



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Magistrado ponente

SL1197-2021

Radicación n.º 81542

Acta 009

Bogotá D.C., veintitrés (23) de marzo del dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **MARÍA DEL CARMEN ESTRADA ORTIZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 6 de febrero del 2018, dentro del proceso que le sigue a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (PORVENIR S.A.)**.

I. ANTECEDENTES

Accionó la señora María del Carmen Estrada Ortiz contra las demandadas, para procurar la nulidad del traslado del régimen de Prima Media (RPM) al Régimen de Ahorro Individual (RAIS), consecuentemente, que se le ordene a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la

totalidad de los dineros ahorrados, y a esta última, a recibir los aportes y tenerla como afiliada.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 29 de mayo de 1962; que el 22 de febrero de 1988 se afilió al ISS; que se trasladó del Instituto de Seguros Sociales, a la AFP Porvenir S.A., el 4 de mayo de 1995; que esta última no le informó en forma clara, concisa y veraz, en qué consistía el cambio de régimen; que el 27 de junio de 2016 solicitó al fondo privado demandado *que la devolviera* al RPM y el 2 de noviembre del mismo año, igual petición realizó a Colpensiones, sin obtener respuesta favorable sobre ello, bajo el argumento de que le faltaban menos de diez años para pensionarse.

Colpensiones, al responder la demanda, se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la negativa a que retornase al fondo público. Presentó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción y cobro de lo no debido.

Porvenir S.A. rechazó lo pretendido porque la actora estuvo válidamente afiliada desde el día 1 de junio de 1995. Frente a los hechos adujo que la entidad suministró información completa y precisa al momento del traslado y aceptó que no dejó sin efectos la afiliación de la demandante por no existir elementos de juicio suficientes que lo permitieran, pero que le indicó el procedimiento que debía seguir ante Colpensiones. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de la causa para pedir e

inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y enriquecimiento sin causa.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1 de diciembre de 2017, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de fallo proferido el 6 de febrero de 2018, al resolver la apelación presentada por la demandante, confirmó la sentencia de primer grado y la condenó en costas.

Anunció que tendría en cuenta el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la 797 de 2003, el cual establece que los afiliados al Sistema General de Pensiones, tienen la posibilidad de escoger libremente el régimen pensional, y trasladarse entre uno y otro, una vez cada cinco años, sin embargo, limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo, para quienes tuvieran más de 15 años cotizados en la fecha que entró en vigencia la norma original mencionada, para quienes se conservó el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo.

Trajo a colación las sentencias CC C-1024-2004 y C-062-2010, para decir que, el objetivo de los parámetros fijados por las normas mencionadas es evitar la

descapitalización del régimen de prima media con prestación definida, que se produciría si se permitiera el traslado indiscriminado del afiliado cuando llegase a estar próximo al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Después de recordar las normas procesales y la jurisprudencia aplicable, analizó en conjunto las evidencias recaudadas, y le resultó fácil concluir que debía confirmar la providencia apelada en cuanto absolvió a las demandadas de lo pretendido, toda vez que, la actora para el 1 de abril de 1994 poseía menos de 15 años de cotizaciones al sistema, *«tenía 6 años 2 meses y 10 días»* y por ello no era viable su regreso al RPM en cualquier tiempo pues estaba sometida a las restricciones legales.

Señaló que de los medios de convicción que se allegaron al expediente no se encontró ningún vicio en el consentimiento dado el 4 de mayo de 1995, siendo la accionante quien tenía la carga de la prueba.

Frente a este aspecto, aclaró que las consecuencias del traslado de régimen las define la ley y por ello cualquier duda en la interpretación de una norma legal, *«es un error de derecho que no tiene alcance para viciar el consentimiento según lo dispone clara y perentoriamente el artículo 1509 del código civil»*, por lo que, la persona que suscribe el documento asume el conocimiento de las disposiciones mediante las cuales se cambia libremente, cualquier ignorancia de esas normas no es excusa y frente a un engaño o dolo que se

hubiera generado en contra de la demandante no encontró pruebas pertinentes.

Reconoció que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha abordado el tema de la nulidad de la afiliación, haciéndolo procedente en casos específicos, realizando un minucioso análisis probatorio para poder acreditar algún vicio en el consentimiento de la persona que suscribe el documento del traslado, en casos donde el fondo privado si debió brindar una información detallada sobre las consecuencias del cambio de régimen pues había un derecho adquirido o expectativa legítima que la hacía necesaria, aspecto que en el caso de María del Carmen Estrada Ortiz, no ocurrió pues era imposible para cualquier persona establecer si a ella le era más favorable el RPM o el RAIS, al momento del traslado.

Finalmente destacó que en virtud de la entrada en vigor del Decreto 3800 de 2003, la Superintendencia Bancaria expidió la Circular 01 de 2004, mediante la cual, se le brindó a la demandante y a otros afiliados la posibilidad de regresar al RPM y se les brindó a través de los medios de comunicación amplias informaciones sobre los beneficios de cada régimen y las posibilidades del traslado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la impugnante, se case la sentencia del Tribunal, para que en sede de instancia revoque la del juzgado, y en su lugar, se acceda a las peticiones de la demanda inicial.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, frente a los cuales se opusieron las pasivas, y que serán examinados conjuntamente por referirse al mismo tema, y por contener argumentos complementarios.

VI. CARGO PRIMERO

Denuncia la infracción directa de los artículos 114, 271 de la Ley 100 de 1993; 1510, 1511 y 1604 del Código Civil; 97 y 98 del Decreto Ley 663 de 1993; y la aplicación indebida de los preceptos 1509 de CC, 13 y 36 de la Ley 100 de 1993; y la «*violación medio que condujo*» a la transgresión de las normas indicadas y, la interpretación errónea del artículo 167 del CGP.

Asegura que dada la vía escogida aceptaba las conclusiones fácticas a las que arribó el Tribunal.

Argumenta que el *ad quem* incurrió en la infracción directa del artículos 114, 271 de la Ley 100 de 1993, el 1510, 1511 y 1604 del CC, y el 97 y 98 del Decreto Ley 663 de 1993, puesto que, una cosa es escoger el régimen y otra es elegirlo libremente bajo una adecuada asesoría por parte de la administradora de pensiones, por lo que el error en el traslado recae en ese aspecto, pues hubo ausencia de

información por parte del fondo privado, pues tenía la carga probatoria de demostrar que le advirtió con diligencia sobre la decisión de cambio del RPM al RAIS.

Asevera que aplicó indebidamente el artículo 1509 del CC y el 13 y 36 de la Ley 100 de 1993, pues consideró que los casos contemplados en la norma que antecede son los únicos en que pueden admitirse el cambio de régimen, sin embargo, esa cuestión no era la que se debatía en el proceso, pues no se busca el traslado, sino que se declare la nulidad de la afiliación por vicios en el consentimiento, ante la ausencia de la debida y diligente asesoría por parte de la administradora al cual se trasladó.

Además, destaca que interpretó erróneamente el artículo 167 del CGP, ya que, no contempló que *«los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba»*, pues este precepto enfatiza el deber del juez de distribuir la carga del medio de convicción, imponiendo su aporte a la parte que está en situación más favorable, por lo tanto, le correspondía al fondo privado demostrar que le suministró la información y orientación respectiva, además, que lo anterior no se trata de un ataque de orden fáctico. Citó la sentencia CSJ SL-9063-2014.

Concluye que es reiterada la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tales como la CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 y CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, entre otras, en donde la Corporación resolvió favorablemente declarando la nulidad de la afiliación al RAIS

de los demandantes, por falta del deber de información de los fondos privados a la hora de realizarse el traslado.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa a la sentencia del Tribunal de transgredir, por la vía indirecta, en la modalidad de *aplicación indebida*, de los artículos 13, 36, 114 y 271 de la Ley 100 de 1993; 1509, 1510, 1511 y 1604 del CC; 97 y 98 del Decreto Ley 663 de 1993 y, 167 del CGP.

Le endosa al *ad quem* los siguientes yerros fácticos:

1. No dar por demostrado, estándolo, que hubo vicio del consentimiento de la demandante en el traslado de RPM al RAIS efectuado el 4 de mayo de 1995.
2. No dar por demostrado, estándolo, que el vicio del consentimiento se produjo por error originado en la deficiente información que le dio la demandada Porvenir SA con respecto a las consecuencias del traslado de régimen pensional.
3. Dar por demostrado, sin estarlo, que en el caso de autos resultaba imposible establecer con claridad si en el momento del traslado era conveniente la afiliación a uno u otro régimen pensional.

Como pruebas mal apreciadas, relaciona las siguientes:

- Copia del formulario de solicitud de traslado al fondo de pensiones de Porvenir SA del 4 de mayo de 1995 (f.º 7).
- Comunicado de prensa conjunto, de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS, publicado con ocasión de los cambios introducidos por la Ley 797 de 2003, en el cual explican las opciones de traslado que tienen para revertir la decisión de traslado al RPM (f.º 99-100).
- Historial de vinculaciones de la actora al sistema de pensiones del Ministerio de Hacienda.

Reprocha que el Tribunal al considerar que el documento de traslado suscrito por la demandante era demostrativo de una decisión carente de vicios del

consentimiento, fue erróneo, pues de él se desprende que hubo voluntad, pero no que fue plenamente libre y consciente de sus efectos, además Porvenir S.A. no demostró haber suministrado información suficiente, completa y oportuna en torno a las implicaciones de optar por el régimen pensional de ahorro individual.

Asegura que la evaluación que hizo el fallador plural del comunicado de prensa de las aseguradoras, en donde se explicaban las oportunidades de traslado de régimen que trajo la expedición de la Ley 797 de 2003, así como su reglamentación por el D. 3800 de 2003, no era óbice para sustentar que por ello desaparecía cualquier vicio del consentimiento en la decisión del cambio del RPM al RAIS.

Subraya que el Tribunal se equivocó cuando dijo que de su historia laboral se desprendía que en el momento del traslado existía una imposibilidad para determinar qué régimen le era más conveniente, pues no contaba siquiera con una expectativa legítima, no obstante, el deber de información de Porvenir S.A. radicaba en ofrecer una explicación veraz, técnica y clara en torno a las diferencias e implicaciones de optar por uno u otro, con la finalidad de que la decisión del afiliado fuese verdaderamente consciente y plenamente informada.

Finalmente, sobre la carga de la prueba, se refiere a las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 y SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, para indicar que en los casos de nulidad de afiliación la carga de la prueba debe invertirse e imponérsele a la administradora de pensiones.

VIII. RÉPLICA

Porvenir S.A., se opone a los argumentos esgrimidos en los cargos que anteceden y advierte que bien hizo el Tribunal al concluir que en el presente caso no se logró acreditar algún vicio en el consentimiento otorgado por la demandante en el momento de suscribir el documento de traslado de régimen pensional, además, de que la afiliación se hizo conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 2 de la 797 de 2003, por lo que no es dable declarar la nulidad invocada, la que se dio el 4 de mayo de 1995, fecha en la cual la accionante aún no contaba con una expectativa legítima para pensionarse y al momento del traspaso la actora pudo escoger libremente el régimen de su preferencia, además solicitó el cambio apenas el 27 de junio de 2016, época para la cual operaba ya la restricción legal que imposibilitaba su aceptación.

Destaca que conforme el artículo 60 y 61 del CPTSS, los jueces gozan de libertad para apreciar las pruebas y formar su convencimiento y se les impone el deber de analizar cada uno de los medios de convicción facultándolos para darle preferencia a cualquiera de ellos. Como sustento de lo anterior citó las sentencias CSJ SL4514-2017 y SL2299-2017.

Recalca que el hecho de que el *ad quem* no hubiese despachado favorablemente las suplicas de la demandante, no quiere decir que, hubiera cometido los errores que le endilga la censura, por el contrario, aquella no logró derruir la sentencia cuestionada y por lo tanto debe quedar

incólume, ya que, el Tribunal realizó un análisis pormenorizado de los medios de convicción para arribar a su decisión, declarando la legalidad del traslado.

Colpensiones expresa que respalda la decisión impugnada. En cuanto al primer embate, indica que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, que para efectos de su pensión de vejez su norma aplicable es la Ley 100 de 1993, por lo que al momento del traslado es claro que no contaba siquiera con una expectativa legítima frente a ningún régimen pensional, razón por la cual se encontraba en plena libertad de escoger su vinculación al RPM o al RAIS.

Resalta que, el formulario de vinculación a Porvenir S.A., suscrito por la actora, se encuentra plenamente libre de vicios pues como bien lo consideró el *ad quem*, no se halló medio de convicción alguno que demostrara la ineficacia de la afiliación, más aún, que la carga de la prueba estaba en cabeza de la señora María del Carmen Estrada Ortiz, quien debió acreditar que su decisión no fue libre ni voluntaria, además reclamar después de 23 años la nulidad de la afiliación constituye una contradicción, que debió demostrar. Como sustento cita la sentencia CC C993-2006 y la CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083.

IX. CONSIDERACIONES

Empieza la Corte por indicar que del examen conjunto de ambos cargos se permite evidenciar que la finalidad de la censura no es más que se invalide el traslado al RAIS, ante la falta de información brindada por parte de Porvenir S.A.,

sobre los riesgos, ventajas y desventajas del cambio de régimen, siendo este aspecto suficiente para declarar la nulidad de la afiliación.

En casación no se discute i) que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición; ii) que se afilió al ISS el 22 de febrero de 1988 y; iii) que el 4 de mayo de 1995 se trasladó al RAIS administrado por el fondo privado demandado.

Conviene recordar que el Tribunal para motivar su decisión esgrimió que la demandante suscribió el formulario de afiliación a Porvenir S.A. y, por tanto, era válido; que no allegase al plenario documento alguno que evidenciara que ésta incurrió en alguna omisión en el deber de información al momento de la vinculación de la actora, toda vez que ella no tenía una expectativa pensional.

La impugnante cuestiona los anteriores razonamientos, para lo cual argumenta que el *ad quem* al concentrarse en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar si la AFP dio cumplimiento a su deber legal de informar de manera clara y suficiente sobre las consecuencias del traslado; que la carga de la prueba correspondía a Porvenir S.A., y que la nulidad de la afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional.

En este contexto, menester es señalar que tales interrogantes fueron recientemente resueltos por esta Sala

en la sentencia CSJ SL1452-2019, en la que al respecto se enseñó:

[...] las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado.

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y, además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

“Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe “y de servicio a los intereses sociales” en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que “Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de

suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

“Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que “en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante”, es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**”.

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.

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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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

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

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

Conforme lo anterior, el Tribunal cometió un tercer error jurídico al no imponerle la administradora accionada la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información y, contrario a ello, exigirle al demandante acreditar el ofrecimiento engañoso de mejores condiciones pensionales en la AFP.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado – No es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado.

La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la

demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

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 a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no 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. (Subrayas de la Sala).

Lo anterior revela que el Tribunal cometió todos los errores que le enrostró la censura, pues su argumentación tuvo el propósito de desconocer el deber que, se recalca, lleva impregnado un interés social, concerniente en informar a la persona de una manera clara, cierta, comprensible y oportuna las características, diferencias, beneficios, riesgos, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Así lo es, pues en su disertación llega al punto de postular que era la accionante la que debía tener conocimiento de aquellos presupuestos, contrario a ello, debió el Colegiado considerar que el deber de información debió ser veraz, oportuno e insoslayable en este campo de la seguridad social. Las AFP tienen la imperativa obligación de brindar una asesoría suficiente, y por ello, si el afiliado alega

que no fue así, como aquí ocurrió, el Tribunal debía entonces contraer su atención en elucidar si ese deber se satisfizo o no, con pruebas que lo demuestren de forma contundente, más aún, si aquella está, tal y como se indicó en el precedente transcrito, en mejor posición que los afiliados, para demostrar esas circunstancias.

Además, es palmario el yerro cometido por el juez de alzada, pues no era la accionante quien tenía la carga de probar que su decisión de trasladarse no fue informada.

A esto se agrega que en no pocas ocasiones, los afiliados se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que en tal sentido ratifica que la información sea clara y comprensible. En sentido similar lo explicó esta Corporación en la sentencia en cita, donde puntualizó:

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, hiper regulado, 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.

De otro lado, tampoco era necesario esclarecer si la accionante tenía o no una expectativa legítima de pensión o un derecho adquirido, pues la violación del deber de informar se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Adicionalmente, es pertinente recordar que los efectos que conlleva la nulidad de traslado con ocasión del incumplimiento del deber que les asiste a las administradoras de suministrar la información necesaria para que el afiliado tome una decisión libre y veraz en los términos descritos con anterioridad, son la procedencia de la devolución de los valores que el determinado fondo hubiera recibido, entre otras, las cotizaciones, los bonos pensionales si fuere del caso, además de los rendimientos e intereses que se hubieren causado.

No está de más aclarar que dicho escenario no supone una retroactividad plena, pues han de mantenerse incólumes todas aquellas situaciones consolidadas y que presumieron una buena fe por parte del afiliado, como lo es el otorgamiento de las mesadas pensionales o de los derechos que pudieran haberse causado en el régimen al que retorna.

Así fue consignado en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, radicado 31989, donde concretamente se dijo:

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.

En ese orden, es claro para la Sala que el Tribunal incurrió en los yerros que le imputa la censura, en tanto que,

la decisión de segunda instancia no se encuentra en sintonía con el precedente jurisprudencial imperante en la Corte, en consecuencia, el cargo sale victorioso y se casará la sentencia.

Sin costas en casación por salir adelante el recurso.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia la Corte, basada en los anteriores argumentos; procederá a revocar la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1º de diciembre de 2017, previas las siguientes consideraciones:

La demandante contrae su inconformidad en apelación, en señalar a que el *a quo* se equivocó al considerar que se trasladó al RAIS en forma consiente y voluntaria.

De las pruebas aportadas al plenario se puede extraer: i) que la actora nació el día 29 de mayo de 1962; ii) que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición; iii) que se afilió al ISS el 22 de febrero de 1988 y; iv) que el 4 de mayo de 1995 se trasladó al RAIS administrado por el fondo privado demandado.

Establecido lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio actual de esta Corporación en lo tocante a quien corresponde la carga de la prueba en casos como el que nos ocupa (CSJ SL1452-2019), lo pertinente es declarar la nulidad del traslado de la señora María del Carmen Estrada Ortiz del RPM al RAIS en el mes de mayo del año 1995.

En conclusión, la AFP incumplió su deber de informar y, por consiguiente, se declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, por tanto, no perdió los beneficios del régimen de transición.

De inmediato, procede la Sala al estudio de las pretensiones propuestas en la demanda y ratificadas en el recurso de apelación, tendientes a que se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS, y como consecuencia de ello, se ordene al fondo privado trasladar al de prima media, la totalidad de los dineros ahorrados desde el 22 de febrero de 1995.

Las mismas consideraciones que sirvieron de base para casar la sentencia impugnada en la forma como quedó dicho, son procedentes para fundar la decisión que en instancia corresponde. Reiterando que debe declararse la nulidad de la afiliación de la señora María del Carmen Estrada Ortiz al RAIS y que, como consecuencia de lo anterior, se deben retrotraer los efectos de éste.

Por otro lado, se ordenará a Porvenir S.A. a que traslade a Colpensiones los aportes para pensión que le fueron consignados desde el 22 de febrero de 1995, junto con los rendimientos financieros generados y los gastos de administración, según los términos en que fue expuesto en

sede de casación y en apego de la jurisprudencia de esta Sala. (CSJ SL17595-2017)

Frente a la excepción de prescripción habrá de indicarse que, las accionadas argumentan que desde la fecha en que la actora conoció su situación hasta aquella en que propuso la demanda, transcurrió el término prescriptivo de 3 años consagrado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sobre el particular, la Sala considera que *la acción de inejecución del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible*. (CSJ SL688-2019)

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

Las costas de las instancias estarán a cargo de Colpensiones.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el seis (6) de febrero de dos mil dieciocho (2018) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario laboral que **MARÍA DEL CARMEN ESTRADA ORTIZ** adelanta contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, PORVENIR S.A.**

En sede de instancia, se **REVOCA** la sentencia dictada por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el 1 de diciembre de 2017, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **NULIDAD** de la afiliación de **MARÍA DEL CARMEN ESTRADA ORTIZ** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, PORVENIR S.A.**, suscrita el 4 de mayo de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, PORVENIR S.A.** a devolver a Colpensiones, los aportes para pensión que le fueron consignados, las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que la actora permaneció afiliada a esa administradora.

TERCERO: DESESTIMAR las excepciones propuestas por las accionadas.

CUARTO: Costas como quedó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Falunatus.
ANA MARIA MUÑOZ SEGURA

OMAR R.O.
OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA
Salvo voto

J. L. Ochoa
GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Magistrado ponente

SALVAMENTO DE VOTO

SL1197-2021

Radicación n.º 81542

Acta 009

En el recurso extraordinario de casación propuesto por **MARÍA DEL CARMEN ESTRADA ORTIZ** frente a la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 por la Sala Cuarta Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, dentro del proceso adelantado contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS. (PORVENIR SA)**, con el respeto que merece la Sala, me permito manifestar las razones de mi disenso frente a la decisión aceptada por la mayoría.

En mi sentir, la sentencia aprobada por la mayoría de la sala resulta insuficiente para resolver el caso concreto, pues se limitó a la transcripción de un precedente jurisprudencial, que, si bien ha sido mayoritario en el tema

de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, no es aplicable de manera indiscriminada a todos los casos en los que se plantea este conflicto, por repetitivos que sean.

En particular, el cargo primero –formulado por la vía del puro derecho– plantea que el fallo confutado violó la ley en la modalidad de infracción directa de diferentes normas, a lo que Colpensiones, que funge como opositora, objetó precisando que el juez plural tomó su decisión de conformidad con el Art. 13 de la Ley 100 de 1993 y está amparado por los principios que gobiernan el tema, dando aplicación tácita a esas disposiciones; crítica que no mereció ninguna respuesta por parte de quienes aprobaron el proyecto que no comparto, pues no advirtieron que todo el contenido de la sentencia de segunda instancia tenía asiento en normas que gobiernan la materia, coincidentes con las señaladas en la proposición jurídica, por lo que, en verdad, no había lugar a que prosperara ese ataque, tal como fue formulado.

De otra parte, a mi juicio, queda claro que las piezas procesales y las pruebas señaladas como mal valoradas por el Tribunal, no tienen relación directa con un tema tan puntual como la demostración del supuesto vicio del consentimiento que se le achacó a la accionada sociedad administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En realidad, la apreciación del comunicado de prensa conjunto de las administradoras de fondos de pensiones del

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de la historia de vinculaciones de la actora al sistema de pensiones emitido por el Ministerio de Hacienda, no permiten concluir que se materializó la desviación de la voluntad de pertenencia a determinado régimen; lo mismo ocurre con la contestación de la demanda, válida como elemento fáctico en sede casacional si contiene confesión o si su intención fue tergiversada por el juzgador, frente a la cual la recurrente no argumentó, como era su deber, en qué consistió la valoración errada de ella, así como tampoco dio cuenta de su gravedad o de su incidencia en el fallo.

De manera que, a partir de esos elementos, no se podía derruir el argumento central de la sentencia recurrida, que consiste en que no se demostró que la decisión de traslado al RAIS quedó afectada por unos supuestos engaños, que no fueron concretados en pruebas, según el análisis que hizo el *ad quem*, en cuyo desarrollo se advierte cabal aplicación de las facultades de libre apreciación que le otorga el artículo 61 del CPTSS, como lo sostiene Colpensiones en la réplica, en la cual trae a colación varias decisiones de esta Corte sobre el asunto.

A tal grado es genérica la respuesta al problema jurídico, que luego de copiar extensamente la base jurisprudencial adoptada, se limita a decir que «es *palmario el yerro cometido por el juez de alzada*», que por muy evidente que sea, merecía al menos una descripción.

Lo anterior indica que los cargos no debían prosperar y que debió mantenerse incólume la sentencia del Tribunal, razón por la cual, me aparto de la decisión de la mayoría.

Fecha *ut supra*.



OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA