



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Magistrado ponente

SL1495-2022

Radicación n.º 85103

Acta 14

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **ALEXANDRA HERRERA OCHOA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 12 de diciembre de 2018, en el proceso que promovió la recurrente contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, Alexandra Herrera Ochoa promovió proceso contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con el fin de que se declarara la nulidad del traslado de régimen con CITI Colfondos y, como consecuencia de ello, se ordenara a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, se ordenara a Colpensiones recibir a la demandante sin solución de continuidad, declarando que la única afiliación válida de la actora fue la efectuada al ISS (hoy Colpensiones) el 17 de abril de 1985; y se condenara a las demandadas a pagar las costas procesales y lo *ultra y extra petita*.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 2 de junio de 1954; que se afilió al ISS el 17 de abril de 1985, acreditando un total de 488 semanas de cotización al régimen de prima media con prestación definida; que el 1 de noviembre de 1995, encontrándose vinculada con el empleador Sika Colombia S.A., se trasladó al régimen de ahorro individual a través de Colfondos S.A., sin la suficiente ilustración; que la nulidad de traslado solicitada es viable por la indebida o nula información que le brindó el fondo privado, evidenciándose el vicio en su consentimiento; que desde la afiliación a Colfondos S.A. ha efectuado 931 semanas de cotización para un total de 1419 semanas al 31 de octubre de 2017; que las demandadas no le informaron sobre el año de gracia para regresar antes del 28 de enero de 2004, quedando en evidencia la mala fe de la administradora de pensiones; que Colfondos S.A. debió informarle oportunamente la prohibición de trasladarse cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de la

pensión; que Colfondos S.A. le informó que la mesada pensional a los 57 años ascendería a la suma de \$737.171; que la mesada pensional en Colpensiones para el 2017 ascendería a la suma de \$1.641.806,00; que el 2 de agosto de 2016 solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen; y que el 3 de agosto de 2016 elevó a Colfondos S.A., solicitud de traslado de régimen pensional.

Al dar respuesta a la demanda, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones - se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación al ISS en el año de 1985, la solicitud de nulidad elevada a Colpensiones y a Colfondos S.A. y, sobre los demás dijo que no le constaban. De fondo propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica.

En su defensa Colfondos S.A. se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, dijo que unos no eran ciertos y otros no le constaban. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, falta de presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora del traslado al régimen de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y ausencia de vicios del consentimiento.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 9 de octubre de 2018 (fls. 181 y 182), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la NULIDAD de la afiliación o traslado de la demandante ALEXANDRA OCHOA HERRERA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ALEXANDRA OCHOA HERRERA, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la nulidad.

TERCERO: DECLARAR que la demandante ALEXANDRA OCHOA HERRERA, para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, debiendo tener en cuenta todos los tiempos cotizados en el régimen de ahorro individual.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, mediante fallo del 12 de diciembre de 2018, revocó el fallo consultado para, en su lugar, absolver a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como fundamento de su decisión que la actora no era beneficiaria del régimen de transición, pues al 1 de abril de 1994 apenas contaba con 29 años y 410 semanas de cotización al sistema.

Aseveró que conforme al formulario la demandante se afilió a Colfondos en octubre de 1995, quedando efectivo el traslado en noviembre del mismo año, cuando contaba con más de 31 años de edad y 487 semanas.

Advirtió que, en el interrogatorio de parte absuelto por la reclamante, manifestó que tomó la decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria, porque el ISS se iba a acabar y su mesada pensional sería superior. Así mismo, confesó haber preguntado por su pensión sólo tres años atrás cuando escuchó que personas con salarios altos se pensionaban con mesadas bajas, y que no preguntó antes por confiar en Colfondos.

Estimó que aunque la demandante alegaba que no se le brindó información adecuada y suficiente sobre las consecuencias del traslado, lo que se evidenciaba era que no volvió a inquietarse por su futuro pensional, ni gestionó su regreso al régimen de prima media, hasta que escuchó la situación de otras personas, *«[...] cuando ya no estaba en posibilidad de trasladarse, pues contaba con más de 47 años de edad; así las cosas, resulta evidente que su deseo de trasladarse solamente se encuentra fundado en el monto de la pensión que recibirá en ahorro individual»*.

Precisó que la pensión en el RAIS es variable y proporcional a los valores acumulados, contrario al régimen de prima media, donde la prestación es definida, razón por la cual, al momento del traslado, *«[...] nadie podía tener certeza de las variables económicas que conllevan a determinar el monto de la pensión, máxime cuando para el momento en que eso sucedió, apenas contaba ella con 31 años de edad y no tenían ningún derecho consolidado, ni ninguna expectativa pensional materializada»*.

Expuso que como la demandante al momento del traslado no había reunido los requisitos para la pensión, ni al 1 de abril de 1994 acreditaba 750 semanas de cotización para poder regresar en cualquier tiempo, *«[...] no es posible concluir que fue víctima de un engaño por falta de información que le ocasionara un perjuicio en el reconocimiento de su pensión [...]»*. Como complemento, citó pasajes de la sentencia CC C993-2006 para luego indicar que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en el artículo 1509 del Código Civil

se dispone que *«[...] el error sobre un punto derecho no vicia el consentimiento, esto último, significa que el error de derecho no da lugar a la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico y que por tanto la parte que lo cometió debe asumir todas las consecuencias de su celebración [...].»*

Aseguró que la obligación de suministrar doble asesoría y hacer *proyecciones pensionales* sólo surgió con la Ley 1748 de 2014. Estimó que la demandante contó con más de 13 años para regresar al régimen de prima media, *«[...] años estos en los que no tuvo ningún interés por su futuro pensional, en consecuencia, el fallo será revocado».*

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 impugnada, para que, en sede de instancia, revoque la sentencia del Tribunal y, en su lugar, declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, por no haber suministrado la AFP la información sobre las consecuencias del traslado; se ordene a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones los dineros de la cuenta individual y a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante.

Con tal propósito formula un solo cargo, por la causal primera de casación, con réplica, que la Corte pasa a resolver.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia de trasgredir por vía directa, en la modalidad de infracción directa, los artículos 4, 5, 14, y 15 del Decreto 656 de 1994, en relación con los artículos 13 Literal B, 31, 90, 91 Literal d, 271, y 272 de la Ley 100 de 1993; 63, 1502, 1603, 1604 del Código Civil; 3, 4, 10 y 12 del Decreto 720 de 1994; 3 del Decreto 1161 de 1994; 97 del Decreto 663 de 1993; 12, 13 Literales b) y e), 69, 90, 91 literal d), 114, 271, 272, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993; 2 de la Ley 797 de 2003; 11 y 12 del Decreto 692 del 29 de Marzo de 1994; 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil; 167 del Código General del Proceso; 60, 61, 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; y 13, 29, 48, 53, y 83 de la Constitución Política.

En la demostración del cargo, luego de enlistar los medios de prueba allegados al expediente, señala que *«[...] se puede concluir que al no militar en el plenario ninguna prueba que permita establecer cuál fue la información que suministró el fondo a la demandante [...] es evidente que existe una negligencia por parte de la pasiva en no querer demostrar su dicho, inactividad que no puede pasarse por alto, toda vez, que los fondos de pensiones cuentan con todas la herramientas para demostrar su actuar [...]»*

Asegura que lo que se persigue con el proceso es la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen pensional «[...] y no un traslado de régimen automático acogiéndose a la sentencia SU 062 de 2010, por lo que estos hechos no son relevantes para la determinación si el traslado de régimen del que se predica su nulidad estuvo o no precedido de la suficiente información por parte del fondo a mi poderdante»

Plantea que del interrogatorio de parte que absolvió la demandante, «[...] no se desprende confesión alguna [...], ni tampoco se puede inferir que el fondo le hubiese suministrado una información clara y suficiente para acreditar que cumplió con el deber de información [...]».

Asevera que el Tribunal, vulneró los preceptos señalados en la proposición jurídica, puesto que,

desconoce de manera abierta el precedente constituido sobre la materia por la corte suprema de justicia en su sala laboral, ya que indicar que solo a las personas que son beneficiarias del régimen de transición, o que tengan expectativas pensionales, son los únicos a los que se les causa un perjuicio irremediable constituye una afirmación, que va en contravía de la realidad frente a los deberes que los fondos privados [...]

Arguye que el Tribunal erró en sus afirmaciones, «[...] ya que debió en el caso que nos ocupa indagar ¿Si COLFONDOS S.A., cumplió de forma oportuna, clara, concreta, y suficiente con su deber de información? pues en virtud de la posición dominante de la AFP estaba a su cargo demostrar en el presente proceso cual fue la información brindada por su asesor a la Señora ALEXANDRA HERRERA OCHOA el día 1 de noviembre de 1995 [...]»

Asentó que el Tribunal en ninguno de sus argumentos cuestionó *«[...] el incumplimiento de la AFP sobre su deber de información, y omite hacer un estudio correcto del precedente jurisprudencial construido por la honorable corte suprema de justicia, pese a que ese fue el eje medular planteado en las alegaciones de instancia, pues para el juez plural fue suficiente afirmar que este precedente solo aplica para afiliados que sean beneficiarios del régimen de transición [...].»*

Aduce que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, por lo que *«[...] es deber del fondo privado demostrar en el proceso que efectivamente suministró toda la información clara, oportuna, y suficiente al momento del traslado de régimen a la Señora ALEXANDRA HERRERA OCHOA, lo cual no ocurrió en el caso de marras [...].»*

Sostiene que el *ad quem* desconoció el artículo 171 de la Ley 100 de 1993, pues dicho precepto establece que *«[...] cuando cualquier persona atente contra el derecho del trabajador a su afiliación, o a la selección de los organismos e instituciones se hará acreedor a sanciones, y la consecuencia es que la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador en consonancia con lo establecido en el Artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993 [...].»*

VII. RÉPLICA DE COLPENSIONES

Plantea la réplica que con la información realizada por

la AFP, aceptada por la misma demandante, se debe dar por cumplida dicha obligación y, en consecuencia, *«[...]no es posible invertir la carga de la prueba a tal punto de dejar prácticamente sin ningún tipo de carga a la parte de demandante, quedando como una especie de responsabilidad objetiva más aun afectando a un tercero de buena fe como es COLPENSIONES, quien se ve abocada a asumir una prestación en la mayoría de los casos elevada y afectando el principio de sostenibilidad financiera»*.

Expone que la decisión del Tribunal respetó los principios del sistema pensional, pues no es aceptable que la demandante *«[...] después de más de 20 años de haberse afiliado al RAIS, solicite que se declare la ineficacia o nulidad de traslado, observando que incluso contó con la posibilidad de hacerlo con la expedición del decreto 3800 de 2003 y la circular 1 de 2004, sin que lo haya realizado [...]»*.

Asegura que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no es la norma que regula el presente asunto, puesto que, *«[...] allí 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, lo que a la postre no se verificó en el caso sub examine [...]»*.

Aduce que no existió vicio en el consentimiento de la actora al momento de la afiliación al RAIS, *«[...] o, en su defecto, la inducción a error que se le atañe al Fondo, por ende, no se demostró el supuesto de hecho primario para la*

obtención de la consecuencia perseguida, encontrándose la sentencia del Ad quem ajustada a derecho y a la jurisprudencia aplicable».

VIII. CONSIDERACIONES

Aunque el alcance de la impugnación no es el más adecuado a las reglas técnicas mínimas del recurso extraordinario, en las que se ha dicho que debe distinguirse la pretensión del recurrente en cuanto a la sentencia del Tribunal de lo que persigue que debe producirse en instancia, utilizando el remedio técnico procesal pertinente, lo cierto es que por su planteamiento entiende la Corte que lo que se busca es el quebrantamiento total de la sentencia de segundo grado y, en consecuencia, la confirmación íntegra de la sentencia de primer grado. Igualmente, aun cuando al desarrollar el único cargo se hacen algunas referencias a los aspectos fácticos propios del litigio, pese a que el ataque se dirige por la vía de puro derecho, de la acusación fácilmente se extraen los cuestionamientos jurídicos a la decisión del Tribunal y ese es el sentido que, por ende, se le dará a la misma.

El eje central de la argumentación esgrimida por la recurrente estriba en el yerro que le atribuye al Tribunal al haberle impuesto la carga de demostrar algún vicio en el consentimiento en la decisión del traslado y el haber desconocido el deber de información que tienen las administradoras de pensiones para con sus afiliados, obligadas a dar a conocer las consecuencias del traslado al

momento de la selección del régimen, independientemente de que tengan una expectativa o no hubieren consolidado un derecho; y que el cumplimiento del deber de información debe ser acreditado por las administradoras, pues les corresponde en virtud de la carga de la prueba demostrar la asesoría brindada al momento del traslado, la cual no es posible deducir del formulario de afiliación.

En consecuencia, corresponde a la Sala establecer si la vinculación de la recurrente al régimen privado se realizó con estricto acatamiento a las normas de eficacia de traslado, en los términos del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; de igual manera, si la administradora de pensiones que recibió a la demandante, le entregó la información sobre las consecuencias del traslado, dada la relevancia de la decisión para el futuro pensional de la afiliada.

De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocerle el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y formalizarse el traslado con el formulario de afiliación, pues, de esta forma, desconoció que para esclarecerse si la decisión fue libre, voluntaria e informada debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para el efecto, y 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 en su conclusión, 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.

Ha de recordarse que existe toda una batería normativa de carácter especial que regula 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, con lo cual, el fundamento para su declaratoria es el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo que ordena dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, los laudos, pactos, convenciones y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto, sin apelar para ello a irregularidades en los requisitos de que trata el art. 1502 del CC.

Así las cosas, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado,

precisamente, en avanzar al estudio sobre el elemento «*consentimiento*» buscando la prueba de uno de sus vicios: error, violencia y dolo, para, en su lugar, centrarse en el análisis del «*deber de información y buen consejo*» que compete a las Administradoras en cumplimiento de normas de orden público que regulan la materia y que se 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 (CSL SL1688-2019).

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones, existe desde su fundación y durante la vigencia del sistema, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado; por ejemplo, para el año de 1995 cuando se trasladó la reclamante, correspondía observar la regulación correspondiente, en los términos señalados por la Corte en las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL 4426-2019:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, 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).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «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».

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.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero 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.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, 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. En otros términos, 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.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y

entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores

opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas» (Resaltado fuera del texto original).

De lo anterior se desprende que es la información que se entrega lo que permite, a través de elementos claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y, si ello es así, su omisión pone en grave riesgo el derecho pensional de quienes se trasladan de régimen sin conocer las consecuencias.

En tal sentido, para entender la importancia del por qué no puede ser cualquier información la que se exige entregar al afiliado, basta con señalar, a manera de ejemplo, que de nada le es útil a un afiliado enterarse de que en el régimen de ahorro individual se puede pensionar anticipadamente si no conoce el mecanismo financiero sobre el cual se basa la acumulación de fondos que le permitirá decidir acogerse, en cualquier momento, al beneficio pensional cumpliendo los requisitos que se exigen para el efecto y que, de no conocerlos, la información es incompleta o mejor, inexistente.

De igual manera, queda demostrado el error del Tribunal al darle validez y eficacia a la afiliación con la sola suscripción del formulario, sin exigir ni conocer la información suministrada por la administradora de pensiones para esclarecer si la decisión fue libre, voluntaria e informada, porque nada al respecto indica la leyenda preimpresa en los formatos de vinculación, que solo cumple la formalidad dispuesta por el artículo 11 del Decreto 692 de

1994.

En consecuencia, si la suscripción del formulario de afiliación se hizo de manera voluntaria y libre de cualquier vicio del consentimiento, ello no era una razón justificable para que la administradora de pensiones Colfondos S.A., omitiera informar a la demandante de forma clara, objetiva y suficiente, las incidencias y consecuencias de su traslado, carga probatoria que correspondía a la administradora no a la actora, como lo viene señalando la Sala, entre otras sentencias, en la CSJ SL-4373-2020:

Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustraran a la accionante al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP, al respecto en sentencia SL SL1688-2019, así:

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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.

[...]

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.

Por consiguiente, antes de surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones tenía el inexcusable deber de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, entre ellas, la pérdida del régimen de transición.

Al lado de ello, resulta reprochable la pasividad del Tribunal al omitir el estudio de la información que debió brindarse al momento del traslado por parte de la Administradora, basado en que a pesar de alegar la actora que no se le brindó la información adecuada y suficiente sobre las consecuencias de traslado, lo que resultaba evidente era que su deseo de regresar solamente estaba fundado en el monto de la pensión que recibiría en régimen de ahorro individual, porque ello no es razón válida para desviar el eje central del debate sobre el deber de información cuando se estudia la ineficacia del traslado de régimen pensional.

En esa misma vía, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 estableció como una de las características del sistema general de pensiones, que el traslado de régimen debe ser libre y voluntario, condición que se cumple, como quedó dicho en precedencia, siempre que la administradora suministre la información para que el afiliado conozca las

consecuencias de su decisión. Sin embargo, el Tribunal erró al entender que el derecho a estar informado tiene su origen en lo distante que se encuentre el afiliado de la consolidación de su derecho pensional al momento del traslado, en cuanto consideró como fundamento de su decisión que *«[...] en la oportunidad en que se trasladó la actora, nadie podía tener certeza de las variables económicas que conllevan a terminar el monto de la pensión, máxime cuando para el momento en que eso sucedió, apenas contaba ella con 31 años de edad y no tenían ningún derecho consolidado, ni ninguna expectativa pensional materializada»*.

En ese sentido, no es la proximidad con la causación del derecho pensional, ni pertenecer a un régimen de transición lo que genera para los fondos de pensiones la obligación de brindar una información y asesoría al momento del traslado, siendo impertinente para ello exigir que se reúnan los requisitos para acceder a la prestación o que se tenga una expectativa legítima para esos mismos fines, pues la selección libre y voluntaria de un régimen pensional, de donde se desprende el deber de información, es un derecho consagrado para todos los afiliados del sistema general de pensiones que pretendan trasladarse de régimen.

El entendimiento del Tribunal, como se advierte, fue equivocado y contradijo, además, lo definido por la Corte en sentencia CSJ SL4426-19, al memorar toda una línea jurisprudencial sobre la materia:

Con fundamento en las documentales que dan cuenta de la edad de la accionante al momento del traslado y del número de

semanas que para entonces tenía cotizadas al sistema, el Tribunal también sustentó su decisión revocatoria de la sentencia de primera instancia, en que *«como quiera que la demandante para la época [en la] que solicitó el traslado de régimen no había reunido los requisitos para acceder a la pensión de vejez»* en el régimen de prima media con prestación definida, *«no es posible concluir que fue víctima de engaño o [de] falta de información que le ocasionaron un perjuicio en el reconocimiento de su pensión, como lo ha considerado la CSJ en estos casos»*.

Esa reflexión es equivocada, porque ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para que proceda la ineficacia del traslado, es necesario que el afiliado, al momento del traslado, haya *«reunido los requisitos para acceder a la pensión»* en el régimen anterior al que estuviese afiliado.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas recientemente CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1452-2019, CSJ SL 1688-2019, CSJ SL 1689-2029 y CSJ SL3463-2019, consiste en que, por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrarles oportunamente, información clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, *«sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está o no próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto»* (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3463-2019).

Importa anotar, adicionalmente, que las proyecciones sobre el monto de la pensión que son pertinentes realizar al momento del traslado, para conocer las consecuencias del mismo, según las particulares circunstancias de cada afiliado, es parte fundamental del deber de información de las administradoras de pensiones, contrario a lo manifestado por el Tribunal cuando señala que la obligación legal de realizar las proyecciones pensionales *«[...] surgió solamente*

con la ley 1748 del año 2014 [...]», pues cuanto más elementos de juicio acompañen al afiliado en el cambio de régimen, más informada, libre y voluntaria será su decisión, requiriéndose de las administradoras ese acompañamiento técnico que como expertas deben procurar.

Al respecto, precisó la Sala en la sentencia CSJ SL1452-2019, lo siguiente:

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Así, el Tribunal incurrió en los dislates enrostrados por la censura, suficientes para casar la sentencia.

Sin costas en el recurso extraordinario, dada la prosperidad del cargo.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Como complemento a lo dicho en casación, el deber de las administradoras de pensiones de brindar una información clara, oportuna, transparente y objetiva al momento del traslado se encuentra regulado suficientemente

por el legislador desde el momento mismo de la creación del sistema de capitalización, dada su complejidad financiera y la naturaleza del régimen que *propende por la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados -art. 59 de la Ley 100 de 1993-*.

Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones.

Así, entonces, dado que la demandante afirmó en los hechos de la demanda que la AFP Colfondos SA, no había cumplido con ese deber con la calidad y en la oportunidad debidas, correspondía a esta última, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1604 del Código Civil, probar que sí había tenido la debida diligencia en esa materia, para desvirtuar, además, la negación indefinida hecha por la promotora del juicio.

Como según lo descrito, la carga de la prueba correspondía a la AFP Colfondos S.A., es claro que en el plenario no obra ningún medio de convicción que acredite el cumplimiento del deber que se echa de menos y, en el mismo sentido, efectuado el estudio del acervo probatorio los elementos arrojan como resultado que la AFP no demostró su actuar diligente respecto de esa exigencia legal o del cual

se derive que efectuó un análisis circunscrito a la situación particular de la demandante.

Por ello, resulta importante resaltar la posición que en torno al tema de la ineficacia de traslado ha asumido la Corte, que se ha venido repitiendo tanto en pronunciamiento de casación, como los que corresponde proferir en instancia, y que ya son muchedumbre, *verbi gratia* el CSJ SL2001-2021, en donde en instancia, se memoró el CSJ SL4806-2020, en tanto explicó que:

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

De otro lado, en tratándose de *ineficacia*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los

aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral segundo del fallo del *a quo*, en el sentido de que Colfondos S.A. deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios, y durante todo el tiempo que la demandante permaneció en el RAIS, con cargo a sus propios recursos.

En relación con la excepción de prescripción aducida por Colpensiones, si bien los artículos 488 del CST y 151 CPTSS son los que regulan dicho fenómeno extintivo, por virtud del cual opera el término trienal, contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, lo cierto es que en este tipo de procesos las pretensiones de la demanda tienen carácter declarativo, es decir, están referidas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, acaecido con anterioridad a que se trabara la litis, de donde la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, tal como se ha sostenido, entre muchas otras, en las sentencias

CSJ SL1688-2019; CSJ SL12715-2014; CSJ SL 28479, 4 jun. 2008, CSJ SL 39347 y CSJ SL 8397, 5 jul. 1996.

Los demás medios exceptivos también se tendrán como no probados, dado el resultado del proceso y lo señalado en precedencia.

Así las cosas, como quiera que esta Sala tiene establecido 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, se modificará el ordinal primero de la sentencia de primer grado, en cuanto declaró la “*nulidad*” de la afiliación para, en su lugar dar claridad en cuanto que lo que se declara es la ineficacia. En lo demás, se confirmará la sentencia de primer grado.

Sin costas en la alzada y las de primera instancia quedan como lo definió el *a quo*.

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 doce (12) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ALEXANDRA HERRERA OCHOA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal 1º. de la sentencia de primera instancia, que declaró «*LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN*» en el sentido de DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN al régimen de ahorro individual.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal 2º. de la sentencia de primer grado, en cuanto a que **COLFONDOS S.A.** deberá trasladar a **COLPENSIONES**, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y las 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, durante todo el tiempo en que **ALEXANDRA HERRERA OCHOA** permaneció en el RAIS. 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.

TERCERO: Confirmar en lo demás el fallo de primer grado.

CUARTO. Costas como se indicó en la parte motiva de este proveído.

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



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Presidente de la Sala

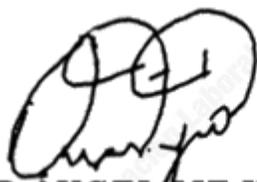


GERARDO BOTERO ZULUAGA

Impedido
FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR