

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
 Sala de Descongestión N.º 1

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL081-2021

Radicación n.º 81412

Acta 01

Estudiado, discutido y aprobado en Sala Virtual

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintiuno (2021).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por **ESPERANZA MEJÍA RÍOS** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 21 de marzo de 2018, en el proceso ordinario laboral que instauró contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Esperanza Mejía Ramos presentó demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se

declare la ineficacia o nulidad del acto jurídico en virtud del cual se dispuso su traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Como consecuencia de tal declaración, solicitó la remisión de «saldos, cotizaciones y/o aportes, bonos pensionales, o sumas adicionales», junto con sus respectivos frutos e intereses, y la diferencia existente entre los valores depositados en el RAIS y aquel que hubiese correspondido en caso de permanecer en el RPM. Finalmente reclamó que se mantuvieran los efectos del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones afirmó que el 9 de mayo de 1988 se vinculó al régimen pensional a través de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, y el 9 de julio de 1995 suscribió el formulario de traslado pensional al RAIS.

Señaló que el asesor o gestor comercial de la AFP demandada omitió brindar información «plena, seria, cierta y oportuna» que le permitiese conocer plenamente los efectos de tal acto; tampoco ofreció la comparación respecto a las proyecciones de expectativa pensional al amparo de uno u otro régimen, ni la información relacionada con su situación familiar y la existencia de beneficiarios, omisiones que causaron un «error de deducción» consistente en la elección de un régimen pensional en el que se causaba una pensión de vejez cuya mensualidad resultaba inferior de aquella que le hubiese correspondido en el RPM.

Relató que el 5 de octubre de 2016 presentó solicitud de afiliación al RPM, la cual fue negada con fundamento en el vencimiento del término legal, luego de lo cual reclamó a la AFP una proyección de las mesadas pensionales, frente a la cual obtuvo como respuesta un valor equivalente a \$689.455 al cumplimiento de los 57 o los 62 años de edad, suma ostensible menor que la que hubiese correspondido en caso de permanecer en el RPM (\$1.020.018). Finalmente indicó que a la fecha de presentación de la demanda se encontraba afiliada y cotizando al RAIS por conducto de la accionada.

La Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos planteados en relación con ella, y expresó que los demás, referidos a la AFP, no le constaban.

Para sustentar su defensa señaló que el traslado fue completamente válido, y que la respuesta a la petición presentada a Colpensiones se ajustó a los parámetros legales aplicables, frente a lo cual agregó que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 no define en forma absoluta e irrestricta, el deber de aceptar todas las solicitudes de traslado de régimen. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación demandada y prescripción.

Por su parte, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. aceptó los hechos relativos a la vinculación al régimen pensional desde un

periodo anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a través de CAJANAL, el traslado al RAIS, y la elaboración de una proyección de las mesadas.

Frente a la validez del traslado sostuvo que se trató de un acto «*totalmente libre de apremio*», coacción, o presión indebida que pudiese viciar el consentimiento de la afiliada, conforme se consignó en el respectivo formulario de vinculación, documento que además incluyó la información familiar cuya omisión se acusa. Consideró la existencia de diversas razones favorables que justifican, en forma objetiva, la elección del RAIS frente al RPM, y señala que éstas fueron conocidas por la demandante, y que así sustentaron su decisión.

Adicionalmente expresó que la afiliada no reunía los requisitos necesarios para ser beneficiaria del régimen de transición; que la proyección elaborada sobre la primera mesada pensional necesariamente podía verse afectada a través de eventos posteriores, y que, en todo caso, «*el deber de cotejo si surge recientemente de manera normativa con la Ley 1748 de 2014*», razón por la cual, estima que suministró «*la información vigente y suficiente para la época*». Conforme a las circunstancias anotadas, señaló que la actora «*no pudo ser víctima de la omisión en la información en lo relativo a derechos prestacionales, características y condiciones del régimen que la acogía*».

Por otro lado, expuso que la permanencia en el RPM resulta irrelevante, pues la accionante no era beneficiaria del

régimen de transición; que además existe evidencia de la omisión en ejercer el derecho a la retractación en los términos que establece el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, ni en el «*periodo de gracia durante la vigencia del Decreto 3800 de 2003*», de lo cual resulta, en su criterio, un auto reconocimiento de la afiliación válida al RAIS.

Aseguró que la entidad obró conforme a derecho en atención a que la afiliación se efectuó mediante una preforma adoptada por la Superintendencia Financiera mediante las circulares 034 y 037 de 2004 que incluyeron una manifestación expresa y libre de voluntad de la afiliada, en virtud de la cual insertó su firma.

Alegó que el defecto que se alega en el traslado no satisface los presupuestos que, para efectos de determinar la existencia del error como vicio en el consentimiento, desarrollan los artículos 1508, 1509, y 1510 del Código Civil; ni aquellos que se ocupan de la nulidad contenidos en los artículos 899 y 1741 *ibidem.*; tampoco las normas especiales que regulan el traslado de régimen pensional (Circular 019 de 1998 [Superintendencia Financiera], el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y el artículo 3º Decreto 1161 de 1994.

Finalmente expresó que el regreso de la demandante al RPM resulta tardío, siguiendo los lineamientos que para el efecto establece el artículo 3º del Decreto 3800 de 2003, aplicable conforme a los criterios desarrollados por la Corte Constitucional en las sentencias CC C-789 de 2002 y CC C-1024 de 2004; y que la acción judicial, además, se encuentra

prescrita, debido al transcurso de los términos que fijan tanto el artículo 1750 del Código Civil, como el 151 del CPTSS.

Propuso como excepciones de mérito: la genérica o innominada, prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, ausencia de sujeto susceptible de beneficio del régimen de transición, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de Porvenir S.A., inexistencia de la fuente de obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados a la parte actora por parte de la entidad llamada a juicio, y afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, mediante fallo del 30 de agosto de 2017, resolvió:

PRIMERO. DECLARAR que resulta ineficaz el traslado que realizó la señora ESPERANZA MEJIA RIOS del régimen de prima media con prestación definida administrada por CAJANAL en su condición de servidora del Estado al régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente administrado por PORVENIR S.A y que se consolidó el día 13 de julio de 1995.

SEGUNDO. DECLARAR que la señora ESPERANZA MEJIA RIOS es parte del régimen de prima media con prestación definida conforme a su afiliación que tenía en CAJANAL.

TERCERO. ADVERTIRLE a la señora ESPERANZA MEJIA RIOS que tiene la oportunidad de diligenciar el formato pertinente para solicitar el traslado o vinculación a una administradora de fondo pensional que considere pertinente conforme a las condiciones o expectativas que tenía en el régimen de pensiones.

CUARTO. ADVERTIRLE a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que si la señora ESPERANZA MEJIA RIOS opta para escogerla para el traslado, entonces le brinde la colaboración pertinente, teniendo en cuenta la ineficacia de ese traslado el 13 de julio de 1995.

QUINTO. ORDENARLE a PORVENIR S.A que una vez se le notifique la existencia de un traslado o afiliación al régimen diferente al que se encontraba, proceda entonces a poner a disposición de la nueva administradora todos los ahorros que aparezcan en la cuenta individual de la señora ESPERANZA MEJIA RIOS con los rendimientos, intereses, todo lo que aparezca de manera puntual informando el número de semanas cotizadas desde ese entonces hasta la fecha.

SEXTO. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito que fueron planteadas tanto por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A como por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas procesales a la entidad PORVENIR S.A. a favor de la parte demandante en cuantía equivalente al 100% de las causadas.

OCTAVO. ABSTENERNOS (sic) de imponer condena en costas procesales a la parte demandada.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la demandante y de la demandada Porvenir S.A., la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante fallo del 21 de marzo

de 2018, revocó la decisión de primer grado y, en su lugar absolvió a las accionadas de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas, en ambas instancias, a la demandante.

Para efectos de resolver la controversia puesta en su conocimiento, el Tribunal concretó el problema jurídico en definir si había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS.

En ese orden, el *ad quem* consideró, como premisas normativas, diversos artículos de la Ley 100 de 1993: el 13 que establece la elección libre y voluntaria de régimen pensional como derecho del afiliado; el 271 que regula las consecuencias de la infracción a ese deber; y el 36 que desarrolla el régimen de transición, en particular su inaplicabilidad para los casos en que se produce el traslado de régimen pensional; así mismo, invocó la sentencia expedida por esta corporación el 3 de septiembre de 2014 (CSJ SL12136-2014), mediante la cual se fijaron los parámetros relativos al traslado de régimen respecto de beneficiarios del citado artículo 36.

Con fundamento en el anterior soporte normativo, el órgano colegiado concluyó, en el plano fáctico, que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, tanto por la ausencia del requisito de edad, como por la carencia de cotizaciones durante el número de semanas que define la ley; situación de la cual, en su criterio, resulta el deber procesal, para el afiliado, de acreditar la omisión

relativa al cumplimiento de la obligación de proveer información sobre los efectos del acto.

Así, el *ad quem* no encontró pruebas suficientes para deducir que «la demandada brindó información contraria a la dispuesta en los artículos 29 y siguientes de la Ley 100 de 1993» para lo cual restó capacidad de acreditación a la testimonial recolectada. En sentido contrario, estableció que la única evidencia recaudada daba cuenta del suministro de información relacionada con las posibilidades de obtener una mesada pensional superior y el reconocimiento pensional antes del cumplimiento de la edad que fija la ley, efectos que consideró ajustados al ordenamiento jurídico, con lo cual descartó la inducción en error que se alegó como fundamento de la acción.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso fue interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La actora pretende que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, confirme en su integridad el fallo de primer grado.

Con tal propósito formula un cargo que es replicado por las dos entidades demandadas.

VI. CARGO ÚNICO

La recurrente denuncia el fallo de ser violatorio de la ley sustancial, por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida del artículo 12 del Decreto 720 de 1994. Para el efecto argumenta, que el *ad quem* invirtió la carga de la prueba frente a la negación indefinida formulada en la demanda inicial relacionada con «no haber recibido la información integral para el traslado de régimen pensional, tergiversando el recto contenido del artículo 167 del Código General del Proceso», defecto que desencadenó en la infracción directa del literal b), artículo 13, de la Ley 100 de 1993, reformado por el 2º de la Ley 797 de 2003.

En la demostración del cargo, la actora parte de aceptar las conclusiones fácticas del fallo relativas a: i) la inclusión en la demanda de una negación indefinida relacionada con la omisión de la AFP en brindar a la accionante «información adecuada para realizar el traslado de régimen pensional»; y ii) que el traslado fue motivado en la liquidación de Cajanal y en la existencia de expectativas relacionadas con el reconocimiento de una mesada superior en el RAIS.

Luego de hacer un recuento de las normas que regulan el traslado de régimen pensional, y sobre la base de diversos precedentes de esta corporación y de la Corte Constitucional pertinentes a la conceptualización del traslado de régimen, y a las obligaciones que surgen para las AFP en el contexto de dicho acto jurídico (en concreto el deber de información), concluye que «era la AFP accionada quien tenía la obligación

procesal de demostrar que brindó la información o pedagogía pensional que exigía el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, para que la afiliada decidiera su cambio de régimen».

Al efecto, dentro de la formulación del cargo insiste en que el punto objeto de censura corresponde a una negación indefinida, y que, por ende, era imposible exigir su demostración.

Por otra parte, señala que el Tribunal incurrió en un «*yerro jurídico de interpretación jurisprudencial*», al entender, de la sentencia dictada por esta corporación el 3 de septiembre de 2014 dentro del radicado 46292, que «*si el afiliado que se traslada de régimen pensional no goza del estatuto de transitoriedad*» entonces «*le corresponde a éste la carga probatoria de demostrar que la información dada fue falaz*», mientras que «*si goza de transitoriedad es obligación del Fondo privado que brindó la información íntegra y adecuada para la migración*». Así, en su criterio, la *ratio decidendi* de la sentencia se sitúa en el deber de información de la AFP, no en la carga de la prueba para el afiliado, beneficiario del régimen de transición que solicita el traslado.

En todo caso, finaliza su exposición mencionando que el supuesto de hecho controvertido en el caso resuelto por la Corte y cuya decisión se utilizó en la sentencia atacada, difiere sustancialmente de la situación que a través de este proceso se ventila.

VII. RÉPLICA

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. presenta réplica al cargo formulado la cual sustenta esencialmente en dos argumentos.

En primer lugar, plantea que, en aquellas controversias relacionadas con la eficacia del traslado de régimen pensional, conforme a un consolidado criterio jurisprudencial (*rad. 46.292 de 2014*) se debe determinar: *i)* la pérdida del régimen de transición para el afiliado que se somete al traslado; *ii)* el suministro de información «falaz» o «mentirosa» como disuasor que lleva a la realización del trámite. Al respecto considera que, al no concurrir, en el *sub examine*, dichos supuestos, «no se puede acudir a precedentes jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte ni a supuestos no tenidos en cuenta, en apoyo de una pretensión sin tener las situaciones fácticas en cada caso en concreto».

Así pues, y teniendo en cuenta que los supuestos en que se discute la «inexistencia de información» se debe examinar «si ello ocurrió o no ocurrió puesto que de las pruebas examinadas y criticadas (...) no se encuentra afirmado nada de lo que supone la demandante dejó de ver el Ad quem, que lo condujo a desestimar lo expuesto por el A quo» se impone la resolución desfavorable del cargo.

Finalmente insiste en la argumentación relativa a la inaplicabilidad del régimen de transición a la situación en

litigio, tanto por la ausencia de la edad, como por el tiempo de cotizaciones efectuadas a la entrada en vigencia del sistema, requisito que considera, tomando como base múltiples referentes jurisprudenciales, determinante para efectos de recuperar la transición en cualquier momento.

De igual forma, Colpensiones presenta oposición a la demanda de casación la cual sustentó en la existencia de yerros que desconocen la técnica propia del recurso, y en la ausencia de defectos en la sentencia atacada.

En concreto, y en lo que respecta a la cuestión técnica, alega que la infracción directa se invocó respecto de una norma (el artículo 13 de la Ley 100) que «condujo» a la violación de otras que no son de naturaleza procedimental (artículo 12 del Decreto 720 de 1994 y 1604 del Código Civil). Así, la formulación resulta errónea, pues, sostiene, la misma no correspondía a la «violación de medio».

En segundo lugar, indica que la demandante tan solo concretó su argumentación frente al artículo 12 del Decreto 720 de 1994, pero omitió desarrollar la infracción directa que aduce en relación con el artículo 13, literal b), de la Ley 100 de 1993, todo lo cual impide acometer el estudio del cargo.

VIII. CONSIDERACIONES

Es necesario precisar que, al efectuar el examen del recurso, la Sala no advierte la existencia de errores protuberantes en la formulación del cargo conforme aduce

en su oposición la Administradora Colombiana de Pensiones, pues, pese a la inclusión de una norma sustancial en la modalidad de violación de medio, lo cierto es que las normas que dan lugar a la asignación del derecho pretendido (el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994) se encuentran plenamente identificados. En todo caso, la lectura integral del ataque permite obtener claridad respecto de los puntos reprochados, razón por las cuales se impone su estudio de fondo.

El juez de apelaciones consideró, sobre la base de los artículos 8º y 271 de la Ley 100 de 1993, y del criterio expuesto por esta corporación en la CSJ SL12136-2014, que la obligación procesal de las Administradoras de Fondos de Pensiones, en aquellos procesos en los que se discute la validez o eficacia de un traslado de régimen pensional, es de carácter contingente, y su contenido se encuentra determinado por la situación del afiliado frente al régimen de transición.

Así, el *ad quem* estimó que:

(...) cuando está en juego por el traslado la posible pérdida de la transición por los beneficios que esta conlleva, la carga de la prueba de haber ofrecido al usuario la información necesaria para tomar una decisión libre y voluntaria radica en cabeza de la administradora», mientras que «cuando se trata de los afiliados que no ostentan la calidad de beneficiarios del régimen de transición, la carga de la prueba de los motivos que se alegan como causa de la ineficacia del traslado le corresponde a quien los invoca, sin que con el objeto de trasladar la carga probatoria a la administradora le baste sostener que no fue informado de las consecuencias que el traslado conllevaría.

En criterio del censor, la interpretación del *ad quem* resulta contraria a las reglas que gobiernan la materia, pues, tanto el deber de informar en forma plena y total al afiliado sobre las consecuencias del traslado, como el «*onus probandi*» se encuentra en cabeza de la Administradora.

En consecuencia, el problema jurídico planteado en sede extraordinaria consiste en determinar si el Tribunal incurrió en el error que se le endilga, de considerar que la carga de acreditar los hechos indicativos del ejercicio del deber de información, en el contexto específico del traslado de régimen pensional, se encuentra determinada por la posición del afiliado frente al régimen de transición que contempla el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como ha tenido ocasión de reiterar esta corporación, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de la existencia de un verdadero consentimiento informado de la parte interesada para que sea válido, toda vez que es un deber profesional de las administradoras de fondos de pensiones brindar toda la información requerida para que el afiliado tome una decisión como la que se cuestiona, con conocimiento sobre sus implicaciones.

Por tal razón, si la parte actora alude a la ausencia de tal información, como ocurre en este caso, no es de su cargo demostrar tal omisión, pues corresponde a un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de la afiliación, brindó las explicaciones suficientes

y veraces sobre las consecuencias, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional. Así, si a la administradora se le adjudica el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, entonces incumbe a ésta acreditar que sí atendió tales obligaciones. Además, es la entidad quien se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos de prueba requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten.

Así se explicó por esta corporación en CSJ SL1688-2019:

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.

En ese orden, le asiste razón a la recurrente, cuando señala que el entendimiento del Tribunal asignado al artículo 12 del Decreto 720 de 1994, a través del cual se regulan las obligaciones de los promotores que emplean las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, resulta contrario a las reglas que gobiernan la materia; pues quien tenía la carga de la prueba no era la demandante, como en forma errónea lo consideró el *ad quem*, sino la sociedad convocada a juicio, a quien le correspondía demostrar que al momento de la afiliación de Esperanza Mejía Ríos al RAIS le había brindado la información necesaria, pertinente y clara respecto de las implicaciones de tal decisión.

Así también, el juez de segunda instancia incurrió en error al considerar que la obligación probatoria de las entidades convocadas en este tipo de procesos se encuentra

determinada por la aplicabilidad de la norma que regula el régimen de transición. Se afirma lo anterior, como quiera que, ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se deba contar con una expectativa pensional o un derecho causado para derivar, de suyo, las obligaciones procesales relacionadas con el incumplimiento del deber de información.

La regla jurisprudencial que se identifica 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, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1452-2019, 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, *«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»* (CSJ SL1688-2019).

Así las cosas, es claro que el Tribunal cometió el yerro endilgado, por ende, el cargo prospera, y habrá de casarse la sentencia impugnada.

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

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

La demandante impugnó la sentencia de primera instancia en orden a obtener su revocatoria parcial, únicamente en lo que respecta a las órdenes impartidas a Colpensiones, para lo cual manifestó que la orden judicial fulminada debía imponer a la Administradora del RPM la obligación de aceptar el traslado con el fin de garantizar la realización del derecho reclamado.

Por su parte, la demandada Porvenir solicitó la revocatoria de la decisión con fundamento en que el deber de información, que se concreta en la institución de obligaciones de cotejo y reasesoría por parte de las entidades administradoras del régimen, fue establecido en una época ostensiblemente posterior de aquella en la que se realizó el traslado objeto de controversia, de lo que resulta su ausencia de responsabilidad. Así mismo expresó que no hay perjuicio del cual se pudiera derivar la ineficacia, pues existen supuestos en los que el traslado al RAIS resulta, incluso, más favorable al afiliado, como en el caso que se plantea, debido a que la demandante, tanto en el tiempo en que se suscitaron los hechos de controversia, como en forma reciente, ha efectuado cotizaciones sobre un ingreso apenas superior al SMLV; y que, además, el traslado no afectó una expectativa legítima, pues, la demandante no era beneficiaria del régimen de transición.

En lo que se refiere a los argumentos expuestos por Porvenir como fundamento de su impugnación a la sentencia de primer grado, se deben efectuar las siguientes consideraciones:

Frente a la inocuidad de la nulidad de traslado, como consecuencia de la inaplicabilidad de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 debido a la no satisfacción de los presupuestos establecidos en su artículo 36, bastan las consideraciones expuestas en sede de casación, para que la Sala, actuando como tribunal de instancia, mantenga la decisión condenatoria dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 15 de agosto de 2017.

Ahora, en relación con el segundo argumento, según el cual, la consagración normativa de una obligación de información para la AFP (Ley 1748 de 2014), es ostensiblemente posterior a la fecha en que se suscitaron los hechos objeto de controversia, basta oponer la línea argumental desarrollada por esta corporación en reiterada jurisprudencia, conforme a la cual, el deber de suministrar información necesaria y transparente por parte de la AFP es exigible desde la creación del sistema, razón por la cual se puede descartar, que solo la expedición de normas posteriores da lugar a su exigencia.

Al respecto, la CSJ SL1452-2019 reiterada en la CSJ SL1688-2019, frente al tópico que se analiza, señaló:

[...]

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

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda

realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

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

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

Así las cosas, es claro que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información acerca de la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, lo que implicaba la comparación entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado 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.

Finalmente, y para efectos de despachar el recurso en relación con el tercer argumento que sustenta la apelación de la sociedad Porvenir S.A, según el cual, el traslado no produjo efectos considerables respecto de la actora debido a que, tanto en la fecha en que se suscitaron los hechos controvertidos, como al momento del litigio, aquella efectuaba cotizaciones sobre una base equivalente (cercana

al SMLV), se debe señalar que la accionada solo efectuó una proyección pensional relacionada con la situación de la accionante en 2016 por solicitud de aquella (folio 21), no al momento de optar por el traslado al régimen de ahorro individual, omisión que en últimas, se traduce en una información sesgada e insuficiente para satisfacer la carga que en estos eventos tienen las administradoras de pensiones.

Así, dado que no existe prueba alguna que permita acreditar el cumplimiento de la obligación de garantizar un consentimiento con las características que prescriben las reglas del sistema, debido a que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento de la trabajadora, pero no que éste fuese «*informado*», a la luz de lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, en armonía con los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, se debe concluir la ineficacia del traslado.

Por lo demás, la Sala debe señalar que la consecuencia de tal ineficacia no puede ser otra que entender que Esperanza Mejía Ríos siempre estuvo afiliada al RPM y que nunca se surtió el traslado al RAIS. Así se previó en sentencia CSJ SL4360-2019:

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Como argumento adicional, la Sala debe señalar que la consecuencia derivada de la decisión de ineficacia también apareja que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones (como cesionaria de las obligaciones que correspondían a Cajanal como Administradora del Régimen de Prima Media, artículo 4º Decreto 2196 de 2009) tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, y bajo el entendido que la consecuencia es la ineficacia del traslado, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad.31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“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.

Bajo la misma línea, en decisión CSJ SL1688-2019, se manifestó:

Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado al RAIS; siendo necesario precisar, en forma explícita dentro de la parte resolutive, y en atención al recurso de apelación promovido por la activa, y a los precedentes jurisprudenciales invocados, que, se debe entender que la demandante siempre estuvo afiliada al RPM y nunca se surtió el traslado al RAIS.

Por lo anterior, se revocará el numeral tercero, en cuanto dispuso advertir a la demandante sobre la oportunidad de efectuar un traslado de sistema; y el cuarto, mediante el cual se advirtió a Colpensiones sobre la obligación de «brindar la colaboración pertinente» en un hipotético caso de traslado, debido a que se trata de cuestiones inherentes a la declaración de ineficacia, frente a las cuales no existió controversia en la respectiva sede de instancia, y que, en todo caso, constituyen reglas del sistema, cuya eficacia no exige la declaración por vía de decisión judicial.

Así mismo, y como consecuencia del grado jurisdiccional de consulta, procedente debido a que la

sentencia de primera instancia resultó adversa a los intereses de Colpensiones, se impone adicionar el numeral quinto de la misma decisión, con el fin de precisar que, además del capital ahorrado por la accionante, junto con los intereses y rendimientos producidos sobre el mismo, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se encuentra en la obligación de trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones (art. 4º Decreto 2196 de 2009¹) los valores correspondientes a los gastos de administración, los cuales, según se expuso en precedencia, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Costas en primera instancia a cargo de la demandada Porvenir en la cuantía fijada por el *a quo*. No se causan en la alzada.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia

¹ **Artículo 4º.** *Del traslado de afiliados.* La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS. Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado.

proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Pereira el 21 de marzo de 2018, en el proceso ordinario laboral que instauró **ESPERANZA MEJÍA RÍOS**, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En sede de instancia se **DISPONE:**

PRIMERO: REVOCAR los numerales **TERCERO** y **CUARTO** de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 30 de agosto de 2017 conforme a lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **QUINTO** de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 30 de agosto de 2017, con el fin de precisar que, además del capital ahorrado, los intereses y rendimientos causados a favor de ESPERANZA MEJÍA RÍOS e incluidos en su cuenta individual, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se encuentra en la obligación de trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones los valores correspondientes a los gastos de administración, conforme a lo expuesto en las consideraciones.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia del *a quo* en lo demás.

Costas como se indicó en precedencia.

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



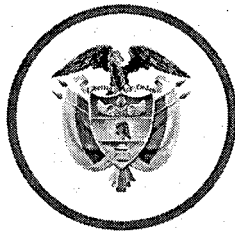
MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA



OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

102

EDICTO

La Secretaría Adjunta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

CÓDIGO ÚNICO DE IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO CUIP	660013105003201700113-01
RADICADO INTERNO:	81412
TIPO RECURSO:	Extraordinario de Casación
RECURRENTE:	ESPERANZA MEJÍA RÍOS
OPOSITOR:	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
FECHA SENTENCIA:	19/01/2021
IDENTIFICACIÓN SENTENCIA:	SL081-2021
DECISIÓN:	CASA- EN SEDE DE INSTANCIA, REVOCAR LOS NUMERALES TERCERO Y CUARTO..., SIN COSTAS.

El presente edicto se fija en un lugar visible de la Secretaría por un (1) día hábil, hoy 5/02/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.


FANNY VARGAS HERNÁNDEZ
Secretaría Adjunta

El presente edicto se desfija hoy 5/02/2021, a las 5:00 p.m.


FANNY VARGAS HERNÁNDEZ
Secretaría Adjunta



Secretaría Adjunta de la Sala de Casación
Laboral

Corte Suprema de Justicia

CONSTANCIA DE EJECUTORIA

En la fecha 10/02/2021 y hora 5:00 p.m., queda
ejecutoriada la providencia proferida el 19 de
enero de 2021.

SECRETARIA