el régimen de prima media y en el de fondos privados. Es más, nótese que en todo momento ésta afirma que el consentimiento de la demandante se entiende prestado, con la suscripción de forma libre y espontánea del formulario de afiliación, entendiéndolo equivocadamente que solo a partir de la ley 1328 de 2009 y su decreto reglamentario 2555 de 2010, es que nace el deber de asesoría o buen consejo, desconociendo que dicho deber subsiste desde la ley 100 de 1993, como se explicó in extensum en acápite anterior.

De suerte que es el Fondo quien tenía la carga probatoria de allegar la documentación adicional donde se evidenciara que el afiliado sí recibió la información necesaria de acuerdo a lo exigido por la norma, como quiera que estamos frente a una negación indefinida de la actora al manifestar en el libelo introductor que no recibió información completa y comprensible sobre todas las etapas del proceso de traslado, no le explicaron las implicaciones del cambio, ni las consecuencias y efectos legales futuros sobre su pensión. De lo que se produce la inversión de la carga de la prueba mencionada a la entidad demandada, encaminada a demostrar el consentimiento informado del afiliado en aras de mantener incólume la validez del traslado, en cumplimiento del deber de diligencia y cuidado que le corresponde a quien ha debido emplearlo (Art 1604 del Código Civil).

Inomisiblemente fluye que ante la precariedad del acervo probatorio por no decir menos, es dable concluir razonadamente que la AFP PROVENIR S.A, omitió cumplir con el deber de información suficiente al

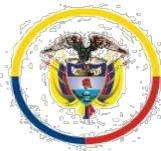


momento en el que se efectuó el traslado del actor, procurando que este comprendiera los beneficios y desventajas que del cambio de régimen se desprenderían, así como conocer los riesgos y efectos negativos de esa decisión, omisión que motivó su migración al régimen de ahorro individual con solidaridad, con las consecuencias adversas como la diferencia abismal del valor de una mesada pensional en uno y otro régimen.

Corolario de lo anterior, resulta concluir razonadamente que carece de asidero jurídico los argumentos de la apelante PORVENIR S.A., por un lado pretender invocar como impedimento del triunfo de la pretensión incoada que nos ocupa, la oportunidad legal establecida para un traslado de régimen pensional, cuando el thema decidendum se enmarca en la validez de un traslado ya efectuado con anterioridad sin importar si tiene consolidado el derecho pensional siempre que no haya sido reconocido por la AFP.

Finalmente, habrá 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 anteladamente la acción de nulidad o 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 tiempo, por tratarse de una situación jurídica imprescriptible, acogiendo la línea jurisprudencial reseñada.

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”.

VIII. CONCLUSIÓN

Discurrido lo anterior, serán estas las razones por las que se confirmará la sentencia recurrida, y en consecuencia ante la improsperidad de los recursos, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada, 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.

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 febrero del 2022, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés Islas, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora NANCY AMPARO DELGADO, identificada con la Cedula de Ciudadanía No. 31.933.878 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 MAXIMO MENA GIL
MAGISTRADO PONENTE

SHIRLEY WALTERS ALVAREZ
MAGISTRADA

JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
MAGISTRADO