



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

legis

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Magistrado ponente

SL4803-2021

Radicación n.º 88879

Acta 40

Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por **NORA LUCÍA GALLEGO ARANGO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 13 de marzo de 2020, en el proceso que instauró la recurrente contra **COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

AUTO

Téngase a Arellano Jaramillo & Abogados SAS, representada legalmente por Luis Eduardo Arellano Jaramillo, identificado con CC n.º 16.736.240, como apoderada de Colpensiones en los términos y para los efectos del poder conferido.

Se reconoce personería a Martha Cecilia Rojas Rodríguez, identificada con CC n.º 31.169.047 y TP n.º 60018 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

I. ANTECEDENTES

Nora Lucía Gallego Arango persiguió mediante demanda laboral ordinaria (f.º 3 a 18) que se declarara la ineficacia y/o nulidad del acto jurídico de traslado de régimen pensional, realizado el 18 de septiembre de 1995, al migrar del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del otrora ISS, régimen administrado hoy por Colpensiones, al de Ahorro Individual con Solidaridad, regentado por Colfondos SA.

En consecuencia, solicitó se ordenara a Colfondos SA, remitir a Colpensiones los saldos, cotizaciones y/o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, con la diferencia entre el valor de lo trasladado por la AFP y lo que hubiere cotizado de haber permanecido en Colpensiones y que, a su vez, se ordenara a

ésta, que una vez reciba de la AFP Colfondos SA las sumas y valores mencionados, acepte su traslado pensional del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida.

También pidió que se condene a las agencias en derecho y costas procesales correspondientes.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que: *i)* el 04 de agosto de 1980, se vinculó al régimen pensional de reparto simple manejado por el otrora ISS, ahora régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones; *ii)* el 18 de septiembre de 1995 signó el formulario de vinculación pensional en el que se trasladó del Régimen de Prima con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado en ese año por Colfondos SA; *iii)* el asesor de Colfondos SA que realizó el traslado pensional de la actora, no le brindó la asesoría legal que se requería para esta determinación, esto es, no le dio la información plena, cierta, seria y oportuna, que le permitiera tomar la decisión jurídica bajo un conocimiento completo, informado y consciente de las consecuencias que generaría esa decisión; *iv)* el asesor de la AFP no le ofreció las proyecciones de su expectativa pensional en los dos regímenes, teniendo como apoyo el mismo salario en ambos cálculos, ni tampoco le precisó el valor de la pensión si permaneciese en el de Prima Media con Prestación Definida, para que fuere cotejada con el monto que se causaría en el Régimen de Ahorro Individual; *v)* el gestor comercial de la AFP no le solicitó la información sobre su situación familiar

y beneficiarios, factores necesarios para la estimación de la proyección del monto pensional en el Régimen de Ahorro Individual; *v)* estas obligaciones de información adecuada y suficiente fueron desconocidas y la carencia de asesoría legal concreta y específica la llevaron a error de deducción, implicando que se trasladara de régimen pensional, circunstancia que lleva consigo una pensión de vejez con monto inferior al que se causaría si permaneciera en el esquema de Prima Media con Prestación Definida; *vi)* la AFP Colfondos SA al momento de realizar la solicitud de vinculación y/o traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, omitió informarle que a la vinculación o traslado a dicha administradora por primera vez, debía presentar comunicación escrita en la que constara que la selección de dicho régimen se había tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme lo establece el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; *vii)* a través de escrito dirigido vía correo electrónico a Colfondos SA, el 11 de mayo de 2017 le comunicó su interés de traslado del régimen de Ahorro Individual, al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones y Colfondos SA, dio respuesta negativa a la solicitud, radicada bajo el número 480214-1975192571 de fecha 05 de junio de 2017; *viii)* mediante escrito vía correo electrónico, de fecha 11 de mayo de 2017, dirigido a Colfondos SA, le solicitó la proyección pensional en el momento de cumplir los 57 años y en el instante de cumplir 60 años de edad; *ix)* Colfondos SA, dio respuesta a la solicitud de proyección pensional realizada vía web, bajo el radicado 480214-1975192596 del 31 de mayo de 2017, manifestando que a la fecha no cuenta con el capital

suficiente para financiar una pensión mensual del 110% de un salario mínimo mensual legal vigente, sin embargo, por contar con un número de semanas mayor a 1150, tendría un posible derecho a pensión por garantía mínima; x) el 16 de mayo de 2017, diligenció y presentó formulario de afiliación al sistema general de pensiones de Colpensiones y mediante comunicación BZ2017 4917157-1255706 de la misma fecha, esta entidad le negó el traslado pensional, aduciendo que le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional; xi) si hubiere permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y teniendo en cuenta los mismos salarios devengados y que sirvieron de aval para el cálculo en el Régimen de Ahorro Individual, la prestación en su beneficio, al momento de cumplir los 57 años de edad, sería de \$1.168.470, lo cual le representaría un enorme perjuicio, ya que la diferencia entre uno y otro régimen pensional, ascendería a la suma de CUATROCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$430.753) y xii) actualmente está afiliada y cotizando para pensiones, en Colfondos SA.

Al dar respuesta a la demanda (f.º 76 a 85), Colpensiones se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como ciertos la fecha inicial de vinculación de la demandante al ISS, la solicitud de afiliación a Colpensiones de 16 de mayo de 2017 y la respuesta negativa dada por la entidad. De los demás dijo que no le constaban.

En su defensa sostuvo que la afiliación de la actora al RAIS fue válida y que no cumple los requisitos para retornar

al RPM; que la posibilidad de declarar la nulidad está prescrita; que no hay lugar a la declaratoria de nulidad y no se presentan vicios del consentimiento.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; prescripción; imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal; buena fe e imposibilidad de condena en costas (f.º 83 y 84).

Por su parte, Colfondos SA se opuso al escrito generatriz (f.º 94 a 111) y, en cuanto a los hechos, aceptó como ciertos la afiliación de la demandante al RAIS, la solicitud de traslado al RPM, la respuesta negativa que se le dio a tal súplica, la solicitud de proyección pensional al cumplir 57 y 60 años y la respuesta dada a dicho requerimiento.

En su defensa sostuvo que la vinculación a Colfondos fue válida; que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre y ha permanecido en el RAIS por más de 21 años; que nadie puede alegar su propia culpa, en este caso al pedir la nulidad debido al propio descuido de la actora en el manejo de su futuro pensional; que no se presentan vicios del consentimiento ni causal de nulidad; que si hay error de derecho éste tampoco produce vicios del consentimiento y que la administradora brindó toda la información necesaria para la época del traslado.

Propuso las excepciones de validez de la afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios del consentimiento;

saneamiento de la eventual nulidad relativa; prescripción, buena fe y la innominada o genérica (f.º 109 a 110).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 29 de mayo de 2019 (f.º 160 a 160 vto. y archivo digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia y/o nulidad del traslado que la señora LUCIA (sic) GALLEGO ARANGO, identificada con la C. C. No. 42.061.788, suscribió al RAIS, específicamente del Régimen con Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, específicamente a COLFONDOS S.A., por lo expuesto en la parte motiva. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales, la señora GALLEGO ARANGO, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEGUNDO: En consecuencia, CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, rendimientos administrativos, así como los gastos de administración que fueron cancelados por la demandante a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, de conformidad con lo estipulado en el Art. 113 de la Ley 100 de 1993 y con lo señalado en esta sentencia en su parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que una vez la AFP COLFONDOS S.A., de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado de la señora NORA LUCIA (sic) GALLEGO ARANGO del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con prestación Definida, siendo entonces un regreso automático y teniéndose sin solución de continuidad como se dijo en el numeral primero.

CUARTO: CONDENAR en costas a COLFONDOS S.A., en un 80% y a COLPENSIONES en un 20%, tasándose las costas en un 100%.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que conoció de la apelación de las demandadas y del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, mediante fallo de 13 de marzo de 2020 (f.º 11 a 12 cuaderno del Tribunal y archivo digital) resolvió revocar la sentencia de primer grado y, en su lugar, absolver a las entidades demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas en ambas instancias a la demandante.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si se probaron los supuestos fácticos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación contemplada en el literal b) del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pretendida por la parte activa de la litis.

En esa dirección, manifestó que se apartaba de la línea trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto un análisis detallado de la normativa invocada y de la Ley 100 de 1993 y su Decreto Reglamentario 720 de 1994, lo llevaban a concluir que cuando un afiliado a una AFP acusa a ésta de maniobras engañosas, defraudadoras, omisivas o erróneas en el ofrecimiento de información que conlleve el traslado de régimen pensional,

[...] la acción judicial que debe entablar dicho afiliado corresponde a un resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia de la afiliación, puesto que esta última acción de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la administradora de fondo de pensiones como el supuesto de hecho que deba probarse para dejar ineficaz un negocio jurídico, con fundamento en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, pues allí únicamente se contempló al empleador o cualquier otra persona afín a dicha calidad, como la única que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador afiliado. Así, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, corresponde a la parte probar demandante o demandada el supuesto de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido.

En esa medida, conviene recordar cuál es el hecho contenido en la norma rectora invocada por la Corte, literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, dicha normativa exige que se pruebe que “El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho, refiriéndose a la selección del régimen pensional libre voluntaria en cualquier forma, se haga acreedor de las sanciones”, sanciones que se encuentran en el artículo 271 anunciado y que, concretamente indica, “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 (...)”. Una vez acreditado tal supuesto de hecho entonces ocurrirá el efecto jurídico que la norma consagra, como es que “la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”, es decir, dará lugar a la acción de ineficacia de la afiliación pensional.

El anterior derrotero normativo permite evidenciar que los aludidos artículos contienen un hecho generador de la ineficacia, el que debe provenir de un sujeto calificado como es “el empleador o cualquier persona natural o jurídica” o “el empleador y en general cualquier persona natural o jurídica”. En un primer momento, una lectura desprevenida de tal enunciado permite predicar tanto del empleador del afiliado como de cualquier persona, entre ellas la administradora de fondos de pensiones, la posibilidad de desconocer, impedir o atentar contra el derecho del trabajador en la selección libre y voluntaria del régimen pensional, al que desea pertenecer, pero auscultado en detalle no solo tal normativa, sino la Ley 100, permite advertir que, en realidad, tal supuesto de hecho solo puede provenir del empleador o cualquier persona afín con esa denominación, es decir, de alguien que pueda usurpar la voluntad del trabajador por tener una posición subordinante frente a esto, director de sus actos.

Con la claridad anterior y teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 31 del Código Civil, ninguna persona podrá realizar analogías de leyes prohibitivas, todo ello para extender

sus consecuencias a eventos que la norma no regula, y en tanto el artículo 13 y 271 de la Ley 100 contempla una sanción, no podrá hacerse símil alguno para derivar de allí un sujeto que el legislador no contempló.

Sobre la base de lo ya expuesto, sostuvo que en las normas invocadas el supuesto de hecho exige un sujeto calificado, y que ese sujeto *«desconozca, impida o atente contra el derecho libre y voluntario del trabajador de elegir el régimen pensional»*, actos que en parecer del Colegiado de instancia no puede ejecutar la administradora de fondos de pensiones, *«[...] en tanto que ella, en efecto, busca una afiliación al sistema de Seguridad Social y para ello está obligada a exponer las características, beneficios y riesgos del sistema de ahorro individual, por lo que sólo una persona con la posibilidad de direccionar los actos del trabajador podrá desconocer impedir o atentar contra el derecho de éste, es decir, su empleador»*, razón por la cual tampoco encuentra plausible que el promotor de la AFP pueda llevar a cabo dichos actos deleznable *«[...] pues él representa la otra parte contractual con quien se cruza el acuerdo de voluntades»*.

Expresó que la tesis esbozada no dejaba al garete a los afiliados que querían reclamar sobre la base de ausencia de información de las AFP, por error u omisión, pero que para estos casos el legislador contempló una acción diferente a la ineficacia, consistente en el resarcimiento de perjuicios descrito en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994; y que, además, no podía olvidarse el principio de interpretación del ordenamiento jurídico, *«[...] que exige la aplicación de la norma especial sobre la simple general»*.

Resaltó que la Sala de Casación Laboral había descargado sobre Colpensiones los efectos patrimoniales de las ineficacias de traslados entre regímenes pensionales, lo que podría transgredir lo dispuesto en la cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial, así como el régimen resarcitorio de perjuicios contenido en el Código Civil, porque *«[...] nuestra legislación estableció que sólo se obliga a indemnizar aquel que causa un daño en los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, por lo que Colpensiones, si no participó en la información otorgada al trabajador, no tendrá por qué resarcirlo, pues rememórese que las obligaciones nacen del concurso real de voluntades, de los contratos, o del daño inferido a otro artículo 1494 del Código Civil [...]»*, todo lo anterior con claros efectos patrimoniales sobre la Nación, que es garante de los recursos dispuestos para Colpensiones.

Para resolver el caso concreto, el juez colectivo hizo el siguiente razonamiento:

De manera tal que cuando se plantea en la demanda tal omisión de información por parte de la administradora de fondo de pensiones, en realidad, el actor está evidenciando en un supuesto de hecho diferente al contemplado en los pluricitados artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Supuesto fáctico. rememórese que Nora Lucía Gallego Arango pretende la nulidad e ineficacia de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que obra a folio 3, del que da cuenta el formulario suscrito el 18 de septiembre de 1995 ante Colfondos, formulario que se encuentra en folio 21 del cuaderno 1, por lo que señala la administradora de fondo de pensiones, y no a su empleador u otra persona afín a tal calidad, como el sujeto que la hizo incurrir en error o engaño para efectos de obtener dicho traslado, y del que adujo derivar un perjuicio en tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad obtendría una pensión del mínimo, cuando en el Régimen de Prima Media sería de \$1.168.470 pesos. Al punto es preciso

resaltar que aun cuando la demandante pretendió la nulidad del traslado, folio 3, lo cierto es que en los hechos invocados en la demanda se desprende que en realidad el propósito perseguido de retornar al Régimen de Prima Media debido al incumplimiento del deber de información por parte de los asesores de una administradora de fondo de pensiones, objetivo que como ya se explicó, se alcanza a través de la acción de ineficacia, como lo dijo nuestra superioridad, por lo que su pretensión de anulación en realidad debe entenderse como ineficacia de traslado.

Entonces, basta la anterior descripción para echar al traste las pretensiones de la demandante, pues estos supuestos fácticos corresponden a una acción diferente a la invocada, sin que ahora pueda esta Colegiatura encausar sus pretensiones en ese sentido, pues ello implicaría un grave quebranto de los derechos de contradicción y defensa de los sujetos procesales, así como el principio de congruencia del artículo 281 del Código General del Proceso, además que los jueces colegiados carecen de las facultades ultra y extra petita en sus decisiones, de conformidad con el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

[...]

Conforme a lo expuesto, como los supuestos fácticos alegados en la demanda no son los que deben acreditarse para salir adelante la ineficacia pretendida, se revocará la decisión de primera instancia, como solicitaron los apelantes, aunque por diferentes razones y, en consecuencia, se denegarán los pedimentos del libelo introductor. Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, «[...] CONFIRME *TOTALMENTE* la decisión estimatoria proferida el 29 de mayo

de 2019, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, que había declarado la INEFICACIA de la migración pensional realizada por la actora el 18 de septiembre de 1995 [...]»

Con tal propósito formula un cargo por la causal primera de casación, el cual fue replicado.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia por la vía directa en la modalidad,

[...] de VIOLACIÓN DIRECTA del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que regula la INEFICACIA JURIDICA DEL TRASLADO PENSIONAL, infracción que se dio por aplicación indebida del artículo 10 del Decreto 720 de 1994, que encausa el resarcimiento de perjuicios, dislate jurídico que materializó la afectación del artículo 13 literal B de la Ley 100 de 1993, apartado que tipifica la libre elección de sistema pensional y de correlato la vulneración del artículo 48 Constitucional, reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005, en armonía 33 de la Ley 100 de 1993, reformado por el 9º de la Ley 797 de 2003, dispositivos normativos contentivos del derecho pensional.

La violación sustancial de la Ley por infracción directa del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se desarrolló a través de la VIOLACION MEDIO del artículo 29 Constitucional que regla el Principio del Debido Proceso en materia judicial, y es reglamentado, para el caso específico, en el artículo 281 del Código General del Proceso, bajo la garantía de la CONGRUENCIA, norma que se aplica al procedimiento laboral, artículo 145 de la Ley 712 de 2001, que impone que la sentencia de primera instancia tiene que estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y debatidos en las restantes etapas procesales.

En la demostración del cargo, la recurrente afirma que dada la vía seleccionada acepta las siguientes premisas fácticas:

i) que de manera voluntaria y sin presiones hizo la migración el 18 de septiembre de 1995 al signar el formulario de traslado; ii) que además acudió a la vía judicial a través de la ineficacia del traspaso pensional, por medio del mecanismo procesal de la ineficacia, estipulada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y iii) que durante todo el desarrollo procesal, demanda, contestación, fijación del litigio, alegatos de conclusión, sentencia de primera instancia e impugnaciones, las partes reconocieron que fáctica y jurídicamente las divergencias se plantearon a través de la figura jurídica de la ineficacia del traslado pensional por ausencia de información para la afiliada migrante.

Sostiene que el Tribunal en la sentencia incurrió en la infracción sustancial por vía directa del art. 271 de la Ley 100 de 1993, «[...] *Insubordinación legal que se hizo patente por vulnerar el DEBIDO PROCESO, artículo 29 Constitucional, a través del quebrantamiento del principio de CONGRUENCIA, artículo 281 del General del Proceso, norma aplicable por integración a los procesos laborales, artículo 145 de la Ley 712 de 2001*».

Afirma que el eje temático del proceso adelantado lo fue la ineficacia del traslado del régimen pensional y que el Tribunal al desatar la apelación modificó totalmente las pretensiones, profiriendo una sentencia «[...] *con irrespeto del contenido fáctico y jurídico planteado desde la demanda*».

En su sentir, el Tribunal sorprendió a todos los participantes con una tesis «[...] *Consistente en que los hechos*

y pretensiones de la demanda tenían que haber sido enrutados bajo los designios del resarcimiento de perjuicios mas no de la ineficacia del traslado [...]», con lo cual desconoció la iniciativa de los contendientes, quienes había fijado el tema del conflicto y no era dable en esas condiciones definir la controversia a partir de hechos no aducidos en el proceso, sin que se advirtiera en él, colusión o fraude.

Resalta que de antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *«[...] ha decantado que la congruencia como garantía impone al Juez de primera y segunda instancia la obligación de resolver la controversia sometida a su análisis, dentro de los precisos límites de lo pedido y lo controvertido [...]*», y de esta suerte las pretensiones de la demanda y los hechos que le sirvieron de sustento, así como las excepciones y circunstancias fácticas presentadas en la contestación, son los parámetros sobre los cuales tiene que versar el pronunciamiento judicial en todas las instancias. En su apoyo, cita la sentencia CSJ SL13277-2016.

Enfatiza que si el juez o magistrado sentencia sin coherencia fáctica entre lo pedido y lo decidido incurre en un defecto procedimental como causal específica de violación de la norma medio *«[...] por vulnerar el principio de CONGRUENCIA, al subvertir completamente los términos de referencia de los hechos que sirvieron al debate probatorio, generando una alteración sustancial en la relación causal procesal que las partes plantearon desde la demanda [...]*», lo

cual quebranta los principios del derecho de contradicción y de defensa, que son expresiones del debido proceso.

Señala como la norma medio vulnerada, el artículo 281 del CGP, porque *«[...] jamás durante el decurso procesal se esgrimieron acciones, u omisiones o argumentos jurídicos que tuvieran como propósito exigir el resarcimiento de perjuicios por el traslado pensional, Artículo 10 del Decreto 720 de 1994 [...]»*, como equivocadamente lo decidió el Tribunal, desviando el estudio de la ineficacia del traslado del régimen pensional por falta de información al afiliado, *«[...] argumentando que no se cumplieron con los supuestos descritos en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que lo correcto era que la promotora adelantara la acción de resarcimiento de perjuicios regulada en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994»*.

Asegura que la violación directa del art. 271 de la Ley 100 arrasó con los derechos pensionales de libre afiliación y traslado contenidos en el artículo 13 de la misma preceptiva y que la línea jurisprudencial de las sentencias CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989; CSJ SL1452-2019; CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019, indica que *«[...] la afiliación al régimen pensional, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, con obligación a cargo de la AFP de la debida información [...]»*, en tanto que el resarcimiento de perjuicios no es una aspiración principal si se reclama la carencia de información para el traspaso pensional, razón adicional para considerar el yerro en la sentencia impugnada.

Asevera que también se equivocó el Tribunal al considerar que sólo corresponde el trámite señalado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando la conducta vulneradora del traslado la asume el empleador o un tercero, pero no la AFP o a su promotor, porque la norma no hace esa distinción y que, al margen de lo dicho, sólo procedería el resarcimiento de perjuicios como pretensión principal en el caso de los pensionados, o si se acepta que pese a que el traslado haya sido válido o informado se considera que hubo alguna culpa de la AFP que tiene que ser reparada. En apoyo de sus asertos, cita sentencias de tutela de esta Sala de Casación en casos similares fallados por el Tribunal Superior de Pereira.

Sobre ese panorama insiste en que era obligatorio para el colegiado de instancia *«[...] desatar las apelaciones respetando la plataforma probatoria y jurídica escenificadas por las partes frente a la ineficacia del traslado pensional por falta de información, disponiendo de fondo si los apelantes tenían razón en sus reproches jurídicos, pero sin extrapolar las pretensiones de la actora para reprocharle el camino procesal que eligió»* y que, por tanto, debe confirmarse la sentencia de primer grado, *«[...] por cuanto en el plenario no existe ninguna evidencia demostradora (sic) de que a la recurrente se le brindó la pedagogía necesaria, precisa y justa para que el traslado fuere libre e informado»*.

VII. RÉPLICA

Colpensiones sostiene que no erró el Tribunal, por cuanto, contrario a lo dicho por la censura, en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, *«[...] se establece el régimen sancionatorio que eventualmente podrían ser impuesto a los Empleadores en el marco de un contrato de trabajo, que impidan o atenten “contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección” de régimen [...].»*

Procede a recordar la evolución normativa del deber de información y asegura que *«[...] no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen»*, por lo que no es suficiente para la declaratoria de la ineficacia la simple afirmación de no haber recibido información acerca de las consecuencias del traslado y la diferencia del monto de la pensión, relevándolo además de la carga probatoria que le corresponde.

Agrega que el recurso no está llamado a prosperar por cuanto no estamos ante un régimen de responsabilidad objetiva *«[...] toda vez, que la responsabilidad de asesorarse es del afiliado y no es exclusiva del Fondo – AFP, pues conforme lo ha indicado la Ley, la doctrina y la jurisprudencia, el acto de afiliación además de ser libre y voluntario, es solemne y bilateral y por tanto no está en la esfera de control absoluto y exclusivo del fondo»*.

Por lo dicho solicita a la Corte que no case y deje incólume la sentencia impugnada.

VIII. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Corte discernir si se equivocó el Tribunal al determinar que no se cumplieron con los supuestos descritos en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, porque lo correcto era que se adelantara la acción de resarcimiento de perjuicios regulada en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Puesta así la controversia, conviene recordar el contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

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; (Subrayas y cursivas de la Sala)

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, dispone:

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.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

En relación con el contenido del precepto en cita, la Sala ya ha manifestado su posición y, por vía de ejemplo, en sentencia CSJ SL12136-2014 asentó que la información *precisa*, es un elemento esencial para pregonar que hubo *libertad* en la toma de la decisión, lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su acogimiento. En efecto, se dijo en aquella oportunidad:

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.

[...]

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.

[...]

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.

Se recuerda, el Tribunal esgrimió en su decisión que los aludidos artículos contienen un hecho generador de la ineficacia que debe provenir de un sujeto calificado, el empleador, *«[...] o cualquier persona afín con esa denominación, es decir, de alguien que pueda usurpar la voluntad del trabajador por tener una posición subordinante frente a esto, director de sus actos»*, de lo cual derivó que las AFP no podrían incurrir en esa conducta y que, por tanto, si hubo alguna omisión o error en la entrega de información, ello sólo es litigable por la vía del resarcimiento de perjuicios de que trata el artículo 10 del Decreto Reglamentario 720 de 1994.

Como el Tribunal anunció en su providencia que se apartaba de la línea trazada por esta Sala de Casación, es necesario recordar cual es esa senda jurisprudencial que se ha trazado respecto de la ineficacia del traslado del régimen pensional, cuando el fundamento de ésta recae en el hecho de que el afiliado aduce no haber recibido la información pertinente para tomar una decisión adecuada a sus intereses, y si la argumentación ofrecida resulta ser suficiente para mantener la doble presunción de legalidad y acierto de que se halla revestida toda sentencia que es objeto de impugnación en esta sede extraordinaria.

La sentencia CSJ SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones,

las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En la providencia citada en precedencia, se presenta un cuadro-resumen de la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información, no de cualquier calidad sino *calificada*, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador.

En ese orden, para la época en que se produjo el traslado de la actora del ISS a Colfondos, esto es el año 1995, se encontraban vigentes no sólo el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 271 de la misma preceptiva, ya citados, sino, además, el art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, en su versión original, que disponía: «1. *Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en*

las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», además de las normas constitucionales que gobiernan el derecho a la información, razón por la cual la Sala dedujo de allí que en ese momento competía a las AFP suministrar ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Por ello se ha sostenido que existe toda una batería normativa de carácter especial que reguló la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, lo cual concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado, como se explicó, entre otras, en la misma providencia que se viene citando:

En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que *no recibió información*, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios

y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros. (CSJ SL1688-2019)

El enfoque de la Corte para abordar el problema, téngase presente, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico en normas que son de orden público, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, a construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en avanzar del mero estudio del elemento «*consentimiento*» sobre la prueba de uno de sus vicios: error, violencia y dolo, atinentes a la *validez*, para llegar al análisis del «*deber de información y buen consejo*» que compete a las Administradoras en cumplimiento de normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala de Casación.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Dado que el fundamento del Tribunal fue la aplicación del Decreto Reglamentario 720 de 1994, conviene examinar su alcance y contenido para determinar la pertinencia en la solución del caso *sub examine*. La nombrada disposición, tiene por epígrafe el siguiente: «*por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993*», lo cual, en principio, señala las específicas materias objeto de su desarrollo, esto es, el contenido de los artículos 105 y 287, parcial, de la Ley 100 de 1993, los cuales se refieren a la autorización para celebrar contratos con establecimientos de crédito para las operaciones de recaudo,

pago y transferencia de los recursos manejados por las AFP para que dichas operaciones pudieran ser realizadas en todo el territorio nacional, y las actividades de los intermediarios de las entidades de seguridad social para regular su organización, responsabilidades, vigilancia y sanciones a las cuales estarán sujetos.

En particular, el artículo 10 regula lo pertinente a la responsabilidad de los promotores, dentro de un capítulo más amplio que también se ocupa de su organización, obligaciones e identificación frente a terceros, sin que de esta disposición en particular se pueda derivar como regla una acción única y específica para aquellos casos en los cuales el error u omisión del promotor, por virtud del traslado de régimen pensional genere perjuicios al afiliado.

Y es que la Corte no niega la posibilidad de reclamar perjuicios frente a una eventual declaratoria de ineficacia del traslado, siempre y cuando ellos sean reclamados dentro del proceso y se encuentren debidamente acreditados. Lo que se ha dicho frente otro escenario, distinto en su supuesto fáctico al de que aquí se trata, es que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo en particular, ya no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes del dicho cambio, porque entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se

hayan reclamado, probado y no estén prescritos (CSJ SL373-2021).

Ello denota el extravío del Tribunal en su análisis, pues si bien inicialmente identificó el problema jurídico a resolver de manera correcta, luego perdió el rumbo al confundir las regulaciones propias del deber de suministro de información en sus diversas épocas que sirven de fundamento para la declaratoria de ineficacia con base, se itera, en los artículos 43 del CST, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, con aquella que se ocupa de la responsabilidad tanto de los intermediarios o promotores como de las AFP mismas en el sistema general de pensiones que, a no dudarlo, también permitiría la reclamación de perjuicios, si se cumplen las condiciones para ello, pero que en todo caso son temáticas diferentes.

En criterio de la Sala, en verdad no hay una suerte de extensión indebida por analogía de unas normas de tipo sancionatorio, como lo mencionó el juez plural, sino que las administradoras de fondos de pensiones son destinatarias directas de las mismas y de las consecuencias que allí se prevén por su violación, entre otras, la de que *«La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»*.

Se recuerda, es factible que los jueces se aparten del precedente jurisprudencial, pero para ello se requiere esgrimir una argumentación suficiente, tal como lo explicó la Sala en la sentencia CSJ SL440-2021:

Ahora, es cierto que los jueces del trabajo deben considerar en sus sentencias el precedente judicial vertical que emana de la Sala de Casación Laboral. En efecto, al ser esta el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, sus decisiones tienen fuerza vinculante en virtud de los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, pero siempre que tengan la capacidad de responder adecuadamente a la realidad fáctica del asunto concreto, así como la social, económica y política del momento (CC C-836-01 y CC -621-2015).

En este sentido, de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia-, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del derecho (CC T-446-2013), o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015).

Para la Corte resulta claro con lo hasta aquí dicho, que el supuesto de hecho que el Tribunal echó de menos está en las normas que regulan el caso y debieron aplicarse, y que de la lectura de los pluricitados artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, no se infiere que sólo el empleador o quien funja como tal es el único que puede desconocer el derecho de libre elección de régimen pensional por parte del afiliado, pues la falta de información de la AFP puede afectarlo, como se ha sostenido jurisprudencialmente y se ha explicado a lo largo de este proveído.

Así, la hipótesis contemplada en el numeral (iv) de la sentencia atrás citada, que sería la aplicable al caso, es decir, una divergencia hermenéutica del Tribunal en relación con los mentados preceptos de la Ley 100 de 1993, no pareciera

configurarse, pues el sentido que el juez colectivo le dio a los preceptos, no precisamente permitiría *«un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales»*, al contrario, los restringiría en desmedro de los afiliados, que verían imposibilitada la declaratoria de vinculación al régimen pensional al cual creen válidamente tener derecho.

En un caso de similares características al que aquí se analiza, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en torno a cuál es la normativa aplicable a los asuntos en que se discute la falta al deber de información por parte de las AFP al momento del traslado de régimen pensional y a quién le corresponde probar el cumplimiento de tal deber, estableciendo lo que a continuación se expone en sentencia CSJ SL3537-2021:

Claro lo anterior, se tiene que, en el sub lite, la pretensión de la demandante se dirigió a obtener la «nulidad» de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – y la consecuente migración, de Protección S.A. a Colpensiones, de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales recibidas con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados-, con fundamento en una premisa fáctica primordial: el incumplimiento del deber de información, a cargo de Protección S.A., al momento de su afiliación.

Por su parte, el ad quem consideró pertinente apartarse de la jurisprudencia que esta Sala ha elaborado en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional, pese a que en ningún momento analizó ese elemento esencial sobre el que se erigió la petición de la accionante, pues se ocupó de un asunto distinto, cual es, la normativa que debe observarse en aras de adelantar una acción de responsabilidad dirigida a obtener la satisfacción de perjuicios por parte de la AFP y las razones que, en su criterio, justifican su pertinencia; aspiración aquella que, si bien puede válidamente proponerse -al amparo del derecho de acción-, no hizo parte del petitum inicial en este asunto.

Así, para esta Sala, es evidente que el Tribunal equivocó el entendimiento del problema jurídico que le correspondía analizar, pues estructuró su decisión sobre una cuestión no discutida en el proceso; esto es, el tipo «de acción» que considera deben adelantar los afiliados en aras de obtener el resarcimiento de perjuicios causados por «infracción, error u omisión» de las AFP, tal como lo establece el artículo 10.º del Decreto 720 de 1994.

Precisamente, por tal circunstancia, el recurrente acierta en el cuestionamiento que propone contra la decisión confutada, pues la Corte Suprema de Justicia es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, tal como lo consagra de manera expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en tanto refiere que cuando «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 [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Ahora, si esto es claro, igualmente resultada equivocado sostener que tal normativa está dirigida únicamente a los empleadores, como lo entiende el Tribunal, pues el derecho a afiliarse o seleccionar el régimen pensional, también se menoscaba cuando las administradoras de pensiones incumplen la obligación de obtener un verdadero consentimiento informado por parte del afiliado (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019 y, especialmente, la CSJ SL4360-2019).

Entonces, erró el Tribunal al desconocer que el cambio de régimen pensional sin el cumplimiento del deber de información acarrea como consecuencia la ineficacia del acto, aunado a que tampoco acertó al apartarse del precedente judicial sobre un tema específico –ineficacia del traslado– sin analizar los elementos estructurales del mismo e inclinando su argumentación sobre una cuestión distinta a la propuesta como objeto de análisis –indemnización de perjuicios–.

De otra parte, una interpretación integral de esa normativa que regula la materia, en el contexto propio de la Ley 100 de 1993, pero, además, teniendo en cuenta los principios constitucionales y legales que gobiernan el derecho laboral y la seguridad social, es la que ha llevado a la construcción de la línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado del régimen pensional, que resulta ser ya

pacífica, en particular, cuando se alega por el afiliado la ausencia de información o la deficiente entrega de la misma por parte de la AFP, quien tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de ese deber, tal como se ha explicado.

En efecto, la Corte en la sentencia CSJ SL5630-2019 determinó en qué casos existirá ineficacia de la afiliación, precisando que tal figura operará 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.

Así, la selección de la norma para resolver el caso que hizo el Tribunal no resultó afortunada, con lo cual, en efecto, hubo una aplicación indebida del artículo 10 del Decreto 720 de 1994 que condujo a los desatinos denunciados por la censura, en cuanto a la infracción de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en estricto sentido, el pronunciamiento del Tribunal no fue incongruente, en los términos del artículo 281 del CGP, en tanto que la comprobación de dicha disfuncionalidad exige que se confronte la sentencia con las pretensiones y con las excepciones, así como con los

fundamentos fácticos de unas y otras, y como bien lo dijo el Colegiado «[...] ninguna condena se realiza por objeto distinto ni se dejó de resolver la pretensión incoada [...]», lo que ocurrió es que éste, equivocadamente, no encontró subsumidos los hechos alegados en las normas que regulan la materia, dado el muy particular entendimiento y alcance que les dio en la sentencia, lo que lo llevó por un sendero errático al buscar la solución en normas que no era del caso aplicar, por lo que estimó pertinente concluir que «[...] se denegarán los pedimentos del libelo introductor», pero sin apartarse de ellos.

Comentario aparte merece la afirmación del juez colectivo en el sentido de que sobre Colpensiones se ha impuesto una responsabilidad patrimonial «resarcitoria de perjuicios», derivada de la declaratoria de ineficacia de los traslados del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, lo cual generaría transgresión del artículo 90 Superior y de los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, en tanto dicha entidad cuenta con garantía de la Nación para el pago de las prestaciones económicas que reconozca.

Ha de tenerse presente que la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes *el derecho irrenunciable a la seguridad social* y las órdenes emitidas frente a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPM, no son condenas a título de indemnización o de resarcimiento de perjuicios, como

equivocadamente pareciera entenderlo el Tribunal, sino que responden a ese derecho irrenunciable a la seguridad social ya mencionado, que se enfoca en que la persona obtenga una cobertura en los riesgos de IVM en el régimen en el cual se le tenga por válidamente afiliado, derivada del fruto de su trabajo y reflejada en los tiempos servidos o en las cotizaciones efectuadas al sistema.

Finalmente, importa recordar lo expuesto en la sentencia CSJ SL2877-2020, en la que sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia de actos como el aquí se discute, se adoctrinó:

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que

recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.

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

Conforme a los precedentes en cita, el Tribunal, en relación con la señora Nora Lucía Gallego Arango, se equivocó en su forma de abordar y resolver el problema planteado al considerar que no se habían cumplido los presupuestos sustanciales de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional y, en coherencia con lo discurrido, el cargo prospera.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

El quiebre de la sentencia de segunda instancia, en sede casacional, tiene como consecuencia que ésta desaparezca del mundo jurídico, con lo cual corresponde a la Corte ocupar ese lugar y proferir la que corresponda, confirmando, modificando o revocando la de primer grado al compás de lo solicitado en el alcance de la impugnación, por lo que

corresponde ahora desatar tanto la apelación de las demandadas como el respectivo grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Dicho lo anterior, resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para CONFIRMAR la decisión proferida el 29 de mayo de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, la cual será precisada y adicionada en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la siguiente manera:

Se precisará el ordinal primero de la sentencia, en el sentido de que lo que se declarará es la ineficacia del traslado que la señora Nora Lucía Gallego Arango, identificada con la C. C. No. 42.061.788, suscribió al RAIS, específicamente del Régimen con Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, específicamente a Colfondos SA, por lo expuesto en la parte motiva. En consecuencia, declarará que, para todos los efectos legales, la señora Nora Lucía Gallego Arango nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En virtud de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia en el sentido de que la condena a Colfondos SA incluye, además, trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus

rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Sin costas en el recurso extraordinario, por cuanto éste prosperó.

Costas en ambas instancias a cargo de Colfondos SA

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el trece (13) de marzo de dos mil veinte (2020), en el proceso que instauró **NORA LUCÍA GALLEGO ARANGO** contra **COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

En sede de instancia, resuelve:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 29 de mayo de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, precisando el ordinal primero de la sentencia, en el sentido de que lo que se declara es la ineficacia del traslado que la señora Nora Lucía Gallego Arango, identificada con la C. C. No. 42.061.788, suscribió al RAIS, específicamente del Régimen con Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, específicamente a Colfondos SA, por lo expuesto en la parte motiva. En consecuencia, declarar que, para todos los efectos legales, la señora Nora Lucía Gallego Arango, nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal «SEGUNDO» de la sentencia, en el sentido que la condena a Colfondos SA incluye, además, trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Costas como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR
Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Impedido
FERNANDO CASTILLO CADENA

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Salva voto
JORGE LUIS QUIROZ ÁLEMAN

SALVAMENTO DE VOTO

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Magistrado ponente

Radicación n.º 88879

NORA LUCÍA GALLEGO ARANGO contra **COLFONDOS SA** y **COLPENSIONES**.

Respetuosamente manifiesto que me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, al casar la sentencia proferida el 13 de marzo de 2020 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por las razones que expongo a continuación.

Contrario a lo aducido, considero que el deber de información y asesoría para la época en que se produjo el traslado, en septiembre de 1995, se circunscribía a poner en conocimiento de los afiliados el reglamento del fondo, de fácil comprensión, en el que estuvieran consignados, entre otros, sus derechos y sus obligaciones, así como la posibilidad de los afiliados de solicitar asesoría al fondo para la contratación de rentas vitalicias, y la responsabilidad de las AFP respecto a los perjuicios que por culpa leve ocasionaran a sus afiliados.

Empero, el deber de asesoría para el traslado de régimen, con tal nivel de detalle, constitutivo de un

consentimiento informado, cuyo incumplimiento conllevara la ineficacia o nulidad del traslado, por ausencia de voluntad en la celebración del acto jurídico o vicios del consentimiento derivados de esa falta de información, no podría establecerse de la normatividad vigente para esa época, ni de la aducida en la decisión de la que me aparto, sino a partir del estatuto del consumidor financiero previsto en la Ley 1328 de 2009, derivado en particular de los principios consagrados en su art. 3º, cuales son, la debida diligencia, libertad de elección, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, y educación para el consumidor financiero.

Igualmente, de lo dispuesto en el art 48 *idem*, que modificó el literal c) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la libertad de selección y traslado de administradoras y fondos de pensiones, y la obligación de otorgar información que le permita a los afiliados la adopción de decisiones informadas; y, del contenido mínimo de la información establecido en el art. 9º del estatuto, en particular, con la adición a esa obligación, prevista en la Ley 1748 de 2014, en la que se estableció también lo relativo a las proyecciones pensionales.

Como en este asunto, es de la normatividad vigente en septiembre de 1995, época del traslado de régimen de la parte actora, de donde se pueden derivar las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS frente al deber de información para el caso concreto, no podía imponerse el denominado deber de información con un contenido material, a partir de la Ley 1328 de 2009, y lo

previsto en los numerales 1º del art. 97 y 4º del art. 98 del Decreto 663 de 1993, estrictamente relacionados con operaciones financieras, mas no con los procesos de afiliación al régimen de ahorro individual en el sistema pensional, el que para el momento de su expedición ni siquiera existía.

Asimismo, para esa época era imposible prever el devenir económico y de los portafolios pensionales, que infortunadamente, *a posteriori*, mostró no coincidir con las expectativas del nuevo régimen pensional, en el que el valor de la pensión de vejez en sus distintas modalidades, pende del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, acorde con los aportes que se efectúen y los rendimientos financieros que los mismos generen, sin contar con el desconocimiento de las condiciones particulares del afiliado, proyección de ocupación laboral y de ingresos, así como su situación familiar y de beneficiarios, por lo que era imposible anticipar el valor de la pensión.

Entonces, cualquier cálculo o aproximación a ese valor de mesada pensional, constituiría simple especulación, en cualquiera de los regímenes, máxime si se tiene en cuenta que para la fecha del traslado, a la demandante le faltaban más de 22 años para arribar a la edad mínima pensional en el régimen de prima media, contaba con 526 semanas de cotización, esto es, poco más de la mitad del total de cotizaciones requeridas en ese momento para la causación de la pensión en el mismo sistema, las se incrementaron con la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, requiriendo

un mínimo de 1300 semanas en el régimen de prima media a partir del año 2015; y, no tenía ningún tipo de expectativa frente al régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993.

Lo anterior corrobora que, para la fecha de traslado de régimen, en verdad la demandante no tenía ninguna garantía consolidada ni una expectativa legítima de alguna, le sobrevino al acto jurídico de afiliación por primera vez al RAIS, una reforma legal y una constitucional, y no era posible determinar con probabilidad de certeza la verdadera incidencia o las consecuencias de ese acto, en su caso particular.

Además, tuvo la posibilidad de retractarse de su decisión de traslado al régimen de ahorro individual, así como la de retornar al régimen de prima media con prestación definida, hasta antes del 13 de febrero de 2007, pero no lo hizo, decidiendo permanecer en el RAIS; y, en todo caso, en ambos regímenes se garantiza su derecho a la seguridad social, el que conlleva el cumplimiento de los requisitos previstos por el legislador para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional en cada uno.

Es por ello, que debía asumir las consecuencias jurídicas del acto de afiliación, que comporta la adhesión a las condiciones previstas en la ley para cada uno de los regímenes del sistema pensional, cuya elección es libre y voluntaria, proviene de la decisión del afiliado, con las limitantes de ley, y cuyas contingencias, derechos y

obligaciones resultantes, son las dispuestas por el legislador para el régimen seleccionado, ofreciendo cada uno beneficios diferentes, sin que puedan predicarse unos como mejores o superiores que otros, simplemente distintos y acordes a las necesidades y requerimientos personales de cada afiliado, lo que en principio se determina en el momento de la afiliación, pese a que *a posteriori* pueda sufrir variación, sin que en ningún caso el error sobre un punto de derecho sea constitutivo de un vicio en el consentimiento, ni redunde en la ineficacia del acto jurídico respectivo.

En los anteriores términos dejo sustentado mi salvamento de voto.

Fecha *ut supra*

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN
Magistrado