



San Andrés, Isla, cinco (05) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado Sustanciador: Javier de Jesús Aynos Batista.

Proceso : Ordinario Laboral

Demandante : Reynales Forbes Myles

**Demandados : Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías
S.A. Porvenir y Administradora Colombiana de Pensiones-
Colpensiones.**

Radicado : 88-001-31-05-001-2020-00078-01

Acta N°: 9656

I. VISTOS

Procede la sala de decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada – Colpensiones contra la sentencia de fecha catorce (14) de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, Isla, dentro del Proceso Ordinario Laboral de la referencia.

II. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

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

El demandante nació el 16 de junio de 1960, contando a la fecha de presentación de la demanda con 63 años de edad, manifiesta que cotizó al sistema general de seguridad social en pensiones desde el 09 de agosto de 1984, afiliándose al Instituto de Seguros Sociales a partir de la fecha en comento y hasta el 30 de junio de 1997. Afirma, que en la historia laboral que milita en el fondo de pensiones obligatorias de la AFP PORVENIR, se reporta que el demandante realizó aportes por los periodos en traslado desde noviembre de 1997, hasta la data de la presente demanda, con un total de 1.648 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, no obstante, dicha vinculación del actor se proveyó sin la observancia del lleno de los requisitos legales¹. En efecto, el trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio “sin el libre consentimiento e

¹ El señor(a) REYNALES FORBES MYLES aparece vinculado a PORVENIR sin que se hubiese entregado por parte de PORVENIR la copia del formulario de vinculación a dicha administradora de Fondo de Pensiones.

información necesaria”, pues se le omitió explicarle en qué consistía al suscribir el formato de vinculación, que fue elaborado por la AFP sin ninguna participación del demandante, tampoco se le comunicó la información necesaria y oportuna sobre las ventajas y desventajas que ofrecía el cambio de régimen pensional, no hubo asesoramiento por parte de la entidad pensional sobre la comparación entre ambos regímenes, no informó los requisitos para acceder a la pensión por vejez o invalidez, omitió relacionar los beneficios e inconvenientes del traslado, no le aclaró qué es una pensión obligatoria para cada régimen, menos aún, le dio a conocer de forma escrita, como sería la liquidación de la pensión cuando cumpliera los requisitos en ambos regímenes. Asevera el demandante que previo y con posterioridad del traslado al RAIS, el Fondo de Cesantías y Pensiones PORVENIR, no la asesoró acerca de que una pensión se calcula con base en factores como: el IBC o Ingreso Base de Liquidación, el número de semanas cotizadas, y en el caso de invalidez el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, entre otras. Con base a lo anterior, puso de presente el actor que, presentó reclamaciones a la AFP PORVENIR y a COLPENSIONES sin que se hubiera dado respuesta en su integridad a dicha solicitud.

1.2. Pretensiones:

El señor REYNALES FORBES MYLES por conducto de apoderado judicial, adelantó proceso ordinario laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. PORVENIR Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES con la finalidad de que se declare la ineficacia de la afiliación o traslado de Reynales Myles Forbes, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y/o subsidiariamente se declare la nulidad de la afiliación o traslado del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y así se conlleve el regreso automático al Régimen de Prima media con Prestación Definida del demandante.

Pide que se condene y ordene a la Administradora Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. en virtud del regreso automático, bien como consecuencia de la ineficacia o de la nulidad, trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del CC, esto es con los rendimientos que se hubieran causado a la Administradora Colombiana de Pensiones

Colpensiones. Que se declare como consecuencia, y para efectos pensionales que Reynales Forbes Myles continúa y se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por COLPENSIONES. Por último, que se condene y ordene a Colpensiones a recibir todos los aportes girados por AFP PORVENIR S.A, igualmente, en uso de los poderes dispositivos del operador judicial que considere que son pertinentes, en aplicación de las facultades *ultra y extra petita* a favor del demandante condenando a las demandadas a pagar, costas, gastos, expensas y agencias en derecho.

1.3 Trámite Procesal y Contestación de la Demanda:

Por medio de auto adiado 28 de enero de 2021², el Juzgado Laboral del Circuito admitió la demanda al tenor de lo dispuesto en los artículos 25 y 74 del C.P. del T. ordenándose correr traslado de la misma a las partes demandadas.

1.3.1 Contestaciones

1.3.1.1 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

LA AFP Colpensiones dio contestación a la demanda, resistiéndose al éxito de la pretensión; frente a los hechos expresó no constarle ninguno de los hechos, salvo el No 22°, el cual reveló ser falso, teniendo en cuenta que dentro del sumario administrativo, reposa contestación a la solicitud de traslado y solicitud de expediente administrativo, donde se le informó que no resultaba procedente el traslado solicitado, y que no se le proveían las copias solicitadas, debido a que en la entidad, no reposa documentación del demandante. Como excepciones de fondo, propuso las denominadas: *carencia del derecho reclamado; prescripción y genéricas*³.

1.3.1.2 PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS

Refutó todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el escrito genitor. En cuanto a los hechos aceptó como ciertos los hechos N° 1, 6°, 7°, 19°, 21°; como no ciertos los hechos 8°, 9°, 10°, 11°, 14°, 15°, 16°, 17°, 18°, 20°; no constarle el restante de hechos. Como excepciones de fondo planteó las llamadas: *prescripción de la acción por la cual se pretende la nulidad; buena fe; inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; encontrarse incurso en prohibición de traslado de Régimen el demandante literal A artículo 2 ley 797; no cumplimiento de los requisitos exigidos por las sentencias C 789- 2002 Y c 1024 de 2004, SU 062 de 2020 y Su 130 de 2013; debida asesoría; enriquecimiento sin justa causa y genéricas*.⁴

² Ver Pdf 05 / Exp Elec – 01 Inst.

³ Carp 08/01 Inst/ Contestación Colpensiones/contestación demanda

⁴ Carp 07/01 Inst/ Contestación Porvenir/contestación demanda.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Laboral del Circuito de esta ínsula, en sentencia dictada en audiencia celebrada el 14 de septiembre de 2022, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por Porvenir S.A. respecto del señor Reynales Forbes Myles, en consecuencia, ordenó trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del demandante por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual que llegaron a ese fondo en los periodos en el que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía mínima. Ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado, recibir los fondos y actualizar la historia laboral del demandante, en ultimas, declaró como aseguradora del reclamante, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde su afiliación al Instituto de Seguros Sociales hasta la actualidad, sin solución de continuidad.

Como fundamentos de su decisión adujo que, las pruebas recabadas permiten inferir que, Porvenir S.A, no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, contraviniendo voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, para desvirtuar la aseveración hecha por el demandante, incumbía a porvenir S.A, acreditar el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta, situación que en el *sublite* no feneció.

De contera, surge de bulto que, la decisión del demandante de trasladarse de régimen no fue de manera libre y espontánea como lo dispone la ley, por faltar el consentimiento informado, y teniendo en cuenta los hechos que se asumen como prueba de confesión ficta ante la inasistencia del representante legal de Porvenir S.A, a la audiencia obligatoria de conciliación, específicamente los hechos 9° a 13°, 20° y 21°, en los que se aseguró esencialmente el incumplimiento de Porvenir S.A en brindar la información necesaria al señor Forbes Myles.

III.- RECURSO DE APELACIÓN

3.1 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Inconforme, con la decisión, el vocero judicial de Colpensiones, elevó recurso de apelación, con miras a que se revoque el pronunciamiento de instancia, y en su lugar se desestimen las pretensiones del demandante.

Cimentó su reparo en la sentencia SL 373 de 2021⁵ de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la cual moderó el precedente de materializar los efectos de la ineficacia, es decir, retrotraer las cosas al estado anterior, tratándose de demandantes con situación jurídica consolidada o que ya tiene el estatus de pensionados en el régimen de ahorro individual. Indicó que, al haberse adquirido la calidad de pensionado se produce la imposibilidad de retornar al estatus anterior, toda vez que, tal condición no puede desaparecer del plano jurídico, pues conllevaría a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas y por tanto derechos, obligaciones e intereses del sistema en conjunto. Bajo esa misma línea, ostentó que, acorde con la alta corporación, no es posible revertir ciertos efectos económicos, como el deterioro del capital que ha sido objeto de pago a través de mecanismos de financiación como los bonos pensionales y cuotas partes de entidades contribuyentes, como consecuencia ineludible del pago de mesadas pensionales; en efecto es irreparable la pérdida de integridad del musculo financiero con lo que se respalda el pago de la prestación, por lo que forzar por una ficción jurídica la vuelta al estado anterior en que se encontraban las cosas va en detrimento de los recursos de la seguridad social bien sea de la nación o entidades que contribuyan al financiamiento del pasivo pensional.

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

Refirió que, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición señalada en el literal 6 del art 13 de la ley 100 de 1993, por el cual se prohibió el traslado de regímenes pensionales, de personas que le faltaren 10 años o menos para adquirir la pensión, como lo es el caso que concita la atención, por lo que, la AFP porvenir no puede dar el traslado. Aunado a lo anterior, debe recordarse que el demandante contaba con 5 días siguientes a la fecha de vinculación para retractarse del cambio de régimen. Por otro lado, si es del asunto analizar la prescripción de que trata el art 1750 del C. Civil, formulado como excepción a la demanda, dado que, es una rescisión de un contrato firmado para el año de traslado, lo que vuelve factible aplicar lo mencionado en el artículo en cita, sobre el término prescripto de 04 años, para solicitar la rescisión del acto - contrato.

⁵ Magistrada Ponente-Clara Cecilia Dueñas Quevedo– 10 de Feb de 2021.

Conforme los anteriores planteamientos, intimó el letrado judicial a que se estudie la alzada y se revoque la sentencia proferida en primera instancia⁶.

3.3. DE LA SEGUNDA INSTANCIA

En auto de fecha 04 de noviembre de 2022, se admitió el recurso, disponiéndose el traslado respectivo a las partes para presentar por escrito sus alegatos de conclusión, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 13 de la ley 2213 de 2022.

3.3.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.3.1.2 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

Expuso que si el señor Reynales Forbes Myles, estuvo afiliado al ISS, ahora Colpensiones, posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. en el mes de noviembre del año 1997, señaló que en la decisión libre y voluntaria tomada por el demandante no medió ni autorización ni consentimiento por parte de Colpensiones, circunstancia que permite concluir que la Entidad no debe responder por un acto o negocio jurídico del cual no ha hecho parte, ni es responsable de la decisión tomada por el Fondo Privado de pensiones. En suma, el demandante a este tiempo cuenta con 62 años de edad, por lo que le es imposible cambiarse de Régimen, por mandato expreso de la ley 797 de 2003, que modificó al artículo 13 de la ley 100 de 1993, ergo, inquirió al tribunal que, al momento de proferir el fallo, desvincule a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, del proceso en mención, habida cuenta que no existen motivos para su permanencia en el mismo⁷.

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

Implora el apoderado judicial de la AFP demandada, revocar la sentencia de primera instancia y desechar las pretensiones incoadas. Reiteró que al demandante no se le vulneró su libre consentimiento y el deber de información se efectuó en debida forma, y si en gracia de discusión se concluye que la vinculación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentra viciada de nulidad relativa por vicios del consentimiento, es imperioso anotar que cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita conforme lo dispone el Artículo 1750 del Código de Civil, que reza en lo pertinente: ***“El plazo para pedir la rescisión durará***

⁶ Ver Pdf 015/ 02 Inst

⁷ Ver Pdf 018 / 02 Inst

cuatro años, argumentó que la condena de trasladar los valores ordenados en la sentencia indexados es improcedente pues la condena de indexación comprende compensar la pérdida de valor de la moneda y que para el sub – examine, se consuma con el traslado de los rendimientos producto de las gestiones realizadas por la AFP Porvenir, respecto de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo que en caso de aplicarse la indicada indexación se daría un doble cobro, escenario que afectaría a la estabilidad económica del sistema financiero de la seguridad social en pensiones..⁸.

3.3 CUESTIÓN PREVIA

De acuerdo con el informe secretarial que antecede⁹, a calenda 28 de julio del cursante anuario, el abogado Andrés Guzmán Montes, allegó escrito mediante el cual ostenta su renuncia como vocero judicial del extremo activo de esta Litis.

Realizado el examen preliminar, se tiene que la misma, reúne los requisitos consagrados en el inciso 4° del artículo 76 del CGP¹⁰, por lo que habrá de aceptarse la renuncia presentada por el profesional del derecho Andrés Guzmán Montes, como portavoz judicial de la demandante dentro del proceso en referencia.

De igual forma se observa que en memorial del 02 de agosto hogaño¹¹, se aporta al proceso poder otorgado a la abogada ORMA NEWBALL, WILSON, para que sea reconocida como apoderada judicial del demandante en el asunto, hecho el examen preliminar, reúne los requisitos exigidos por el artículo 74 del CGP, por lo tanto, procederá esta Corporación a reconocerle personería para actuar dentro del proceso, en los términos y para los efectos del poder conferido.

IV.- CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

4.1.1. presupuestos procesales.

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

⁸ Para mayor claridad Ver Pdf 015/ 02 Inst.

⁹ Ver Pdf 021 – Exp Elec/02 Inst.

¹⁰ Art 76 CGP - aplicable por expresa remisión del art 145 CPTS: La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido.

¹¹ Ver Pdf 023 – 02 inst.

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

4.2. Problema Jurídico.

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

4.3. Fundamentos normativos 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 solo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.

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

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

ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

- a. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;
- b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.

c. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.

d. La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley.

e. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”

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

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

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

será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

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

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida. Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

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

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR.

“...El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva

quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador...”

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

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

- 1. Ser informados de manera cierta, suficiente, clara y oportuna de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo sistema de administración de multifondos, de las diferentes modalidades de pensión y de los efectos y consecuencias de la no toma de decisiones.*
- 2. Seleccionar el régimen y elegir la administradora de fondos de pensiones y trasladarse voluntariamente tanto de régimen como de administradora, de acuerdo con las normas aplicables en la materia. (...). (Subrayas, resaltado y cursivas fuera del texto original)*

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

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

emisión de bonos pensionales, en beneficio de los afiliados al Sistema General de Pensiones. ...”

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL:

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

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

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

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

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

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

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4° y 5° 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 el todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

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

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

Sentencia T-211/16 TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE LOS BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION-Reglas jurisprudenciales

“...En materia de traslado de régimen pensional, particularmente, respecto de los beneficiarios del régimen de transición, se han establecido las siguientes reglas de obligatorio cumplimiento para los jueces de tutela: i) Solo los beneficiarios del régimen de transición que hubieren cotizado 15 años o más de servicios al sistema para el 1 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pueden trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, conservando los beneficios del régimen de transición, caso en el cual, *“deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media”* . No obstante lo anterior, ii) los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, es decir, aquellos que para el momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 35 años en el caso de las mujeres

y, 40 años en el caso de los hombres, podrán trasladarse de régimen pensional una vez cada 5 años, contados a partir de su selección inicial, sin embargo no podrán efectuar dicho traslado cuando le faltaren 10 años o menos para acceder a la pensión de vejez. “En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición”. Por fuera de lo anterior, iii) en relación con los demás afiliados al Sistema General de Pensiones, igualmente podrán trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada 5 años, pero no podrán hacerlo si le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad exigida para acceder al derecho a la pensión, lo anterior, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003...”

EFICACIA DEL ACTO DE TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL:

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

“...Esta Sala de la Corte explicó, en su oportunidad que la transformación del sistema pensional, con la duplicidad de regímenes, obedeció al interés de reforzar la protección social en Colombia, a través de un estatuto, en el que este derecho fuese visto también como un servicio público que el Estado procuró alcanzar a través de un piso básico de cobertura y con la incorporación de la universalidad, dotado de elementos de asistencia social y otras prestaciones definidas, en las que es determinante la participación pública y privada en los regímenes, pero eso sí, enmarcados en una buena administración de las instituciones y en el financiamiento a través de cotizaciones e impuestos”.

Tal cometido se soporta en el principio general de garantía de los derechos irrenunciables de los ciudadanos a obtener una calidad de vida, acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que la afecten, en los distintos estadios de la existencia (art. 1o, L. 100/93) y por ello se impone que el sistema sea integral, regulado a través de la eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, que en últimas son útiles en la práctica para cohesionar a todas las instituciones en la concreción de los derechos que a través de aquel se regulan.

(...) Así mismo tal disposición prevé las consecuencias en la infracción de la información veraz cual es, que «La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá

realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador» lo que en este caso también resultaba relevante, en punto a la actuación de la empresa Quifarma S.A. “(…)”.

Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento 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”.

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

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

Bajo el entendido de que **«el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (art. 1o, L. 100/93)** y que la

elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa. Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima. Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino

además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

(...)

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

CASO CONCRETO

Se referirá entonces este cuerpo colegiado en torno a los recursos de apelación impetrados por los extremos demandados. De acuerdo con la alzada de Colpensiones, se asume que el disenso de la entidad pensional radica en que, la sentencia de primera instancia, declaró probada la existencia del vicio del consentimiento y en consecuencia de ello, la ineficacia del traslado del señor Reynales Forbes Myles de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A puesto que, a su sentir en la decisión libre y voluntaria tomada por el actor no medió ni autorización ni consentimiento por parte de Colpensiones, contexto que permite concluir que la Entidad no debe responder por un acto o negocio jurídico del cual no ha hecho parte, ni es responsable de la decisión tomada por el Fondo Privado de pensiones.

Por su parte, de la sustentación perpetrada por el vocero judicial de porvenir, se colige que, la discrepancia de la AFP, radica en que el demandante se encuentra incurso en la prohibición señalada en el literal 6 del art 13 de la ley 100 de 1993, por lo que no puede procurar su traslado. A su vez, no se vulneró el libre consentimiento y en todo caso la acción se encuentra ampliamente prescrita.

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

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

El demandante Reynales Forbes Myles, nació el 16 de junio de 1960, que al momento de presentación de la demanda tenía 60 años de edad, comenzó a cotizar el 09 de agosto de 1984, al ISS bajo el RPM, la historia laboral reportada evidencia que, realizó aportes por los periodos en traslado desde noviembre de 1997, hasta la data de la presente demandada en la AFP Porvenir, con un total de 1.648 semanas cotizadas. Sin embargo, tal vinculación¹² depreca el demandante se dio sin el libre consentimiento e información necesaria sobre las ventajas y desventajas que ofrecía el cambio de régimen pensional.

En los hechos de la demanda, el promotor del litigio sucintamente narró: (i). que, 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-. (ii). omitió brindarle información completa, comprensible y a la medida, sobre las modalidades de pensión bajo los requisitos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). (iii). las diferencias con las que la obtendría en el de prima media.

Ahora bien, la carga de la prueba recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, (artículo 1604 del C.C.)

Así lo sostuvo posición armónica expresada por la **Corte Suprema de Justicia en la sentencia N°. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas**, en la que señaló: *“la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, lo que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial los artículos 14 y*

¹² PORVENIR S.A. Régimen Pensional de Ahorro Individual con Solidaridad.

15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual. En esa medida, agregó, "La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional".

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

A tono con lo antes discurrido, es dable afirmar que la omisión o defectuosa información brindada al señor Reynales Myles Forbes, por la AFP Porvenir S.A., fue la causa de su migración al régimen de ahorro individual con solidaridad. Las consecuencias adversas de ver frustrada con el tiempo la posibilidad de obtener la pensión que le brindaba el régimen de prima media, en virtud del mal asesoramiento que se le impartió son evidentes. En razón de ello, se confirmará la decisión tomada en la sentencia de primera instancia en el sentido que el contrato a través del cual el pleiteante, se trasladó a Porvenir S.A. es ineficaz por la existencia del vicio en el consentimiento del que se duele el actor.

"En sentencia del 22 de noviembre de 2011, Radicado No. 33083, M.P. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, nuestro máximo Tribunal en lo laboral declaró la nulidad del traslado del régimen de una persona que en ese momento ya tenía las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, pero solo contaba con 58 años de edad. Es decir, que estaba solo a la espera de que transcurrieran 2 años para cumplir la edad requerida. Por lo tanto, a juicio de la Corte, se trataba de un afiliado que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales por estar próximo a cumplir los requisitos. Concluyó que también el fondo de pensiones incurrió en una grave omisión al no advertir dicha situación particular al actor. A partir de la sentencia SL-12136 de 3 de septiembre de 2014,

radicación Na 46.292, la Corte abandonó el concepto de “nulidad” del traslado por vicios del consentimiento (o por omisión de información) para advertir que, en este tipo de casos, lo que debe analizarse es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen resulta o no ineficaz”.

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

Así las cosas, el traslado del demandante a PORVENIR S.A., es ineficaz conforme al precedente jurisprudencial enunciado, y la consecuencia de esa ineficacia es que la persona vuelve a quedar en libertad de escoger de manera voluntaria y debidamente informada el régimen pensional que mejor le convenga. Agregando a lo anterior, al encontrarnos ante la ineficacia del traslado del demandante a Porvenir S.A., es posible conceder u ordenar su traslado a COLPENSIONES, tal y como lo realizó la Juez de instancia en su sentencia, motivo por el cual esta corporación confirmará la decisión tomada por la *a quo*.

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

(..)

“En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieran treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, estas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez

(10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse. ...”

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

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

“ .. en cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).... “.. CSJ. Sala Laboral SL 1055 de 2022 – 02 de marzo de 2022.

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» (Subrayas originales).

De la misma manera, el Instituto de Seguros Sociales ISS, Administradora del régimen de Prima Media, creado por la Ley 90 de 1946 y transformado en Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante el Decreto 2148 de 1992, vinculada al Ministerio de

Salud y Protección Social, según el Decreto Ley 4107 de 2011, fue suprimido y liquidado mediante Decreto 2013 de 2012. En dicho estatuto, se establece que, a partir de la vigencia del presente Decreto, los activos y pasivos de los fondos de prestaciones de invalidez, vejez y muerte serán transferidos a COLPENSIONES, quien deberá conservar la separación patrimonial exigida en las normas. Los activos incluyen los bienes objeto de dación en pago, recibidos por obligaciones pensionales. De la misma manera 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 Reynales Forbes Myles ante la desaparición de la entidad a la que venía afiliado.

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

V. COSTAS

Ante la improsperidad del recurso, se condenará en costas en esta instancia a las entidades pensionales demandadas¹³ en el equivalente a DOS (02) SMLMV, 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.

VI.- DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha catorce (14) de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés, Isla, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **REYNALES FORBES MYLES** contra **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a las partes demandadas **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** y **ADMINISTRADORA**

¹³ ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES S.A

COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES S.A en el equivalente a dos (02) SMLMV (Acuerdo 10554 de 2016), a favor del demandante.

TERCERO: ACEPTESE la renuncia presentada por el apoderado del demandante **ANDRES GUZMÁN MONTES**, identificado con Cedula de Ciudadanía N°. 18004630 de San Andrés, y TP. N° 146.100 del C.S. de la J. al poder otorgado para su representación dentro del presente contencioso. La renuncia al poder tendrá efectos una vez transcurridos cinco (05) días luego de la presentación de la misma, de conformidad con el art 75 del CGP.

CUARTO: RECONOCER personería jurídica en representación del demandante **REYNALES FORBES MYLES** a la abogada **ORMA NEWBALL WILSON**, identificada con Cedula de Ciudadanía N°. 1123625150 de San Andrés y T. P N°. 218.722 del C.S. de la J, en los términos y para los efectos del poder conferido.

QUINTO: REMITIR oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JAVIER DE JESÚS AYOS BATISTA
MAGISTRADO PONENTE



SHIRLEY WALTERS ÁLVAREZ
MAGISTRADA
(salvamento de voto)



FABIO MÁXIMO MENA GIL
MAGISTRADO