



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Magistrado ponente

SL1501-2022

Radicación n.º 90780

Acta 14

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

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **CÉSAR AUGUSTO GONZÁLEZ CORTÉS** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de septiembre de 2020, en el proceso ordinario que adelanta contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

AUTO

Téngase a World Legal Corporation S.A.S., representada legalmente por Miguel Ángel Ramírez Gaitán, identificado con

CC n.º 80.421.257 como apoderado de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Se reconoce personería a Luis Enrique Salinas López, identificado con CC n.º 9873975 y TP n.º 186558 del CSJ, como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogado en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

I. ANTECEDENTES

El citado demandante pretendió que se declare la «*nulidad*» del traslado que efectuó desde el régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y, en consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes junto con sus rendimientos, lo *ultra y extra petita*, y las costas del proceso.

En sustento de sus pretensiones, afirmó que empezó a cotizar el 03 de noviembre de 1982, con el extinto ISS; que continuó cotizando a dicha entidad, en los siguientes períodos: 03/11/1982 al 01/04/1994, 02/04/1994 al 31/12/1994 y 01/01/1995 al 30/06/1995; que por diferentes promociones y campañas de información iniciadas por la AFP Colmena, el 01 de julio de 1995 se trasladó del RPMPD al RAIS, con total desconocimiento de las consecuencias futuras que traería su decisión; que en el año

1997, de la misma forma, es decir, sin el conocimiento debido para la toma de una decisión libre y espontánea, se trasladó a Colfondos S.A.; que en 2002, persistiendo las circunstancias de modo y lugar --ya citadas--, realizó un nuevo traslado a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.; que en 2004, migró a Protección S.A., entidad a la que actualmente se encuentra vinculado; y que además de las omisiones propias del deber de información para traslados y afiliaciones en materia pensional anteriormente descritos, Protección S.A. omitió informarle que el 08 de diciembre de 2009, era la fecha máxima en la que habría podido optar por trasladarse de régimen.

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que al actor le hacían falta menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión --al momento de solicitar el traslado--. En cuanto a los hechos, dijo que no le constaban. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho, buena fe, prescripción y la genérica.

Colfondos S.A. se allanó a la prosperidad de la primera pretensión, por no contar con los elementos probatorios que demostraran el suministro de la *'información matemática'* que permitiera establecer un comparativo de mesada entre ambos regímenes; manifestó no oponerse a la pretensión segunda, por no ir dirigida en su contra, y se opuso a las pretensiones tercera y cuarta. En cuanto a los hechos, aceptó los traslados efectuados por el actor a los distintos fondos

privados (Colfondos, Old Mutual y Protección); el resto dijo que no le constaban. No formuló excepciones.

Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó los traslados efectuados por el actor a ese fondo y a Protección S.A.; los demás dijo que no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica.

Finalmente, Protección S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por el actor. Frente a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. Formuló las excepciones de *declaración libre y espontánea del demandante al momento de su afiliación a la AFP*, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de septiembre de 2019, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor CÉSAR AUGUSTO GONZÁLEZ CORTÉS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 01 de julio de 1995 a través de la administradora de fondos de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN, es ineficaz así como los demás que se hicieron al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es, el (sic) se hizo de COLMENA a COLFONDOS, COLFONDOS a OLD MUTUAL y de OLD MUTUAL a PROTECCIÓN, y por ende no produjeron ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, que recibió en los periodos del 1 de julio de 1995 al 30 de noviembre de 1997 y desde el 1 de mayo de 2004 hasta la fecha en que opere el traslado de los dineros.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera con destino a COLPENSIONES los dineros que recibió por gastos de administración durante el periodo del 1 de diciembre de 1997 al 30 de junio de 2002.

CUARTO: CONDENAR a OLD MUTUAL a que transfiera con destino a COLPENSIONES los dineros que recibió por gastos de administración durante el periodo del 1 de julio de 2002 al 30 de abril de 2004.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba los recursos de que tratan los numerales 2, 3 y 4 de esta sentencia, y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad bajo el entendido que jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida.

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

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN, COLFONDOS y OLD MUTUAL [...].

OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión ante el superior por resultar adversa a COLPENSIONES, en la medida en que se está ordenando recibir los dineros y activar de manera inmediata la afiliación que se ordenó.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al desatar los recursos de apelación interpuestos por Protección S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones --así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta--, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 30 de septiembre de 2020, revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su

contra. Fijó las costas de la primera instancia a cargo del demandante, sin lugar a ellas en esta instancia.

Centró el problema jurídico en determinar si resultaba procedente la ineficacia de la afiliación pretendida por el demandante, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso *e indicando las razones que sustentan el distanciamiento de los mismos*.

Afirmó que *«la afiliación al sistema general de pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para el RPM y para el RAIS; que la afiliación no tiene naturaleza contractual; que la elección debe ser libre y voluntaria; que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando las circunstancias lo ameriten; que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional; que la determinación de condiciones pensionales y expectativa de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible, que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación; que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa; que las condiciones de afiliación a un de régimen son un asunto de orden legal y no constitucional»*.

Aludió a la sentencia CSJ SL1452-2019, para memorar las distintas etapas en que el deber de información a cargo de las AFP ha evolucionado a través del tiempo. Enseguida, asentó que en el caso del demandante la normativa aplicable correspondía a los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993; 97 del Decreto 663 de 1993; 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, que dan marco al deber de información, en lo que se ha denominado la primera etapa.

En cuanto a la naturaleza y aplicación de las normas *sancionatorias* en materia de afiliación al régimen pensional, así reflexiono el Tribunal:

Como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte, la respuesta, reacción jurídica o sanción, al incumplimiento en el deber de información, es la ineficacia del acto de afiliación prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al interpretar que tal falta atenta contra la libertad de elección prevista en el artículo 13 del mismo estatuto, porque, en síntesis, no puede ser libre una decisión desinformada.

El artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece un régimen sancionatorio para el empleador o cualquiera otra persona que impida o atente contra la libertad de elección del régimen pensional, estableciendo la imposición de multas y que la afiliación quedará sin efecto y podrá hacerse nuevamente. La norma consagra una sanción, que es la imposición de una multa por parte de una autoridad administrativa (Ministerio de Salud-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social - Superintendencia de Salud) y, una penalidad accesoria, que deja sin efecto la afiliación para que el afectado pueda hacerla nuevamente.

Tales efectos jurídicos sancionatorios requieren para su imposición, la declaración de una autoridad administrativa de las allí señaladas, que son las competentes para que se declare la violación, se imponga la multa y surja la consecuencia accesoria de dejar sin efecto la afiliación para dar paso a una nueva, si el afectado así lo desea.

Siendo el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 la fuente invocada para dejar sin efecto la afiliación al régimen pensional, bien vale la pena recordar, que los regímenes sancionatorios solo pueden

establecerse en leyes, siendo de la esencia de los mismos que solo el Congreso de la República pueda adoptarlos en virtud del principio denominado reserva de ley, e impone que las correspondientes sanciones solo puedan ser impuestas por las autoridades competentes, acatando el debido proceso, dentro del plazo previsto por la ley y con la dosificación señalada en ella. De otra parte, el Decreto n.º 720 DE 1994 estableció lo siguiente:

[...]

Las normas transcritas establecen la responsabilidad por los perjuicios que se causen a los afiliados, con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de las AFP, indicando que es responsabilidad de estas últimas; razón por la que cual esta disposición no permite trasladar los perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto de derecho, que como Colpensiones, no intervino en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS, ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que solo se estableció a partir del año 2014 con la expedición de la Ley 1748.

[...]

Bajo las anteriores premisas es posible concluir: Que la competencia para imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 está asignada a las instancias administrativas allí señaladas; que la sanción prevista es la multa y dejar sin efecto la afiliación para que el interesado realice una nueva; que las sanciones aquí previstas solo la pudo establecer el legislador en ejercicio de sus competencias; que en aplicación del debido proceso la sanción debe existir de manera previa al hecho que la origina; que en virtud del principio de legalidad no pueden aplicarse sanciones recurriendo a la analogía, ni remitirse a normas sancionatorias que regulen otros casos; que no pueden aplicarse las normas fraccionadamente y construirse una tercera que favorezca el derecho del accionante, que hay norma expresa sobre la responsabilidad que compete a las AFP por los perjuicios cometidos por la acción u omisión de sus agentes y, que las sanciones deben ser aplicadas en la forma prevista en la Ley.

Luego, en lo que tiene que ver con los efectos de la ineficacia del acto de afiliación y la afectación a Colpensiones, dijo el *ad quem*:

En desarrollo de la reglamentación de la anterior disposición, y, en lo que se refiere a la responsabilidad de las AFP frente a sus

afiliados, se estableció en el Decreto 720 de 1994 lo que ya ha quedado consignado anteriormente.

En esta norma, a diferencia de las que cita la jurisprudencia en el marco del deber de información de las AFP, en lo que se denominó primera etapa; se establece el deber de información por parte de los promotores de forma general y abstracta, se consigna que las AFP deben responder por sus actuaciones, en especial por aquellas que impliquen un perjuicio para el afiliado.

Bajo las anteriores premisas, en la medida en que el afiliado es quien tiene la opción de escoger su régimen pensional; mientras no se demuestre que Colpensiones invadió la órbita de su derecho a elegir, ninguna consecuencia de las establecidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puede aplicarse a un tercero que nada tuvo que ver en el acto de escogencia y afiliación al RAIS, ni en la deficiente o suficiente información que se le suministró, ni era la obligada a suministrarla en el año 1998 (sic), en que la afiliada tomó su decisión.

La anterior afirmación tiene sustento, en que de conformidad con lo hasta aquí expuesto, el régimen sancionatorio establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que sirve como sustento a la ineficacia del acto de afiliación, establece como sanción adicional a la multa que impongan las autoridades administrativas allí señaladas, la ineficacia del acto de afiliación y la habilitación para que el interesado haga una nueva; que de ninguna manera puede traducirse en que Colpensiones asuma la consecuencia de las omisiones de la AFP, que no solo es un sujeto de derecho diferente y autónomo, sino que es su competencia en materia de administrar pensiones sus afiliados.

Cabe resaltar que la relación jurídica originada en el acto de afiliación del demandante cuyos efectos se pretenden invalidar, tiene como sujetos a las demandadas PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A., mientras que COLPENSIONES es un sujeto procesal demandado, pero ajeno a la relación jurídica sustancial que vincula al actor con la restante demandada.

Por las particularidades del caso colombiano al permitir la coexistencia de regímenes, en vez de remediarse la desfinanciación del sistema pensional vigente, se agravó su situación de sostenibilidad financiera, ya que al permitirse la coexistencia y libre competencia, la mayor fuerza en la promoción de afiliaciones por parte de las AFP, dejó el sistema con un mayor problema del que tenía, al perder un número importante de cotizantes, que constituían con sus aportes el soporte para el pago de las pensiones ya causadas en favor de miles de colombianos.

La afirmación anterior tiene sustento en lo expresado por la Corte Constitucional en la C-083 de 2019, en la que se consignó:

[...]

De las normas citadas, resulta evidente que los perjuicios ocasionados por las AFP por razón de sus acciones u omisiones al momento de la afiliación, los debe asumir la respectiva administradora, de conformidad con las normas vigentes al momento y dispuestas por el estatuto de seguridad social, de las que se advierte no existe ninguna, que genere la obligación de recibir al demandante cuya afiliación resulta ineficaz, por cuenta de hechos absolutamente ajenos a Colpensiones.

Finalmente, se refirió a los siguientes medios de prueba:

Del formulario de afiliación obrante a folio 175, se corrobora que el demandante se vinculó al RAIS administrado inicialmente por COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., el 1º de julio de 1995, posteriormente el 25 de mayo de 2002 a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. (fl. 139), el 3 de mayo de 2004 a PROTECCIÓN S.A. (fl. 176).

Del interrogatorio de parte, absuelto por el demandante, se pudo establecer que es contador y se desempeñaba como auditor administrativo del área contable de la empresa y su traslado en el año 1995 a la AFP COLMENA se debió a una información masiva que se hizo en la empresa para la cual laboraba y como resultado de esa campaña terminó vinculado a ese Fondo con la información de que el Seguro Social se iba a acabar, pero no recibió asesoría personal y especializada respecto de su situación personal, salvó que se hablaba de un producto financiero basado en un esquema de ahorros; reiteró que nunca le dieron información completa y eficaz y solo lo llamaban para pedirle referidos para traslado al Fondo; manifestó que por la falta de información y de servicios efectuó los sucesivos traslados a varios Fondos, al observar en diferentes medios que uno u otro fondo tenía mejores rendimientos y como usuario de un sistema financiero adoptó esas decisiones, basado igualmente en la información dada en los medios de comunicación, sostuvo que hace aproximadamente 2 años solicitó una asesoría que le permitió evidenciar la inconveniencia de permanecer en el Fondo privado por lo cual solicitó su traslado a Colpensiones.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte «*CASE la totalidad de la sentencia proferida por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020) [...], en cuanto la misma condenó a la parte demandante, y que en Sede de instancia la Honorable Sala Laboral REVOQUE la ya referida sentencia, para así en su lugar absolver de todo cargo y condena a la hoy demandante recurrente señor CÉSAR AUGUSTO GONZÁLEZ CORTÉS, proveyendo en costas a cargo de la parte demandada*».

Con tal propósito formula un cargo por la causal primera de casación, que fue objeto de réplica y se decide a continuación.

VI. CARGO ÚNICO

Por la vía directa, en la modalidad de infracción directa, le atribuye a la sentencia la violación de los artículos 4, 5, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, en relación con los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990; 13-b, 31, 36, 90, 91-d, 141 y 272 de la Ley 100 de 1993; 1502, 1508, 1603 y 1604 del Código Civil; 3 del Decreto 1161 de 1994; 60, 61 y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; 48, 53 y 83 de la Constitución Política.

En la sustentación del cargo, manifiesta que las afirmaciones del *ad quem* desconocen la línea jurisprudencial de esta Corporación, que ha sostenido *«que frente al reclamo de la ineficacia del traslado de régimen pensional, corresponde al juez no solo verificar la validez formal del formulario de afiliación sino evaluar el cumplimiento del deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido»*.

Dice que les corresponde a las AFP demostrar que cumplieron con el deber de asesoría e información, pues la afirmación de no haberla recibido es un supuesto negativo indefinido que solo puede ser desvirtuado por aquellas y que, además, invertir la carga de la prueba en contra de la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes por su profesionalismo tienen ventaja frente al afiliado inexperto. Enseguida, transcribe el artículo 1604 del Código Civil.

Pone de presente que Colfondos S.A. se allanó a la prosperidad de la primera pretensión, al no contar con los elementos probatorios que demostraran la realización de la asesoría *«que a su vez permitiera establecer un comparativo de mesada entre ambos regímenes»*.

Advierte que una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los efectos del traslado es indicativa de que la decisión no estuvo precedida de un consentimiento informado, por

manera que, *«la irregularidad relacionada en ausencia por parte del fondo pensional en la tarea de información y asesoramiento a la demandante, previa a su vinculación, significa que, en el presente caso, la entidad demandada no obró en consonancia con el principio de eficiencia que informa al sistema de seguridad social, al tenor del literal a) del artículo 2º de la ley 100 de 1993»*. En sustento de su aserto, copia fragmentos de la sentencia del 6 de diciembre de 2011, radicación 31314.

Sostiene que es irrelevante que hubieran transcurrido varios años luego de la afiliación, o incluso sucesivos traslados entre administradoras dentro del RAIS, pues esa situación no convalida el error en que incurrió la entidad al momento de ofrecer unas expectativas *equívocas*.

Insiste en que la entidad efectuó un examen generalizado acerca de los requisitos del régimen pensional, sin verificar en forma concreta y específica el historial laboral del afiliado para establecer hasta qué punto le convenía trasladarse, explicando las bondades del régimen *«pero jamás lo que puede llegar a perjudicarlo con respecto a la situación que ya ha adquirido; incluso, en cuanto a la posibilidad de financiar la prestación con un bono pensional, no se observa en el asunto, si se le informó a la activa por ejemplo que, existiendo la posibilidad de pensionarse antes de la fecha de redención normal o anticipada del bono, y para completar el capital necesario para optar por una de las modalidades de pensión en ese régimen, deberá negociar tal título en el mercado secundario en la bolsa de valores, con los avatares*

que ello representa en dicho mercado, situación plausible si uno de los atractivos para el cambio es la financiación de la pensión a través de ese mecanismo, como sucedió en este evento, en donde la pasiva aceptó que, en efecto, para el momento del traslado hubo una discusión sobre un bono pensional».

Señala que lo que verdaderamente se examina en la ineficacia del traslado, es si la entidad cumplió con el deber de proporcionar al afiliado una información suficiente, completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevaría abandonar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, lo que en el presente asunto no se acreditó. Sobre las consecuencias de la mentada ineficacia, reproduce pasajes de las sentencias del 9 de septiembre de 2008 (radicación 31989) y SL12136-2014.

Por último, esgrime lo siguiente: *«la infracción directa de la normas precitadas en el cargo lo que permite, además, concluir que nunca se pretendió una sanción como lo esgruye (sic) el a-quem (sic), sino el efecto jurídico por la nulidad o ineficacia del traslado, lo que genera sin lugar a dudas, siguiendo la línea jurisprudencial anotada, el restablecimiento de la situación al estado anterior del vicio; situación que no genera ningún detrimento a COLPENSIONES, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibiría los aportes y rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obligan al derecho a las mismas».*

VII. RÉPLICA DE COLPENSIONES

Aduce que el actor se trasladó al RAIS el 1 de julio de 1995 mediante la afiliación a Colmena S.A., con el diligenciamiento del formulario respectivo, el cual tramitó de manera libre y voluntaria.

Dice que, en efecto, en el citado formulario consta que de *'manera libre y voluntaria sin presión alguna'*, el demandante se afilió al RAIS, no siendo válido desconocer dicha manifestación de voluntad, máxime si se tiene en cuenta que aquel es un profesional con conocimiento de la norma.

De otro lado, considera que no es válido imponer a las administradoras --obligaciones y soportes de información-- no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima.

Igualmente, sostiene que no es dable que --atendiendo exclusivamente las obligaciones de la AFP--, se invierta la carga de la prueba bajo un criterio de responsabilidad objetiva, desconociendo con ello las obligaciones paralelas en cabeza del cotizante, y desplazando las propias circunstancias del caso.

Por lo demás, arguye que el recurrente no es beneficiario del régimen de transición, por lo que no tiene una expectativa legítima frente a su derecho pensional.

VIII. RÉPLICA DE OLD MUTUAL S.A.

Advierte que el cargo deja libre de ataque un soporte fundamental del fallo acusado, en la medida en que no cita el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 ni tampoco el 10 del Decreto 720 de 1994.

Manifiesta que el Tribunal no pasó por alto las obligaciones de las administradoras de pensiones en materia de suministro de información a los afiliados y que, además, gran parte de la argumentación es de índole fáctica, lo cual no es posible en un cargo orientado por la vía de puro derecho.

IX. CONSIDERACIONES

Aunque la demanda de casación no es un modelo a seguir, pues, por ejemplo, en el alcance de la impugnación, luego de solicitar la casación total de la sentencia impugnada, el recurrente pretende, de manera impropia, que la Corte proceda a revocar «*la ya referida sentencia*», cuando como se ha dicho en infinidad de oportunidades, en caso de prosperar el recurso extraordinario, esta Corporación, en tanto funge como tribunal de casación, anula o infirma la decisión de segundo grado sin que proceda, por sustracción de materia, revocar, modificar o confirmar al propio tiempo lo resuelto en tal decisión y, además, no se precisa cómo debe proceder la Corte como tribunal de instancia en relación con el fallo de primer grado; lo cierto es que estos defectos aisladamente considerados no conducen *per se* a la

desestimación del cargo, por cuanto de éste es posible extraer con claridad meridiana, qué es lo pretendido y cuál es el ataque que se dirige contra la sentencia del Tribunal, pues la censura delimita mínimamente los aspectos jurídicos que son motivo de inconformidad y, por ende, susceptibles de ser estudiados por la vía directa.

De otro lado, considera la Sala que, en este caso, la falta de citación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no se trata de un defecto formal o de técnica de la demanda de casación, sino de un simple *lapsus calami* en que incurrió el censor al señalar en la proposición jurídica del cargo el artículo 272 de esa normativa, en lugar del 271, como, en efecto, correspondía.

Lo dicho, aunado a que, en hogaño, es suficiente señalar cualquiera de las normas que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente hayan sido violadas, sin que sea necesario integrar una proposición jurídica completa.

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

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

b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente Ley; (Subrayas y cursivas de la Sala)

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

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

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

En relación con el contenido de los preceptos en cita, la Sala ya ha manifestado su posición y, por vía de ejemplo, en sentencia CSJ SL12136-2014, asentó que la información *precisa*, es un elemento esencial para pregonar que hubo *libertad* en la toma de la decisión, lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de las consecuencias

positivas y negativas de su acogimiento. En efecto, se dijo en aquella oportunidad:

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

[...]

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

[...]

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Se recuerda que el Tribunal esgrimió en su decisión, que los aludidos artículos contienen un hecho generador de la ineficacia que debe provenir de un sujeto calificado, el empleador, de lo cual derivó que las AFP no podrían incurrir en esa conducta y que, por tanto, si hubo alguna omisión o error en la entrega de información, ello solo es discutible por la vía del resarcimiento de perjuicios de que trata el artículo 10 del Decreto Reglamentario 720 de 1994.

Como el *ad quem* anunció en su providencia que se apartaba de la línea trazada por esta Sala de Casación, es

necesario recordar cuál es esa senda jurisprudencial que se ha marcado respecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando el fundamento de ésta recae en el hecho de que el afiliado aduce no haber recibido la información pertinente para tomar una decisión adecuada a sus intereses, y si la argumentación ofrecida resulta ser suficiente para mantener la doble presunción de legalidad y acierto de que se encuentra revestida toda sentencia que es objeto de impugnación en esta sede extraordinaria.

La sentencia CSJ SL1688-2019 efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde la entrada en funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En la citada providencia se presenta un cuadro-resumen de la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde la

puesta en marcha del SGP éste existió --y se ha ido refinando, detallando y acrecentando con el paso del tiempo--, según la sucesión normativa que se muestra a continuación:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

En ese orden, para la época en que se produjo el traslado del actor del RPMPD al RAIS, esto es, el año 1995, se encontraban vigentes no solo el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 271 de la misma preceptiva (ya citados) sino, además, el art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, en su versión original, que disponía: «1. *Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*». Aunado a las normas constitucionales que gobiernan el derecho a la información, razón por la cual la Sala dedujo que en ese momento competía a las AFP suministrar ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

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

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

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

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

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

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

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

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

Dado que el fundamento del Tribunal es la aplicación del Decreto Reglamentario 720 de 1994, conviene examinar su alcance y contenido, para determinar la pertinencia en la solución del *sub examine*.

La mentada disposición tiene por epígrafe el siguiente: «*por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993*», lo cual en principio señala las específicas materias objeto de su desarrollo, esto es, el contenido de los artículos 105 y 287 (parcial) de la Ley 100 de 1993, los cuales se refieren a la autorización para celebrar contratos con establecimientos de crédito para las operaciones de recaudo, pago y transferencia de los recursos manejados por las AFP --para que dichas operaciones puedan ser realizadas en todo el territorio nacional--, y las actividades de los intermediarios de las entidades de seguridad social para regular su organización, responsabilidades, vigilancia y sanciones a las cuales estarán sujetos.

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

Y es que la Corte no niega la posibilidad de solicitar perjuicios frente a una eventual declaratoria de ineficacia del traslado, siempre y cuando ellos sean reclamados dentro del proceso, se encuentren debidamente acreditados y no estén prescritos (CSJ SL373-2021). Lo que se ha dicho es que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo en particular, no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes de dicho cambio, porque entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe.

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

En criterio de la Sala, no hay una suerte de extensión indebida por analogía de unas normas de tipo sancionatorio, como lo mencionó el juez plural, sino que las administradoras de fondos de pensiones son destinatarias

directas de las mismas y de las consecuencias que allí se prevén por su violación, entre otras, la de que *«La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»*, en las voces del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

Para la Sala resulta claro con lo hasta ahora dicho, que el supuesto de hecho que el Tribunal echa de menos está en las normas que regulan el caso, las cuales debieron aplicarse, y que de la lectura de los pluricitados artículos 13 y 271 de

la Ley 100 de 1993, no se infiere que solo el empleador o quien funja como tal es el único que puede desconocer el derecho de libre elección de régimen pensional por parte del afiliado, pues la falta de información de la AFP puede afectarlo, como se ha explicado a lo largo de este proveído.

Así, la hipótesis contemplada en el numeral (iv) de la sentencia atrás citada, que sería la aplicable al caso, es decir, una divergencia hermenéutica del Tribunal en relación con los mentados preceptos de la Ley 100 de 1993, no pareciera configurarse, pues el sentido que el juez colectivo le da a tales preceptos, no permitiría *«un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales»*, sino que, por el contrario, las restringiría en desmedro de los afiliados, que verían imposibilitada la declaratoria de vinculación al régimen pensional al cual creen válidamente tener derecho.

En un asunto de similares contornos al aquí debatido, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de cuál es la normativa aplicable a los casos en que se discute la falta al deber de información por parte de las AFP al momento del traslado de régimen pensional y a quién le corresponde probar el cumplimiento de tal deber, estableciendo lo que enseguida se expone (sentencia CSJ SL3537-2021):

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

información, a cargo de Protección S.A., al momento de su afiliación.

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

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

Precisamente, por tal circunstancia, el recurrente acierta en el cuestionamiento que propone contra la decisión confutada, pues la Corte Suprema de Justicia es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, tal como lo consagra de manera expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en tanto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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

Entonces, erró el Tribunal al desconocer que el cambio de régimen pensional sin el cumplimiento del deber de información acarrea como consecuencia la ineficacia del acto, aunado a que tampoco acertó al apartarse del

precedente judicial sobre un tema específico --ineficacia del traslado-- sin analizar los elementos estructurales del mismo e inclinando su argumentación sobre una cuestión distinta a la propuesta como objeto de análisis, esto es, lo relativo a la indemnización de perjuicios.

De otra parte, importa resaltar que una interpretación integral de esa normativa que regula la materia, en el contexto propio de la Ley 100 de 1993, pero, además, teniendo en cuenta los principios constitucionales y legales que gobiernan el derecho laboral y la seguridad social, es la que ha llevado a la construcción de la línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, que resulta ser ya pacífica, en particular cuando se alega por el afiliado la ausencia de información o la deficiente entrega de la misma por parte de la AFP, quien tiene la carga de demostrar el cumplimiento de ese deber, tal como se ha explicado.

La Sala también se ha pronunciado con anterioridad, respecto de la pertinencia de la acción de ineficacia cuando se arguye el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP, y ha señalado, como ya se mencionó, que el ejercicio de la acción indemnizatoria con carácter exclusivo, sería viable en el caso de los pensionados, porque no es posible retrotraer esa condición para restituir la vinculación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, según quedó asentado en la sentencia CSJ SL3871-2021:

Por tanto, el razonamiento del Tribunal según el cual el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 aplica exclusivamente en el marco de relaciones de trabajo subordinadas, es errado y restringe injustificadamente la protección de los derechos de los trabajadores en otros contextos donde se desenvuelven relaciones de poder entre sujetos que ocupan una posición preeminente y otros que por ausencia de conocimiento, información, recursos o experticia se encuentran en un rango de inferioridad.

Adicionalmente, el juez de segundo grado pasó por alto que la sanción de ineficacia también encuentra respaldo en los artículos 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política (CSJ SL4360-2019). En efecto, si se asume que existe un derecho básico de los trabajadores a recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional, se sigue que su vulneración debe encontrar respuesta en el artículo 53 de la Constitución Política y, especialmente, en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto». Lo anterior, en armonía con el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, que expresamente involucra los principios mínimos fundamentales del trabajo en la interpretación y aplicación de las normas del sistema de seguridad social.

Así, para la Corte no hay duda que la vía correcta para dejar sin valor el cambio de régimen pensional de los afiliados, cuando se alega la inobservancia del deber de información de las AFP, es la acción de ineficacia. Dicho esto, se concluye que el Tribunal se apartó de la jurisprudencia de esta Sala sin ofrecer argumentos sólidos y persuasivos.

Para cerrar, conviene mencionar que el planteo de la exclusividad de la acción indemnizatoria esgrimido por el Tribunal, podría tener lugar cuando el demandante tiene la calidad de pensionado, evento en el cual la jurisprudencia tiene sentado que no es factible revertir o retrotraer dicha calidad para restablecer la afiliación en el RPMPD, como si la persona nunca se hubiese trasladado de régimen (CSJ SL373-2021). No obstante, cuando se trata del afiliado es claro que el mecanismo adecuado es la acción de ineficacia, sin perjuicio de que puedan alegarse de manera complementaria perjuicios, cuando estos se encuentren debidamente demostrados.

La Corte en la sentencia CSJ SL5630-2019, entre otras, determinó en qué casos existe ineficacia en la afiliación, precisando que tal figura opera cuando quiera que:

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

Así, la selección de la norma por parte del *ad quem* no resultó afortunada, con lo cual, en efecto, hubo una trasgresión del artículo 10 del Decreto 720 de 1994 que condujo a los desatinos denunciados por la censura, en cuanto a la infracción de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Comentario aparte merece la afirmación del juez colectivo y fustigada por la censura, en el sentido de que sobre Colpensiones se ha impuesto una responsabilidad patrimonial que no le corresponde, derivada de la declaratoria de ineficacia de los traslados del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual. Al respecto, importa resaltar que la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes *el derecho irrenunciable a la seguridad social*, y las órdenes emitidas frente a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPMPD, no son condenas a título de indemnización o de resarcimiento de perjuicios, como equivocadamente

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

Tampoco tiene asidero legal ni jurisprudencial alguno, la consideración de que la ineficacia del traslado exija como supuesto que se deba ser beneficiario del régimen de transición, contar con una especie de expectativa pensional o, más aún, que el derecho esté causado, tal como lo determinó esta Corporación en la sentencia CSJ SL1452-2019:

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 SL4689-2018, 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)

Finalmente, importa recordar lo expuesto en la sentencia CSJ SL2877-2020, sobre los efectos de la

declaratoria de ineficacia de actos como el que aquí se discute:

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

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

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

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir,

cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Por lo demás, es un desaguizado centrar el análisis en los períodos definidos en la ley para hacer traslados entre regímenes, o la limitante para realizarlo cuando le falten menos de diez (10) años para alcanzar la edad requerida, puesto que lo pretendido siempre fue la nulidad y/o ineficacia del traslado inicial efectuado a la AFP Colmena (hoy Protección S.A.) en el año 1995, y posteriormente a: i) Colfondos S.A. en el año 1999; ii) Old Mutual S.A. en 2002; y iii) Protección S.A. en el año 2004.

Conforme a lo expuesto, el Tribunal se equivocó en su forma de abordar y resolver el problema jurídico planteado, al considerar que no se habían cumplido los presupuestos sustanciales de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional y, en coherencia con lo discurrido, el cargo prospera.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

Para resolver los recursos de alzada propuestos por Protección S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, basta con reiterar lo expuesto en sede casacional en cuanto a que, previo a 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 brindarle al afiliado 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 vinculado.

Frente al argumento de Protección S.A. y Old Mutual S.A., según el cual no hay lugar a transferir los gastos de administración, comisiones y rendimientos, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia la devolución de los aportes por pensión junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sept. 2008, rad. 31989:

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.

De otro lado, cumple acotar que el formulario de afiliación suscrito por el demandante con Protección S.A. (folio 176), contiene una leyenda pre-impresa en la cual se

lee: «*HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES*», lo cual, como se anticipaba, no permite establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP. Igual acontece con los formularios de afiliación suscritos con Colfondos S.A. y Old Mutual S.A.

Lo anteriormente expuesto resulta suficiente para confirmar la decisión proferida el 23 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, la cual será precisada y modificada en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la siguiente manera:

En virtud de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se modificará el ordinal segundo de la mentada sentencia en el sentido de que se condena a Protección S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor César Augusto González Cortés, por concepto de aportes y rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, así como bonos pensionales (si los hubiere), en los períodos en que aquel estuvo afiliado a dicho fondo.

Igualmente, se condena a Protección S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. 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.

Asimismo, se modificarán los ordinales tercero y cuarto de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar tanto a Colfondos S.A. como a Old Mutual S.A. devolver a Colpensiones los porcentajes cobrados por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a dichas administradoras. 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.

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia

del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo *comprobar* o *constatar* un estado de cosas, carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio de la *litis* (SL4062-2021).

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

Las costas de primer grado estarán a cargo de las demandadas; las de segunda se impondrán a Protección S.A., Old Mutual S.A. y Colpensiones, por partes iguales, en favor del demandante.

XI. 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 30 de septiembre de 2020 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CÉSAR AUGUSTO GONZÁLEZ CORTÉS** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

En sede de instancia, resuelve:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor **CÉSAR AUGUSTO GONZÁLEZ CORTÉS**, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliado. Igualmente, devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. 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.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** el porcentaje cobrado por comisiones,

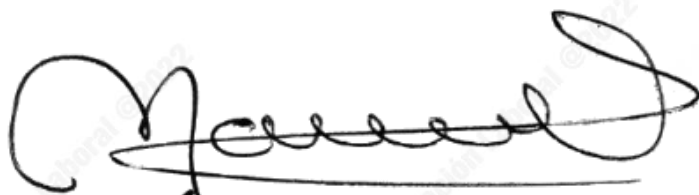
gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento 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: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** el porcentaje cobrado por comisiones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. 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.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

Costas, como se dijo en la parte motiva.

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



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Presidente de la Sala



Aclaro voto

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Impedido
FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR