



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Magistrado ponente

SL755-2022

Radicación n.º 90519

Acta 08

Bogotá, D. C., nueve (09) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **DIANA MARÍA RODRÍGUEZ CARREÑO**, contra la sentencia proferida por la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de agosto de 2020, en el proceso que instauró la hoy recurrente contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

DIANA MARÍA RODRÍGUEZ CARREÑO demandó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del contrato de administración de aportes pensional, celebrado con PORVENIR S.A, el 3 marzo de 1998, dado que la AFP no cumplió con la entrega de la información oportuna y completa que le permitiera tomar una decisión adecuada respecto al capital que debía ahorrar para asegurar la mesada pensional que considerara adecuada en el momento de su retiro laboral; que se declare su retorno al Régimen de Prima Media, administrado por COLPENSIONES; que se ordene a PORVENIR S.A, trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas por ella entregadas para financiar su pensión a COLPENSIONES; a pagar cualquier diferencia económica que surja, para asegurar la financiación de su pensión; y las que, en defensa de sus derechos, corresponda.

Como fundamento de sus pretensiones indicó que nació el 29 de mayo de 1963; que desde el inicio de su vida laboral estuvo afiliada al régimen de prima media; que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR el 3 de marzo de 1998; que no fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias del traslado, respecto a su retiro pensional; que ha recibido extractos que no contienen, ni el monto de pensión que podría alcanzar, ni el monto de

ahorro adicional que debe hacer para pensionarse en las condiciones económicas que estime convenientes.

Estimó que PORVENIR no le informó que el régimen de prima media le era más conveniente y, sólo hasta agosto de 2015, recibió a petición suya un informe sobre el monto pensional a que tendría derecho.

Al dar respuesta a la demanda, PORVENIR S.A se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como cierta la fecha de traslado de la demandante a la AFP; frente a los demás, consideró que no eran ciertos, o afirmó que no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica.

COLPENSIONES respondió a la demanda oponiéndose a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como cierta la fecha de nacimiento de la demandante; frente a los demás, consideró que no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 6 de marzo de 2020 (fl. 126), resolvió:

«PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de la señora DIANA MARÍA RODRÍGUEZ CARREÑO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad acaecido el 06 de marzo de 1998, mediante la afiliación a Provenir, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional de la señora DIANA MARÍA RODRÍGUEZ CARREÑO.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora DIANA MARÍA RODRÍGUEZ CARREÑO tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir, y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la accionante y efectuar los ajustes en la historia laboral pensional de la demandante.

QUINTO: Sin condena en costas, ante su no causación.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y como quiera que fue adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, ENVIAR el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral para que surta el grado jurisdiccional de consulta».

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 31 de agosto de 2020, revocó la decisión de primera instancia.

El Tribunal señaló que, a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, debía determinar si había lugar a declarar la ineficacia y/o nulidad de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual RAIS, y en consecuencia, si se debe ordenar el traslado al Régimen de Prima Media RPM. Indicó que uno de los argumentos de la apelación es que no existe congruencia en la sentencia de primer grado, pues la actora solicitó la nulidad del contrato y el *a quo* declaró la ineficacia del traslado, instituciones que prevén consecuencias jurídicas diferentes. Respecto a este punto, consideró que, efectivamente, lo pretendido es diferente a lo resuelto y las autoridades competentes para definir la nulidad y la ineficacia son diferentes.

Mencionó el *ad quem* que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra la causal de ineficacia, es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral, dado que la disposición establece el hecho generador, la sanción y la autoridad competente para su imposición esto es, el Ministerio de Trabajo. Según los principios de legalidad, tipicidad y debido proceso, escapa a la jurisdicción laboral, el estudio de esas conductas.

En relación con la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento del deber de información, enunciada por la jurisprudencia, el juez plural consideró que no se encuentra consignada en una norma legal y, en todo

caso, no le compete a la jurisdicción definir sobre su ocurrencia.

Si se aplicara la tesis de la Corte Suprema de Justicia de que la causal --o sanción-- de ineficacia del traslado, procede ante la afiliación desinformada, afirmó, resulta necesario revisar el material probatorio, pues dicho marco jurisprudencial insiste en que la carga de la prueba sobre la información otorgada es responsabilidad de las AFP.

Asumió el juez plural como probado que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al RAIS el 3 de marzo de 1998, cuando contaba con 35 años de edad y 414,43 semanas cotizadas al otrora ISS; que no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad, ni gozaba de una pensión de invalidez; sumado a ello, que diligenció el formulario de vinculación de manera libre, voluntaria y sin presiones, tal como se desprende del interrogatorio de parte y de dicha documental, por lo que el acto de traslado cumplió con los requisitos existentes en esa fecha y con los presupuestos de validez señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que permitía el trámite en documentos preimpresos. Para el año 1998, no existían aún las obligaciones que se generaron a partir de la Ley 328 del 2009 y la Ley 1748 del 2014, entre ellas, la de buen consejo y doble asesoría.

En lo concerniente a la inversión de la carga de la prueba, dispuso el *ad quem*, que no puede olvidarse el

principio de comunidad de la prueba, entonces, independientemente de quien las aporte, deben ser analizadas desde los principios de la sana crítica según los artículos 60 y 61 del CPTYSS.

Enunció el Tribunal que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran establecidos en la ley, que su desconocimiento no sirve de excusa y no genera vicio del consentimiento.

Dedujo el *ad quem* que la actora seleccionó el RAIS de manera libre, voluntaria, espontánea e informada, porque en el interrogatorio en parte confesó que la AFP realizó una charla grupal donde le informó sobre la creación de unos fondos privados para manejar la pensión, la cual se podía heredar, y que sus aportes constituían un ahorro; según el documento a folios 29 a 32, se muestra que tuvo una asesoría privada que le informó aspectos adicionales del RAIS, como la posibilidad de pensionarse en cualquier tiempo. Indicó, que la demandante valoró la conveniencia de vincularse a PORVENIR, lo cual descarta la voluntad de permanecer en el RPM, en virtud de la información suministrada.

Que no se alegó la existencia de dolo o fuerza, ni objeto o causa ilícitos, que llevaran a la nulidad del traslado; además, la actora pudo retornar al RPM dentro de los períodos permitidos en la Ley 797 del 2003, los cuales fueron publicitados (fls 108 a 109), así mismo, expresó que el monto de la pensión se define al causarse o se exigirse y no al

momento de la vinculación, entonces, cualquier proyección se funda en variables futuras inciertas y no tiene la fuerza para afectar la voluntad del afiliado, ni la eficacia del traslado. Recordó el *ad quem* la Sentencia CC C024-2004 que declaró exequible la exigencia del período mínimo previo, para poder trasladarse del régimen, antes del cumplimiento de la edad exigida en Prima Media, y su relación con la sostenibilidad y la solidaridad de dicho régimen.

Concluyó el juez de segundo grado que no se dieron los supuestos legales, ni jurisprudenciales, para declarar la nulidad, ineficacia o inexistencia del acto jurídico de traslado al RAIS, por lo que revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolvió a la pasiva.

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 el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, confirme la proferida en primera instancia.

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

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial por la «*vía directa*», en la modalidad de aplicación indebida del literal b del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, los artículos 1502,1740,1741,1742,1743,1750 y 1604 del Código Civil y por interpretación errónea de los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; 1,2,3,11,12,13,36,50,76,90,97,141,142 y 281 de la Ley 100 de 1993 y 3 de la Ley 1382 del 2009, artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990); artículo 12 del Decreto 720 de 1994, artículos 48, 228 y 230 de la Constitución Política, Ley 797 de 2003; artículo 10 del Decreto 1229 de 1994, artículos 4 y 5 del Decreto 1161 de 1994.

Indica la recurrente: «*todo ello debido a evidentes y manifiestos errores de hecho en que incurrió el sentenciador y que relaciono a continuación:*

- a. Dar por demostrado sin estarlo que las AFP no tenían el deber legal para el año 1998 de informar a los potenciales afiliados sobre las implicaciones que tenía el traslado del régimen (ventajas y desventajas), dado que las mismas solo surgieron a partir de la expedición de la ley 1328 del 2009.
- b. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada AFP PORVENIR S.A estaba obligada a informar a la demandante no solo los beneficios o ventajas del régimen al que se iba a trasladar, sino las desventajas e implicaciones de tal decisión
- c. No dar por demostrado, estándolo, que la AFP PORVENIR estaba obligada a informarle a la demandante que podía retornar al Régimen de Prima Media sin afectar algún derecho

antes de incurrir en la prohibición legal contemplada en la Ley 797 de 2003 dado que a juicio del *ad quem*: “norma que fue ampliamente publicitada por las entidades de Seguridad Social como se puede constatar en los comunicados de prensa que obran en el expediente folio 148 a 149 tampoco se acredita la ineficacia del acto de traslado señalado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993”

- d. Dar por demostrado, sin estarlo, que tratándose de personas que son beneficiarias del régimen de transición, la AFP tiene la carga de la prueba de demostrar que actuó con diligencia proporcionando información suficiente al afiliado sobre las implicaciones de su traslado, mientras que cuando se trate de un afiliado que no es beneficiario del régimen de transición, como el sub judice, la AFP ya no tiene carga de la prueba tendiente a demostrar que actuó con esa misma debida diligencia en desarrollo del deber profesional de brindar información suficiente a sus potenciales afiliados sobre las implicaciones del traslado del régimen pensional.
- e. Dar por demostrado, sin estarlo, que a la demandante la única razón que la llevó a promover la acción judicial fue la inconformidad sobre el monto de la posible mesa pensional.
- f. Dar por demostrado sin estarlo que a la demandante se le informaron los periodos permitidos en la Ley 797 de 2003, sobre la prohibición legal de traslado, 10 años antes de cumplir la edad para acceder a una pensión, con publicaciones en medio de comunicación que se allega al despacho de manera ilegible a folios 108 a 109 del expediente sin haberle enviado de manera individual y personal a la demandante»

A efectos de demostrar el cargo indica:

«[...] me referiré a la prueba calificada, en primer lugar, a la errónea apreciación del formulario de traslado de régimen que aparecer a folio 35 y 137 del expediente [...].

Y continua su disertación señalando que para el *ad quem* la firma del formulario constituye una plena prueba del consentimiento informado y de la información suministrada sobre las ventajas y desventajas de los regímenes, por lo que concluyó, erradamente, que debían demostrarse los vicios del consentimiento a efectos de verificar la nulidad del acto, lo

que contradice los artículos 59 y 60 de la Ley 100 de 1993.

Indica que la afiliación no es un acto regulado por la legislación civil, sino por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, además de constituir materia de orden público y proteger derechos fundamentales e irrenunciables, de conformidad con los artículos 48 y 53 de la Constitución. En materia de traslado, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, vigente en el momento del traslado, imponía al promotor de la AFP el deber de suministrar información suficiente, amplia y oportuna.

Memora que esta Sala de Casación ha precisado que para la escogencia del régimen pensional debe existir consentimiento informado, el cual se ve diezmado con la indebida información o la ausencia de la misma y, por ello, es pasible de declaración de ineficacia por el juez laboral.

Que no puede exigirse que se demuestre error, fuerza o dolo, cuando se trata de un derecho y un servicio público obligatorio, máxime, cuando las materias relativas al sistema de ahorro individual son complejas, alejadas del saber común de los trabajadores y, por tanto, al Fondo compete informar clara y verazmente al afiliado sobre todas las implicaciones de su traslado.

Denota que la Sala ha sido reiterativa en indicar que el deber de información lo establece la ley a cargo de los fondos privados, quienes deben demostrar que la brindaron a través de las pruebas que reposen en sus archivos, que la

información debe comprender los aspectos favorables y desfavorables del cambio de régimen, perspectivas pensionales, el capital necesario para obtener una pensión mínima e, incluso, desanimar al afiliado si el cambio de régimen le perjudica; el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación; la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones; no es necesario que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición, o estar *ad portas* de causar el derecho, o tener un derecho consolidado, para solicitar la ineficacia del traslado.

Igualmente, recuerda la censura que el artículo 1604 del Código Civil consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de los contratos incumbe a quien debió emplearlo, es decir, a la AFP PORVENIR; y que la libertad informada no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario de adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión.

VII. RÉPLICA

PORVENIR S.A., en su escrito de oposición, señala que el cargo único está llamado al fracaso, pues, siendo formulado por la vía directa, por aplicación indebida de unas normas y la interpretación errónea de otras, cuestiona la sentencia por una serie de errores de hecho que enlista en 6 literales, dada una documentación que estima no fue

apreciada, por lo que debía dirigirse por la vía indirecta, ya que no se pueden entremezclar en un mismo cargo.

Sin perjuicio de lo anterior, señala que son distintas la nulidad y la ineficacia, manifestando que lo pretendido es diferente a lo resuelto, toda vez que lo consagrado en el artículo 271 se sancionaría por la autoridad administrativa y no por la jurisdicción laboral. Recaba en que la causal de ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información no se encuentra consignada en una norma leg, y que la prueba del consentimiento informado es la firma del formulario de vinculación o traslado.

Que la inversión de la carga de la prueba aplica cuando se tiene un derecho adquirido o régimen de transición o expectativas legítimas de pensionarse, lo que no sucede en el caso de marras; que la pretensión de la actora, relativa a la falta de información, resulta tardía pues debió formularla en el acto de traslado o en las oportunidades legales que tuvo para retornar al RPM; y que en su interrogatorio, dio cuenta de la información brindada, además, considera la réplica, que pudo informarse por otra fuente; insiste en que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que cualquier desconocimiento de las diferencias entre los regímenes pensionales ocasionaría un error de derecho, que no vicia el consentimiento.

El mayor número de argumentos ante dichos fueron incorporados también por COLPENSIONES en su escrito de oposición, por lo que no resulta pertinente realizar

reiteradamente, similar descripción.

VIII. CONSIDERACIONES

Podría indicarse, en principio, que el escrito de la censura realiza una combinación desautorizada de la vía indirecta y la directa, pues, en el alcance de la impugnación anuncia la vía directa y denota las modalidades de aplicación indebida y de infracción directa, esta última exclusiva de la vía de estricto derecho; sin embargo, en el desarrollo del cargo propone diversos errores evidentes de hecho y hace referencia a la errónea apreciación de la prueba documental, representada en el formulario de afiliación y traslado al régimen de ahorro individual,

Puede observarse que el recurso cuenta con una proposición jurídica conformada por normas que, según la censura, fueron aplicadas indebidamente unas, o erróneamente interpretadas otras; y, en el desarrollo del cargo, la argumentación está construida a efectos de demostrar que el *ad quem* interpretó erróneamente parte del catálogo normativo, de una parte, y que le dio a ciertas disposiciones legales efectos distintos a los que su acertada inteligencia denotan, de otra; por ello, mediante un razonable ejercicio de flexibilización, para la Sala se cumplen los parámetros para estudiar el recurso por la vía directa, y en tal sentido procederá.

En la decisión del Tribunal se avizoran los siguientes

soportes: i) Lo pretendido, es decir la nulidad, es diferente a lo resuelto por el *a quo*, esto es, la ineficacia, pues las autoridades competentes para definir cada una de ellas, son diferentes; ii) El artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es una norma sancionatoria, cuya aplicación no le compete a la jurisdicción laboral, sino al Ministerio de Trabajo; iii) la causal de ineficacia del acto de traslado, por incumplimiento del deber de información, enunciada por la jurisprudencia, no se encuentra consignada en una norma legal; iv) la actora diligenció el formulario de solicitud de vinculación de manera voluntaria, libre, espontánea y sin presiones, tal como consta en dicho documento; por ello, se cumplieron los requisitos legales, especialmente el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que permitía el trámite con uso de documentos preimpresos; v) respecto a la inversión de la carga de la prueba, no puede olvidarse el principio de comunidad de la prueba, y por ello, independientemente de quien las aporte, todas deben ser analizadas desde los principios de la sana crítica; vi) los regímenes pensionales están establecidos en la ley, su desconocimiento no sirve de excusa, y aquel no genera vicio del consentimiento. Tampoco se alegó dolo o fuerza, ni objeto o causa ilícitos, por lo que no se configura la nulidad del traslado; vii) el monto de la pensión no se define en la vinculación, por lo que las proyecciones se fundan en variables futuras e inciertas y no tiene la fuerza para afectar la voluntad del afiliado.

La censura señala, por su parte, que para el *ad quem*: i) la firma del formulario constituyó una plena prueba del consentimiento informado, y de la información suministrada

sobre las ventajas y desventajas de los regímenes; sin embargo, el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación; ii) el consentimiento informado se ve diezmado por la indebida información o la ausencia de la misma, y por ello, es pasible de declaración de ineficacia por el juez laboral; iii) la carga de la prueba está a cargo de las AFP, quienes deben demostrar el suministro de información completa, clara y transparente a través de documentos y demás pruebas que reposen en sus archivos; iv) el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, vigente en el momento del traslado, imponía al promotor de la AFP el deber de suministrar información suficiente, amplia y oportuna; máxime, cuando las materias relativas al sistema de ahorro individual son complejas y alejadas del saber común de los trabajadores; v) no es necesario que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición, o esté *ad portas* de causar el derecho, o tenga un derecho consolidado, para solicitar la ineficacia del traslado; vi) el *ad quem* concluyó, erradamente, que debían demostrarse los vicios del consentimiento a efectos de verificar la nulidad del acto.

Se procede, entonces, a examinar cada supuesto.

Recuérdese que la manifestación libre y voluntaria por parte del afiliado para trasladarse de régimen, no puede considerarse satisfecha con el simple diligenciamiento del formato diseñado por la entidad para esos efectos y plasmarse en él la correspondiente firma del trabajador (CSJ SL1688-2019).

De otra parte, cuando se indica que la AFP no suministró la información pertinente que ilustrara al trabajador al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP: «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 (CSJ SL4373-2020, CSJ SL1688-2019).

Ahora bien, la censura reclama que el consentimiento informado se afecta con la indebida información o la ausencia de la misma, y por ello, es pasible de declaración de ineficacia por el juez laboral; por su lado, el *ad quem* señaló que el incumplimiento del deber de información, como causal de ineficacia, no se encuentra consignada en una norma legal; y que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es una norma sancionatoria, cuya aplicación no le compete a la jurisdicción laboral.

Es necesario recordar que el juez laboral no se arroga funciones de orden sancionatorio administrativo al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino que prevé y ordena la aplicación del cuerpo normativo pertinente, llamado a recomponer la relación de afiliación del afiliado frente al sistema de seguridad social. Esto no es más que el ejercicio de la función que le corresponde al poder judicial, por lo que

la conclusión del Tribunal emerge errada, al dejar de lado que la administración de justicia es la función pública encargada por la Constitución y la ley **de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas** (Ley 270 de 1996, artículo 1).

En segundo lugar, que el Tribunal requiera que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 señale expresamente como causal de ineficacia el incumplimiento a los deberes de información no resulta atinado.

Al efecto, la disposición señala: *«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 [...], pues al prever que se impida o se atente en cualquier forma contra el derecho, se expresa la ley en un ámbito amplio, como sucede con la generalidad de las disposiciones legales.*

Ello, porque bien conocido es que, el legislador no puede prever, ni describir, el sinnúmero de posibilidades específicas en cada una de sus proposiciones normativas; lo que genera la necesidad de que, en el ejercicio de su función, el juez acuda a las diversas herramientas hermenéuticas, dado que no puede dejar de adoptar una decisión, bajo la excusa de incompletitud, vacío u oscuridad en la ley. Y obviamente, a efectos de mantener la coherencia del orden jurídico y normativo se hace necesario que el órgano judicial de cierre, en este caso, la Corte, defina el sentido de dichas decisiones

honrando su deber constitucional y legal de uniformar la jurisprudencia.

Entonces, han sido prolíficas las decisiones que le han dado cierto sentido y corporeidad a esas distintas e indeterminadas formas que el legislador, conscientemente, aceptó no poder enlistar, en virtud de las cuales se impide o se atenta contra la libertad de selección, específicamente por el incumplimiento del deber de información por parte de las AFP.

Para ello es suficiente recordar que en sentencias CSJ SL1743-2021, CSJ SL373-2021 y CSJ SL1452-2019, reiterada esta última, entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».

La información debe contar con transparencia, la cual consiste en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida,

de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019).

La exigencia de la información completa, clara y suficiente es una obligación que cubre desde el inicio la gestión de las AFP y, evidentemente, la eficacia de los traslados, aunque puedan vislumbrarse distintas etapas, por ejemplo, a las que hizo referencia la sentencia CSJ SL1452-2019. Por lo tanto, resulta pertinente recordar:

«[...] la Corte ha dicho que no puede alegarse «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» (CSJ SL12136-2014) [...]

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta

un servicio público».

En sentencias CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia, la cual se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas surgido con anterioridad al inicio de la litis.

Estas decisiones también recuerdan que dicho instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos y, valga referir *in extenso*, el alcance de la ineficacia, en los términos de la sentencia CSJ SL3464-2019, que memoró las decisiones plasmadas en las Sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019:

«[...] declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si

una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones»

Es preciso recordar que la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esta particular materia se ha basado, precisamente, en superar el estudio del elemento «*consentimiento*» --a diferencia de lo planteado por la réplica--, para buscar la prueba de uno de sus vicios: error, violencia y dolo, atinentes a la *validez*, para centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las Administradoras, en cumplimiento de normas de orden público que regulan la materia. Valga memorar que ha señalado la Sala:

«De entrada, debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se cumplieron los requisitos establecidos en ese momento para el traslado de régimen, brindando la información al demandante, pues así se desconoció que para esclarecerse si la decisión fue libre y voluntaria debía la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó al afiliado la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que *la afiliación respectiva quedará sin efecto*.

Así, se observa que no le asistió razón al Tribunal, como quiera que la trasgresión al deber información cuando se realiza un cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia, pues si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, la misma quedará sin efecto, conforme al artículo 271 de la ley 100 de 1993 (CSJ SL 1452-2019 - CSJ SL4360-2019); de ahí que, es este el tratamiento que corresponde darle al examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión al deber de información» (CSJ SL4174-2021).

Ahora bien, procede considerar la proposición del Tribunal consistente en que la sentencia del *a quo* desconoció el principio de la congruencia, pues la demandante deprecó la nulidad del acto y no su ineficacia, tal como lo decidió el juzgado. Sobre el particular, vale recordar que la inconformidad del apelante radicó en que la nulidad y la ineficacia eran distintas porque las autoridades llamadas a decidir sobre ellas eran diferentes, argumento que ya ha sido respondido en este proveído y ninguna relación tiene con el concepto procesal de la incongruencia. Sin embargo, y para zanjar inquietud alguna sobre la supuesta falta de congruencia, es pertinente memorar que la Sala ha enseñado:

[...] bien cabe recordar que la congruencia de la sentencia judicial hace referencia a la relación que debe mediar entre la providencia y los sujetos, el objeto y la causa del proceso, pues en últimas, el juez debe fallar entre los límites de lo pedido y lo controvertido, y excepcionalmente, sobre materias que importan al interés general y social por constituir bienes superiores como los son el trabajo, la familia, las relaciones de equidad, etc.

No empecé, tal directriz normativa no puede sopesarse desde una perspectiva meramente literal, pues si bien es cierto que a ella llega el legislador desde la aplicación a los procesos nacidos a instancia de parte --como los procesos del trabajo-- del llamado 'principio dispositivo', el cual impone al demandante promover la correspondiente acción judicial y aportar los materiales sobre los que debe versar la decisión, esto es, el tema a decidir, los hechos

y las pruebas que los acrediten, elementos con los cuales el juez queda supeditado a la voluntad de las partes a través de lo que la doctrina denomina ‘disponibilidad del derecho material’, que permite a éstas ejercer fórmulas procesales tendientes a su creación, modificación o extinción, con las salvedades propias de ciertas materias como lo es la atinente a derechos ciertos e indiscutibles en el campo laboral, por ejemplo, también lo es que ello no se traduce en el desconocimiento del principio universal que rige la estructura dialéctica del proceso y que reza: ‘Venite ad factum. Iura novit curiae’, o lo que es tanto como decir, que la vinculación del juez lo es a los hechos del proceso, que son del resorte de las partes, en tanto que de su cargo es la determinación del derecho que gobierna el caso, aún con prescindencia del invocado por las partes, por ser el llamado a subsumir o adecuar los hechos acreditados en el proceso a los supuestos de hecho de la norma que los prevé para de esa manera resolver el conflicto.

Esa la razón de ser para que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil expresamente indique que «la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse el demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta (...)» (ídem artículo 281 C.G.P.), pues como se ve, allí no se hace mención a los fundamentos de derecho de la demanda sino al aspecto fáctico de la misma, de donde fácil es colegir que el elemento que identifica la causa de la pretensión del demandante no es la fundamentación jurídica del petitum sino la exposición de los hechos que al lado de la petición haga el demandante. Luego, no es la calificación jurídica que el demandante hace en su libelo de la relación jurídica sustancial en disputa la que demarca el objeto del proceso, sino que lo es la exposición y alegación de los hechos jurídicamente relevantes los que la precisan, con lo cual se cumple con el viejo aforismo latino que regla la actividad judicial ‘mihi factum, dabo tibi ius’ (dadme los hechos, yo te daré el derecho), connatural con los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y autonomía judicial (artículo 230) [...]

[...] En suma, la determinación del objeto del proceso se rige, por regla general, por el conjunto de los hechos jurídicamente relevantes que interesan al proceso o ‘causa petendi’ de la demanda, respecto de los cuales el juez está limitado no a su literalidad sino a su alegación por parte del demandante; en tanto, por excepción, dicha determinación lo está por aquellos hechos que la norma material exige como presupuestos esenciales para la creación, modificación o extinción de una situación jurídica y cuya titularidad indiscutida es de cargo del actor.

En sentido inverso, la calificación jurídica contenida en el *petitum* de la demanda, si bien puede ser relevante para la delimitación de la acción intentada, no desconoce el deber del juzgador de resolver la controversia con base, además del examen de las pruebas, en «los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen», tal cual lo ordena el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que es tanto como decir que al juez compete resolver la controversia en conformidad con las normas que la regulan, a pesar de que no hayan sido citadas o acertadamente alegadas por las partes, por no estar el juzgador atado a éstas, sino, se repite, sólo a sus alegaciones fácticas.

Quedando definido que la congruencia de la sentencia judicial refiere es un desajuste claro e inequívoco entre lo pedido y lo concedido en el proceso desde el concepto de las alegaciones de hecho de la demanda con repercusión directa en la relación jurídica sustancial de las partes, lo cual, obviamente, violenta el derecho de éstas a la contradicción y a la defensa, conviene recordar que en los procesos del trabajo, por razón de la teleología tuitiva del proceso, el legislador ha previsto que no hay lugar al vicio procesal anunciado cuando quiera que el juez ordene el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condena al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas. Tales facultades son las que la doctrina y la jurisprudencia reconocen como *extra y ultra petita*, y que se hayan contempladas por el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. (CSJ SL3209-2020, CSJ SL17741-2015).

En el *sub examine*, la pretensión de la actora en el libelo inicial fue que se declarara la nulidad del contrato de administración de aportes pensional, celebrado con PORVENIR S.A, **dado que la AFP no cumplió con la entrega de la información oportuna y completa**, que le permitiera tomar una decisión adecuada, luego, el fallo de primer grado no se fundamentó en una causa *petendi* rigurosamente

diferente, pues se atuvo a los hechos esbozados por la demandante y controvertidos en el plenario, a más de ello, lo que hizo fue aclarar y ajustar la institución jurídica aplicable a los mismos, sin sorprender o vulnerar en forma alguna los derechos de defensa o contradicción de la pasiva.

En virtud de todo lo anterior lo que cabe es concluir que el juez plural incurrió en los yerros que le achaca la censura, al interpretar o definir los efectos de las normas que se incorporan en la proposición jurídica, obviamente, en el entendimiento de que las reglas de decisión de la Corte precedentes conllevan a advertir que el *ad quem*: (i) desconoció los atributos de transparencia, completitud, claridad y suficiencia, entre otros, de la información que deben suministrar las AFP ante una solicitud de traslado al RAIS; (ii) cimentó su decisión sobre el obstinado enfoque de que la suscripción de un formulario preimpreso da cumplimiento a dichas exigencias; (iii) desconoció la carga de prueba, dirigida a que la AFP demuestre que cumplió con los atributos de la información debida; (iv) olvidó que la exigencia de los atributos de la información a los que se ha hecho referencia en apartes anteriores, aplica desde el inicio de la gestión de las AFP, incluso, si se consideran las etapas referidas en su momento por la sentencia CSJ SL1452-2019; (v) desconoció que el juez laboral está plenamente habilitado para ordenar la aplicación del ordenamiento normativo, específicamente el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; (vi) e insistió en el enfoque superado de analizar el acto de traslado de régimen pensional desde la óptica de los vicios del consentimiento.

De lo que viene de decirse, se casará el fallo atacado.

Sin costas en el recurso extraordinario, dada su prosperidad.

EN SEDE DE INSTANCIA

Se recuerda que la segunda instancia se activó en virtud del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, al respecto, **PORVENIR S.A.** consideró que en el momento del traslado el único documento exigible era el formulario de afiliación y/o traslado; que la *a quo* aplicó contenidos jurisprudenciales de sentencias expedidas después del traslado y que tratan de casos de afiliados con derechos consolidados o expectativas cercanas; que se asumió que la actora no había sido asesorada; que no se avizoraron vicios del consentimiento; así mismo, no encontró razones para retornar los gastos de administración, los cuales no fueron solicitados por la demandante. Alegó COLPENSIONES que se declaró la ineficacia del traslado cuando la pretensión consistió en que se declarara la nulidad, lo cual significaría la necesidad de haber probado un vicio del consentimiento; y que el juez de primer grado dejó de lado que la motivación de la actora fue el monto de la mesada pensional y no la falta de información.

Al efecto, las consideraciones vertidas al resolver el recurso extraordinario de casación resultan suficientes para desestimar lo señalado por las demandadas en la apelación.

En adición, encuentra la Sala que, del material probatorio allegado al plenario, no puede establecerse que se haya brindado la información completa, transparente, clara y suficiente a la afiliada, en los términos exigidos por la jurisprudencia de la Sala y memorados en la decisión de casación, pues sólo reposa el formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR S.A para el año 1998 (fl 86), y en él únicamente se observa la fórmula preimpresa de voluntad y selección. De otra parte, en el interrogatorio absuelto por la demandante (min 10:15 CD audiencia primera instancia), tampoco se observa información o dicho alguno que corrobore el suministro de la información completa, clara e integral, ni con los atributos requeridos; por el contrario, demuestra falencias graves en la información brindada y la generación de un rol pasivo, con caracteres de desinformación y confusión conceptual de la actora en el momento del traslado; de otra parte, no encuentra la Sala reproche alguno en la valoración probatoria realizada por el *a quo*.

Basta ello, para confirmar la decisión primer grado, aunque se harán algunas modificaciones a los distintos numerales del dicho fallo, a efectos de incorporar las precisiones realizadas por esta Sala en casos similares al presente.

Se CONDENARÁ a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro

individual del demandante junto con sus rendimientos. La citada AFP también 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, y se ORDENARÁ a COLPENSIONES que reactive la afiliación del demandante, reciba los recursos señalados, y acredite las semanas efectivamente cotizadas en el Régimen Solidario de Prima Media.

En cuanto a la condena en costas de la primera instancia, se confirmará la decisión del *a quo*, y no habrá lugar a ellas en la alzada. Se adoptará la decisión de declarar no probadas las excepciones alegadas por las demandadas y se confirmará la referida a costas, proferida en la primera instancia.

Sin costas en la alzada.

IX. 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 treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

por la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **DIANA MARÍA RODRÍGUEZ CARREÑO** contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** y **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

Costas, como se indicó en la parte motiva.

EN SEDE DE INSTANCIA, RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de marzo de 2020, el cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de **DIANA MARÍA RODRÍGUEZ CARREÑO**, identificada con C.C 51.685.996, realizado el día tres de marzo de 1998, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; teniendo para todos los efectos como si nunca se hubiese afiliado al Régimen de Ahorro Individual».

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales segundo, tercero y cuarto del fallo de primer grado, los cuales quedarán unificados en el numeral segundo, así:

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. La citada AFP también 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.

ORDENAR a COLPENSIONES que reactive la afiliación de la demandante, reciba los recursos señalados, y acredite las semanas efectivamente cotizadas en el Régimen Solidario de Prima Media, teniendo para todos los efectos, como si nunca se hubiese afiliado al Régimen de Ahorro Individual».

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

CUARTO: CONFIRMAR el numeral quinto del fallo de primer grado, sobre las costas en primera instancia.

QUINTO: CONFIRMAR el numeral sexto, sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, en caso de no ser apelada la sentencia.

Sin costas en la alzada.

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

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ
Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Impedido
FERNANDO CASTILLO CADENA

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR