



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL596-2022

Radicación n.º 82770

Acta 7

Bogotá, D. C., primero (1) de marzo de dos mil veintidós (2022).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por **MARÍA LUCELLY COLORADO VILLA** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 3 de julio 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

María Lucelly Colorado Villa llamó a juicio a Colpensiones y Porvenir S. A., con el fin de que se declare nulo e ineficaz su traslado realizado el 17 de febrero de 1998 al régimen de ahorro individual con solidaridad. Como

consecuencia de ello, se ordene a Porvenir S. A. trasladar a Colpensiones la totalidad de aportes realizados, los derechos que resulten ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

Para fundamentar sus peticiones informó que labora en el ICBF desde el 14 de marzo de 1983 y que nació el 10 de abril de 1959. Narró que un representante de Colpatria S. A., hoy Porvenir S. A., la «asesoró falsamente» sobre los beneficios que obtendría si se trasladaba al régimen de ahorro individual con solidaridad, convenciéndola que obtendría una pensión de vejez anticipada y superior, con derecho a excedentes de libre disposición. Por consiguiente, suscribió el formulario de traslado el 17 de febrero de 1998.

Aseguró que la asesoría «no solo resultó insuficiente» sino también «falsa, engañosa o falaz», dado que el 5 de mayo de 2016 Porvenir S. A. le informó que el ingreso base de liquidación de su pensión correspondería a \$2.513.001, por lo que obtendría una pensión a los 62 años, en cuantía de \$689.455, cuando de no haberse trasladado la prestación ascendería a la suma de \$1.859.118.

Dijo que solicitó a Colpensiones el traslado, pero fue rechazado; y a Porvenir S. A. la invalidez e ineficacia del traslado siendo negada aduciendo que solo procedería por orden judicial que estableciera la irregularidad de la afiliación.

En los fundamentos de derecho, aludió al contenido del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, del cual destacó que la

selección de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria. Además, sostuvo que las administradoras buscaban a los afiliados para que se trasladara de RPMPD al RAIS a través de unos asesores a destajo, quienes *«por su condición de comerciales de la entidad, no brinda[ba]n la asesoría clara e inequívoca al afiliado»*.

Agregó que lo único que la indujo al cambio de régimen fue la posibilidad de mejorar su situación pensional, de ahí que si la administradora no la hubiera buscado para que modificara su régimen, si le hubiera *«explica[do] de manera clara, detallada y veraz que contaba con un derecho adquirido a la transición antes de la nueva afiliación y que el nuevo régimen, dada su situación particular la perjudicaba, de manera alguna hubiera accedido a firmar el formulario que la llevaba a renunciar al régimen de prima media»* (f.ºs 3 a 27).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos admitió el tiempo laborado ante el ICBF, la fecha de nacimiento, la situación pensional informada a la actora en el año 2016, así como las reclamaciones y las respuestas suministradas a la actora; frente a los demás dijo no ser ciertos o no constarle.

Argumentó que no está obligada a aceptar la nulidad de la afiliación porque el traslado se surtió de forma válida y, en caso de acreditarse que la demandante lo hizo sin conocer sus consecuencias legales, ya venció la oportunidad para alegarla en tanto no fue formulada dentro del término de cuatro años previsto por el artículo 1750 del Código Civil.

En su defensa propuso las excepciones de saneamiento de una presunta nulidad, validez de la afiliación al RAIS y prescripción (f.os 98 a 105).

A su turno, Porvenir S. A. se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos, únicamente admitió que la promotora del proceso, para el momento de radicación de la demanda, laboraba al servicio del ICBF, la solicitud hecha por ella y la respuesta negativa. Frente a los demás dijo no ser ciertos o tratarse de situaciones fácticas que le eran ajenas.

En su defensa informó que la demandante suscribió la vinculación a Colpatria S. A., hoy Porvenir S. A., de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría sobre todas las implicaciones de su decisión, pues firmó el formulario con la manifestación expresa de que aceptaba las condiciones establecidas en el anverso y reverso de la solicitud. Agregó que la accionante ha efectuado aportes al RAIS por más de 18 años, con lo cual ratificó su voluntad de pertenecer a dicho régimen.

Propuso las excepciones de validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento, inexistencia de la obligación, caducidad de la acción, prescripción, buena fe, innominada o genérica (f.os 131 a 146).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 26 de mayo de 2017 resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA LUCELLY COLORADO VILLA al RAIS administrado en este asunto por PORVENIR, por lo anotado en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S. A. a trasladar ante Colpensiones todos los valores que haya recibido la demandante MARÍA LUCELLY COLORADO VILLA por concepto de aportes, incluidas las sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, es decir, con los rendimientos que se hubiera causado, valores que en todo caso no podrán ser inferiores a los que la citada señora hubiera podido acumular de haber efectuado el traslado de CAJANAL al Instituto de Seguros Sociales como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: Ordenar a COLPENSIONES que realice la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, administrado por esa entidad de forma retroactiva en este caso a partir del 1 de septiembre de 1999 y que además verifique que la suma que le traslada Porvenir en razón de la orden que en este asunto se imparte sea por lo menos equivalente al valor que hubiera podido aportar la demandante de haberse realizado el traslado hacia la entidad en la fecha en mención.

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por las accionadas.

QUINTO: Condenar en costas procesales a Porvenir S. A. y a favor de la señora MARÍA LUCELLY COLORADO VILLA en un 100% de las causadas. Estas costas procesales serán liquidadas por la secretaria del despacho una vez se encuentre en firme esta decisión, tal como lo dispone el artículo 366 del Código General del Proceso. (f.ºs 261).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en sentencia del 3 de julio de 2018 al

resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y Porvenir S. A. revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, absolvió a las demandadas.

Como fundamento de su decisión, indicó lo preceptuado por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en sus literales b) y e), resaltando que la escogencia de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado; consentimiento que se manifiesta por escrito al momento del diligenciamiento de la vinculación o traslado, además, que una vez efectuada la selección, solo se puede trasladar cada 5 años, sin que sea posible hacerlo cuando le falten 10 o menos para cumplir la edad de la pensión de vejez.

Explicó que, según la sentencia CSJ SL, 18 oct. 2017, rad. 17595, independientemente de si el afiliado es beneficiario o no del régimen de transición, el acto jurídico de traslado de régimen es ineficaz cuando no media la libre escogencia. Al respecto, consideró que cuando se trate de afiliados beneficiarios del régimen de transición, el solo hecho de perder tal prerrogativa ante el cambio, constituye por sí solo un indicio de la falta de información, por lo que, en tal caso la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la administradora del fondo de pensiones, a quien le corresponde acreditar que éste estuvo precedido de la suficiente información respecto de la pérdida de dicho régimen y las consecuencias de ello.

Consideró que era diferente la situación de los afiliados al sistema que no eran beneficiarios del régimen de

transición, pues, en este evento, la parte actora tiene la carga de demostrar que la información suministrada fue equivocada o engañosa y lo llevó a optar por el régimen de ahorro individual, sin que sea suficiente la simple manifestación de sentirse perjudicado por el valor de la mesada pensional a recibir en el RAIS.

Encontró que la señora María Lucelly Colorado Villa no era beneficiaria del régimen de transición, porque al 1 de abril de 1994 tenía 34 años de edad, pues nació el 10 de abril de 1959, además, no contaba con 15 años de servicios a la fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, ya que ingresó al ICBF el 14 de marzo de 1983, por lo que para esa data llevaba tan solo 11 años, 11 meses y 16 días de labores. En consecuencia, como la demandante no era beneficiaria del régimen de transición tenía que probar que el traslado no estuvo precedido de la información suficiente para realizar el cambio y respecto de las consecuencias positivas y negativas que ello le generaba, máxime que el formulario de afiliación a la administradora del fondo de pensiones estaba suscrito y allí constaba que ello ocurrió de manera libre y espontánea.

Evidenció que, según la prueba testimonial, los trabajadores resolvieron trasladarse a los fondos privados cuando tuvieron conocimiento de la liquidación de Cajanal, además, porque el asesor del fondo privado que los visitó en las instalaciones de ICBF les informó solo los aspectos beneficiosos de estar en ese nuevo régimen, pero no les efectuó la proyección de las mesadas pensionales.

Razonó que, si bien la actora había tildado la información que le fue suministrada por Colpatria S. A., como engañosa, lo cierto era que con la prueba testimonial se demostró que fue veraz, dado que *«es totalmente acorde con la ley la posibilidad de pensionarse anticipadamente»*, y de *«devolverse los saldos en el evento de no ser posible otorgarse una pensión mínima art 66, 72 y 78 de la citada ley, o hacer parte de la masa sucesoral los aportes, ante la no existencia de beneficiarios art. 76 ibidem»*.

Por otra parte, frente a la liquidación de Cajanal dijo que fue ordenada en el año 2009, pero desde 1998 la Corte Constitucional había declarado el estado inconstitucional de esa entidad, dadas las deficiencias presentadas en relación con la resolución de las peticiones pensionales. El colegiado se preguntó ¿por qué la actora no optó por afiliarse al ISS pese a conocer de su existencia?, infiriendo que las prerrogativas o beneficios que se le ofrecieron resultaron suficientes para que se convenciera y se trasladara a la AFP demandada, así como que no le interesaba conocer los pormenores del régimen administrado por el ISS.

Expuso que lo anterior demostraba que la actora *«no fue proactiva»*, dado que *«lo mínimo que debió hacer fue comparar cuál de las dos opciones con las que contaba era la que más le beneficiaba»*, de ahí que, si los funcionarios del ISS no fueron al ICBF, *«debió acudir a obtener la correspondiente información en ese momento y no intentar corregir su pasividad 20 años después»*. Adicionalmente, se preguntó ¿por qué no buscó trasladarse al RPMPD como si lo hizo la

mayoría de sus compañeros?, lo cual calificó como un actuar incurioso de la promotora del proceso.

En lo que respecta a la inconformidad de la actora frente a la cuantía de la mesada pensional que iba a percibir en el RAIS, puntualizó que tal situación tiene una directa relación con el manejo del portafolio, por lo que constituye un riesgo que ella decidió asumir.

Señaló que, para el año de 1998, cuando la actora optó por el RAIS, su salario era un promedio de \$535.000 (f.º 46), es decir, aproximadamente 2 SMLMV de esa época; monto que difiere del devengado para el año 2016, según se refirió en el hecho 9 de la demanda y que correspondió a \$2.513.001, es decir, equivalente a 3.64 salarios mínimos; aspecto que modifica las expectativas que le fueron planteadas al momento de trasladarse frente a las actuales condiciones.

También dijo que la liquidación allegada (f.º 54) concerniente al valor de lo que percibiría como mesada pensional cuando cumpliera los 62 años de edad, por valor de \$689.455, frente a la suma que se indica en el escrito inicial como salario para el año 2015 (\$2.513.001), no evidencia que se le hubiera dado una equivocada información por parte de la administradora de fondos de pensiones Colpatria S. A., hoy Porvenir S. A., pues la cuantificación de la pensión depende de conocer con certeza los ahorros que acumularía en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, junto con el bono pensional, tal y como se

indica en el oficio del 24 de junio de 2015 expedido por «Colfondos S. A.».

Agregó que para determinar si la actora recibió de parte de la administradora de fondo de pensiones una información falaz o engañosa para lograr su traslado al RAIS, debían tenerse en cuenta las circunstancias en que se encontraba el afiliado, pues éstas pueden variar con el transcurrir de los años, según el salario, la continuidad de la relación laboral, el comportamiento del mercado y los rendimientos del dinero, por consiguiente, el asesor y la AFP:

no poseía un conocimiento cierto de lo que podía pasar en el futuro en relación con la actora y por lo tanto de las consecuencias que podía generar en uno u otro régimen favorables o desfavorables, escenario diferente podría presentarse cuando se trata de un afiliado que tiene una situación pensional consolidada o que por lo menos es beneficiario del régimen de transición, toda vez que resulta evidente que si existen derechos que pueden verse afectados por el traslado de régimen pensional.

Concluyó que no se demostraron las afirmaciones de la demandante, en el sentido de que se le haya generado «una falsa ilusión», producto de una «actuación engañosa», que diera lugar a la ineficacia del traslado de régimen, por consiguiente, fue eficaz, al ser producto de su decisión libre e informada. Admitir lo contrario, sería avalar que un afiliado que escoge uno de los dos regímenes que lo integran y permanece en él por más de 20 años, cuando ya está próximo a pensionarse, intente su traslado al no ser posible realizarlo de otra manera, dada la limitante impuesta en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que esta corporación case la sentencia de segundo grado, para que, en sede de instancia, confirme la decisión del *a quo*.

Con tal propósito formula dos cargos por la causal primera de casación, que son replicados, y que se resolverán de forma conjunta al estar estrechamente relacionados, tratarse del mismo tema y perseguir idéntico fin.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de la violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 1, 13, 48 y 53 de la Constitución Política; 1, 3, 13, 114, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 en relación con los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo, 11 y 12 del Decreto 2157 de 1945; 1511 y 1524 del Código Civil Colombiano.

Indica que se incurrió en los siguientes errores de hecho:

Dar por demostrado sin estarlo, que la señora María Lucelly Colorado Villa no fue inducida a engaño y error para trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colpatria hoy, Porvenir S.A.

Dar por demostrado sin estarlo, que la señora María Lucelly Colorado Villa, fue informada de manera eficaz para adoptar la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Dar por demostrado sin estarlo, que la señora María Lucelly Colorado Villa fue informada plenamente de las consecuencias del traslado de régimen.

Haber dado por demostrado sin estarlo, que la señora María Lucelly Colorado Villa seleccionó el régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre, voluntaria y sin presiones simplemente por haber suscrito el formulario.

Haber dado por demostrado sin estarlo, que por el simple hecho de no haber sido proactiva la recurrente en la asesoría con el Instituto de Seguros Sociales, ello legitimaba a la AFP para que brindara cualquier asesoría así no fuera eficaz.

Haber declarado que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, cuando los afiliados no son beneficiarios del régimen de transición, no es válida la sola manifestación de que la asesoría fue engañosa o equívoca, contrariando jurisprudencia de la misma Sala y con la misma ponencia.

Señala que lo anterior fue producto de la falta de valoración de las siguientes pruebas y piezas procesales:

- i) Hechos 5, 6 y 7 de la demanda; los dos primeros, dice, constituyen afirmaciones indefinidas y el tercero, negación indefinida.
- ii) Certificado de tiempo de servicios de la actora expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (folios 29 y 37 cuad. 1).

Denuncia como elementos probatorios indebidamente apreciados:

- i) Informe de situación pensional de la actora al 19 de abril de 2016 (f.ºs 54y 57 cuaderno 1).
- ii) Afirmaciones indefinidas contenidas en los numerales 12 y 13 de la demanda, respecto de la liquidación de la pensión de la recurrente.
- iii) Formulario de traslado de la actora a la AFP Colpatria visto a folio 52 del cuaderno 1.
- iv) Interrogatorio de la parte recurrente, practicado el 26 de mayo de 2017.
- v) Testimonio rendido por la señora Myriam Montoya Cuervo (f.º 260, C. 1 CD).
- vi) Testimonio rendido por el señor Héctor Fabio Valencia (f.º 260, C 1 CD, inicia minuto 50.36).
- vii) Testimonio rendido por la señora Olga Inés Botero Duque.
- viii) Sentencia del 05 de junio de 2018 de la misma Sala que conoció del presente caso, en la que se le da validez a las negaciones o afirmaciones indefinidas.

En la demostración del cargo, a través de un largo

escrito (f.ºs 19 a 72 del cuaderno de la Corte), señala, en lo fundamental, que en la sentencia se hace una discriminación injustificada no prevista en la ley frente a las negaciones o afirmaciones indefinidas, al considerar que no se invertía la carga de la prueba cuando una persona que se había trasladado de régimen no cumplía algún requisito previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pese a que el artículo 167 del CGP no hace distinción alguna.

Dice que la misma Sala en sentencia del 5 de junio de 2018 consideró, de forma diferente, dentro de un proceso en donde el demandante no era beneficiario de la transición y no allegó medio probatorio distinto a las afirmaciones y negaciones indefinidas, lo que constituye un quebranto al principio de igualdad.

Menciona la leyenda contenida en el formulario de afiliación en el sentido de que la selección del régimen fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones no deja de ser una simple nota o leyenda, lo que no tiene la virtualidad de definir que la asesoría hubiera sido oportuna, eficaz y libre.

Aduce que las afirmaciones y negaciones indefinidas contenidas en los hechos 5, 6 y 7 de la demanda no fueron desvirtuadas por la AFP demandada. Además, por estimar que tales supuestos fácticos no son afirmaciones o negaciones indefinidas, lo que desconoce el principio de la primacía de la realidad, de ahí que no pueda descalificarse tal naturaleza *«por el simple estilo o estrategia de presentación*

del abogado o de la parte».

Luego de citar el interrogatorio de parte rendido por la demandante, expresa que de sus respuestas no puede deducirse que el traslado fue eficaz y menos aducir que, como el asesor no le indicó cuál sería el monto de la pensión ello no comprometía a la administradora, máxime cuando allí respondió contundentemente que, de haber conocido la cuantía de la pensión en el RAIS no se habría trasladado.

Transcribe los testimonios rendidos dentro del proceso y manifiesta que de allí no puede extraerse que la actora hubiera recibido la información veraz, oportuna y eficaz para convencerse de trasladarse al RAIS; por el contrario, lo que señalan los deponentes es que la información fue precaria y se utilizó como estrategia el amenazar con que Cajanal se iba a acabar.

Argumenta que los certificados de tiempo de servicios e historia laboral acreditan lo expresado en los hechos 11, 12, y 13 de la demanda inicial. Luego de ello, destaca que las personas no tienen suficientes conocimientos o capacidad para conocer el sistema pensional, contrario a lo estimado por el colegiado. Agrega que, si el asesor no sabía las variables para la pensión de vejez, jamás debió expresarle a la recurrente que su pensión sería anticipada y superior.

Sostiene que la jurisprudencia ha determinado que en estos eventos no hay lugar a trasladarle la carga de la prueba a la parte demandante, por el contrario, *«ese traslado de la*

prueba opera en contra de la administradora de pensiones». Además, el deber de información abarca una ilustración suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, hasta el punto de que la AFP tendría que desanimar al interesado de la modificación de régimen pensional.

Resalta el contenido de los artículos 13 y 272 de la Ley 100 de 1993, y dice que fue inducida a error por parte del asesor de Colpatria S. A., hoy Porvenir S. A., con el único propósito de retirarla del régimen de prima media en el que se encontraba, el cual claramente le resultaba más beneficioso.

Afirma que, si la AFP le hubiera explicado de manera clara y detallada que su traslado al RAIS la perjudicaba, no habría firmado el formulario que la llevaba a renunciar al régimen de prima media. Apoya su postura en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; CSJ SL, 22 nov, 2011, rad. 33083, CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292 y CSJ SL17595-2017.

Por último, asegura que si el Tribunal hubiera estudiado en debida forma toda la prueba incorporada al proceso habría accedido a las súplicas, dado que la administradora demandada no le brindó, en debida forma y dentro de la órbita profesional, la información necesaria para adoptar la decisión de traslado.

VII. RÉPLICA

Colpensiones se opone al cargo, para lo cual dice que el juicio de valor realizado sobre las pruebas del proceso evidenció que no existió un vicio en el consentimiento o ausencia de información por parte de la AFP, en tanto la decisión de trasladarse de régimen pensional fue voluntaria. Adicionalmente, destaca que la actora jamás obtuvo la calidad de afiliada, pues antes de trasladarse al RAIS la entidad que recibía sus cotizaciones era Cajanal, de ahí que nunca aportó a Colpensiones.

Porvenir S.A. no presenta réplica.

VIII. CARGO SEGUNDO

Acusa la decisión de segundo grado de violar directamente la ley, bajo la modalidad de interpretación errónea de los artículos 13 y 272 de la Ley 100 de 1993, en relación con el artículo 167 del CGP, 60 y 61 del CPTSS, lo que condujo a la infracción directa de los artículos 13 y 53 de la Constitución, 21 y 340 del CST y 114 de la Ley 100 de 1993.

Sostiene que en la decisión de segundo grado se hizo una discriminación injustificada no prevista en la ley, al estimar que, tratándose de las negaciones o afirmaciones indefinidas, no se invierte la carga de la prueba cuando se

trata de una persona que no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Destaca que conforme al inciso quinto del artículo 167 del CGP, los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba. Entonces, si la ley es clara no le es dable al intérprete distinguir, menos tratándose de derechos laborales en los que se impone el principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Luego de aludir a los artículos 4, 13 y 53 de la Constitución, destaca que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el literal b), prevé que la selección del régimen pensional es libre y voluntaria y, por su parte, el artículo 272 de tal norma indica que el sistema no tendrá aplicación cuando menoscabe la libertad, dignidad humana o los derechos de los trabajadores.

En tal dirección, dice, no resulta lógica la discriminación que plantea la sentencia respecto de validar una negación o afirmación indefinida solo respecto de los beneficiarios del régimen de transición. Así las cosas, si los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba y, en un proceso la parte contra quien se dirige la demanda no desvirtúa el supuesto fáctico, mal podría negarle la eficacia al hecho y menos bajo la égida de que no es beneficiario de un derecho o una expectativa.

Manifiesta que la apreciación e interpretación en punto a que le correspondía probar que la información brindada por el fondo fue falaz, es errada; por el contrario, es la administradora quien debió demostrar que la asesoría fue concreta, suficiente, integral y eficaz, máxime que el artículo 167 del CGP incorporó el principio de la carga de dinámica de la prueba.

Resalta que la jurisprudencia de la Corte ha estimado que les corresponde a las administradoras de fondos de pensiones garantizar que la decisión fue informada y, por ende, autónoma y consiente, en virtud de lo cual el afiliado conozca los beneficios y los riesgos de su traslado de régimen (CSJ SL, 13 sep. 2014, rad. 46292), pues, tienen el deber de proporcionar una información completa y comprensible; responsabilidad que implica ilustrar suficientemente al interesado, dándole a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, llegando, inclusive, a tener el deber de desanimar al interesado de tomar una opción que claramente lo perjudica (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

Sostiene que los principios y obligaciones referidos no pueden predicarse de las administradoras únicamente frente a las personas que sean beneficiarias del régimen de transición, por ende, no es viable hacer distinciones no previstas en la ley y en la jurisprudencia.

Indica que, según el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, para que un trabajador o servidor público pueda trasladarse por primera vez de régimen es necesario que presente

comunicación escrita en donde conste la decisión libre, espontánea y sin presiones. Al respecto, no es posible avalar que Colpatria S. A., hoy Porvenir S. A., supla esa comunicación con un formato proforma incluyendo una leyenda con letra diminuta. En tal sentido, señala que el formato se utilizó indebidamente no solo para autorizar el traslado sino para la declaración de voluntad, utilizando estratégicamente una letra más pequeña para inducirla a firmar el traslado y que la selección de régimen fue libre, lo que es una *«inducción tendenciosa»*.

IX. RÉPLICA

Colpensiones se opone al cargo, para lo cual aduce que, si bien en la mayoría de los casos se presume la ausencia de información concreta sobre los traslados de régimen, es deber de los jueces verificar de manera puntual si en cada uno de ellos se dieron los supuestos necesarios para invalidar dicho traslado, pues, no basta con señalar que no fue instruido, sino que debe demostrar cómo fue inducido en error.

Porvenir no presenta réplica.

X. CONSIDERACIONES

Pese a que el cargo primero se dirige por la senda indirecta, no son motivo de cuestionamiento los siguientes supuestos de hecho definidos y debidamente probados: *i)* que la demandante nació el 10 de abril de 1959; *ii)* que al 1º de

12^a

abril de 1994 contaba con 34 años de edad; *iii*) que comenzó a laborar en el ICBF el 14 de marzo de 1983; *iv*) que estuvo afiliada a Cajanal (f.º 29), posteriormente, el 17 de febrero de 1998 se trasladó a Colpatria S. A. (hoy Porvenir S.A.) (f.º 52) y, luego, a Porvenir S. A. el 18 de agosto de 1999 (f.º 148).

De acuerdo con los reparos expuestos en los cargos le corresponde a la Sala definir si, teniendo en cuenta las pretensiones y hechos materia de debate entre las partes, el colegiado se equivocó al considerar que la carga de la prueba frente al suministro de la información suficiente, clara y veraz le correspondía a la demandante.

Para dar una solución al problema jurídico planteado, la Sala abordará el estudio de las diferentes pruebas denunciadas a fin de determinar un primer aspecto, como lo es el tema de la carga de la prueba en tratándose de la ineficacia del traslado del régimen pensional, y luego el deber de información.

i) Carga de la prueba en la ineficacia del traslado del régimen pensional

1. En la *demanda inaugural* la promotora del proceso solicitó la ineficacia de su traslado realizado el 17 de febrero de 1998 al RAIS. Sustentó fácticamente sus pedimentos en que un representante de Colpatria S. A., hoy Porvenir S. A., la «asesoró falsamente» sobre los beneficios que obtendría si se trasladaba, convenciéndola que lograría una pensión de vejez anticipada y superior, con derecho a excedentes de libre

disposición, lo que la llevó a suscribir el formulario de traslado.

En tal dirección, aseguró que la asesoría *«no solo resultó insuficiente»* sino también *«falsa, engañosa o falaz»*, así como que, el 5 de mayo de 2016, Porvenir S. A. le informó que obtendría una pensión a los 62 años, en cuantía de \$689.455, cuando de no haberse trasladado la prestación ascendería a una suma superior.

Como fundamento jurídico se apoyó en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, destacando que la selección de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria. Además, sostuvo que los asesores de las administradoras de fondos de pensiones *«por su condición de comerciales de la entidad, no brinda[ba]n la asesoría clara e inequívoca al afiliado»*, así como que si la AFP le hubiera *«explica[do] de manera clara, detallada y veraz»*, entre otros, que el nuevo régimen, *«dada su situación particular, la perjudicaba, de manera alguna hubiera accedido a firmar el formulario que la llevaba a renunciar al régimen de prima media»* (f.ºs 3 a 27).

A pesar de la falta de claridad de los términos en que se erigió la demanda inicial, se logra entender que la actora reprocha que, en el trámite de su traslado a Colpatria, la Administradora le suministró una información insuficiente, no fue clara, detallada y veraz para adoptar la decisión de trasladarse de administradora, hasta el punto de que considera, que, de haber tenido noticia de los perjuicios o consecuencias que su cambio de régimen le acarrearía, no

hubiera suscrito el formulario de afiliación. Por eso asegura que la información «no solo resultó insuficiente» sino, además, «falsa, engañosa o falaz».

Lo anterior evidencia que la demandante desde el escrito inicial aludió a la omisión de la administradora de pensiones Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A., en su deber de información al momento de producirse el traslado de régimen pensional, que le permitieran dar su consentimiento conociendo las consecuencias, ventajas y desventajas de su decisión.

Esta Sala ha precisado que cuando se afirma que la información fue insuficiente o deficiente, como ocurrió en este caso, se está ante una negación indefinida y en esa medida, la carga de la prueba se invierte, debiendo la Administradora demostrar el cumplimiento de ese deber.

Así lo explicó la Sala en decisión CSJ SL5686-2021, en donde dijo:

Adicionalmente, la Sala ha precisado, entre otras, en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en decisiones CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021, que a la administradora de pensiones le corresponde acreditar en juicio el cumplimiento de ese deber de información, puesto que exigirle al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que **no haber recibido información suficiente corresponde a un supuesto negativo indefinido** que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, conforme al artículo 1604 del Código Civil.

Esta inversión en la carga de la prueba tiene su razón de ser en que las relaciones entre la AFP y los afiliados están en un plano desigual, pues mientras la primera tiene una estructura corporativa, especializada, experta y profesional que les permite acentuar una posición en el mercado y el control de la operación, los segundos se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado,

sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas que muchas veces no conoce ni domina, asimetría que puede acentuarse según las condiciones económicas, sociales, educativas y culturales de los afiliados (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3871-2021). Por lo tanto, las AFP tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego, por lo que no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual. Es más, nótese que la legislación considera una práctica abusiva invertir la carga de la prueba en contra de los consumidores financieros (artículo 11, literal b) de la Ley 1328 de 2009), tal y como lo destaca la censura.

[...]

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

A raíz de ello, la jurisprudencia de la Corte ha garantizado el *derecho básico* de los trabajadores a *recibir información necesaria, objetiva y transparente durante el proceso de traslado de régimen pensional*, como una garantía mínima consagrada en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que encuentra respaldo en el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 y se armoniza con artículo el 13 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra que cualquier estipulación que afecte o desconozca los derechos mínimos «no produce efecto» (CSJ SL3871-2021), de modo que incumplida esa prerrogativa, es imperativo declarar la ineficacia del traslado.

En suma, el *ad quem* se equivocó al imponerle a la actora la carga de probar que no recibió información completa, veraz y comprensible acerca de los beneficios y consecuencias de su traslado, pues ante su negación indefinida debió trasladarle ese deber a la AFP convocada a juicio, sin exigir para ello la acreditación de una lesión en un hipotético derecho pensional. (La Sala subraya).

Así, para la Sala es claro que el Tribunal se equivocó en la apreciación de dicha pieza procesal, al pasar por alto que la pretensión esencialmente se fundó en la carencia de información suficiente por parte de la AFP al momento del traslado, pues de haber tenido la ilustración necesaria sobre todas las consecuencias que dicho acto implicaba, otra

habría sido la decisión al respecto. De esa manera no apreció que, en dicha pieza procesal, la actora aludió esencialmente a la falta de información que la hubiera persuadido de efectuar el traslado cuando dijo que la información resultó insuficiente, siendo esa la razón para afirmar que fue engañada y su consentimiento viciado, equívoco que aconteció por no haberse efectuado una adecuada valoración del contenido de la demanda inicial.

De esa manera, se aprecia que el juez de alzada no analizó en contexto todos los supuestos fácticos y jurídicos que soportaron la demanda inaugural, en donde claramente se planteaba que Colpatria S. A. se abstuvo de darle a conocer la información necesaria, suficiente, clara y veraz sobre las incidencias de su decisión.

Siendo esas las premisas que llevaron a la actora a solicitar la ineficacia de su traslado, la carga de la prueba se invertía y, por tanto, era la administradora quien debía acreditar la suficiencia en la información suministrada, no la actora.

En ese punto, importa resaltar que una interpretación integral de la 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 del 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 sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de ese deber, tal como se ha explicado (CSJ SL SL5174-2021 la Corte subraya).

En tal dirección, el colegiado se equivocó jurídicamente al estimar que a la parte demandante le correspondía demostrar que le brindaron una información equivocada o engañosa, pues, en criterio del colegiado, la inversión de la carga de la prueba únicamente ocurría cuando el interesado tenía derecho al régimen de transición pensional ya que se partía del indicio de que no tuvo la información correspondiente, cuando, conforme a lo explicado, le correspondía a la AFP acreditar que sí le suministró esa ilustración.

2. Por otro lado, si bien el Tribunal indicó que la consecuencia jurídica correspondía a la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cierto es que, con posterioridad desplegó el análisis probatorio para determinar si había existido un vicio del consentimiento, frente a lo cual debe reiterarse que, tratándose del análisis de la validez del acto del traslado de régimen, esta corporación ha indicado que tal examen debe abordarse desde la perspectiva de la ineficacia, y no desde la nulidad o inexistencia, toda vez que una de las formas de atentar contra el derecho a una afiliación libre, es omitir suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional.

De ahí que, el estudio del elemento del consentimiento en el cambio de régimen no debe fundarse en la verificación de los vicios de error, fuerza o dolo relativos a la validez del acto, sino que debe centrarse en la constatación del cumplimiento del deber de información a cargo de las AFP.

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL2208-2021 se explicó:

Esta Corporación 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. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al *status quo ante*, art. 1746 CC)¹.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto 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*».

Si esto es claro, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019). Resaltado del texto original.

En ese orden, para que el acto de traslado de régimen sea eficaz debe ser libre, por consiguiente, provenir de un consentimiento informado del interesado, de ahí que es este hecho el que ha debido constatar el fallador de segundo

grado, máxime cuando la actora – como quedó visto atrás– antepuso que la información fue insuficiente, así como que los asesores de la AFP no brindaban una asesoría clara e inequívoca al afiliado y que si se le hubiera explicado de manera clara y detallada los efectos de su decisión no se habría trasladado.

De ahí que, resultó desatinado que el juez de alzada fundamentara su sentencia en que la actora no demostró que la AFP le hubiera suministrado información «engañosa», dado que ello implicó que le exigiera probar la causal de vicio en el consentimiento, cuando, se insiste, debió centrarse en la constatación del cumplimiento del deber de información, pues la actora echó de menos la información clara, suficiente, detallada y veraz respecto de su derecho pensional.

3. Aunado a lo anterior, reafirma la existencia del yerro en que incurrió el fallador, el determinar que la carga de la prueba dentro de estos asuntos dependía de si el interesado resultaba beneficiario o no del régimen de transición pensional, conforme a las previsiones del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Ello fue equivocado en la medida que, se reitera, la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo, por ende, únicamente debe verificarse si se cumplió o no el requisito para su eficacia, obligación a cargo de los fondos privados y que está al margen de la situación pensional de cada persona.

Así lo explicó la Sala en decisión CSJ SL5686-2021, en donde dijo:

[...]

Por otra parte, ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que la carga probatoria que recae en la AFP esté condicionada a que la persona afiliada sea beneficiaria del régimen de transición o esté próxima a consolidar el derecho pensional. Lo anterior porque la ineficacia se predica frente al acto jurídico de traslado considerado en sí mismo y para ello únicamente debe verificarse si dicho requisito para su eficacia se cumplió o no (CSJ SL142-2018, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, reiteradas recientemente en CSJ 2208-2021).

Recuérdese que el análisis judicial sobre el cumplimiento del deber de información a cargo de los fondos privados está al margen, en principio, de la situación pensional de la persona, por lo que no sería coherente exigir que se acredite que el traslado causó una lesión injustificada que impidió el acceso a un derecho pensional en abstracto, a menos que el litigio se dirija justamente a acreditar un perjuicio como pretensión complementaria, sin que esto incide en la declaratoria de ineficacia de traslado.

Y es que en un estadio de afiliación activa al sistema y más aún cuando el derecho pensional aún está en formación, los jueces no pueden elucidar en abstracto sobre la conveniencia de estar o permanecer en uno u otro régimen y los perjuicios que ello eventualmente acarrearía, pues cada uno de los modelos consignan características que pueden ser convenientes tanto para el afiliado como a sus eventuales beneficiarios en determinada situación particular.

Así las cosas, es claro que el *ad quem* también erró al imponerle la carga de la prueba a la actora, sustentándose en que no ostentaba la condición de beneficiaria del régimen de transición, con lo que, además, se estableció una discriminación injustificada.

ii) Del deber de información

El Tribunal destacó que el formulario de afiliación a la administradora del fondo de pensiones estaba suscrito por la convocante y allí constaba que ello ocurrió de manera libre y

espontánea. Tal aseveración es controvertida por la parte demandante, quien asegura que la leyenda contenida en ese documento en el sentido de que la selección del régimen fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones no deja de ser una simple nota o leyenda, lo que no tiene la virtud de definir que la asesoría hubiera sido oportuna y eficaz.

Al respecto, la Sala encuentra que la simple suscripción del formulario de afiliación a Colpatria S. A. el 17 de febrero de 1998 y que en la casilla con la firma de la promotora del proceso aparezca en el formato preimpreso la leyenda «*hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones, manifiesto que he elegido al fondo de pensiones Colpatria para que administre mis aportes pensionales y solicite el traslado de los valores a que tengo derecho [...]*», no es suficiente para dar por demostrado el cumplimiento del deber de información (f.º 52).

Sobre este tema, en la decisión CSJ SL19447-2017 se explicó:

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

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

Así las cosas, la suscripción del formulario y la adhesión a una cláusula genérica no corresponde a la obligación de brindar una información veraz, suficiente y comparada sobre el cambio de régimen pensional. De ahí que, el juez de alzada también erró en la valoración de este documento.

De otro lado, conforme lo acredita el certificado emitido por el ICBF la actora presta servicios en ese instituto desde el 14 de marzo de 1983 siendo aún trabajadora activa (f.ºs 29 y ss.), además, como se vio, firmó el formulario de traslado el día 17 de febrero de 1998; sin embargo, el transcurso del tiempo para reclamar la ineficacia no tiene incidencia alguna, a diferencia de lo considerado por el Tribunal, pues ello no convalida el consentimiento que debe existir al instante en que se surte el traslado de régimen, de ahí que no podía el colegiado endilgarle a la actora un actuar incurioso, sin haber constatado si la AFP le suministró, de forma previa, la información comparada y suficiente sobre los dos regímenes pensionales y las consecuencias de trasladarse al RAIS.

En tal dirección, la ilustración sobre el estimativo del valor de la pensión de vejez en el RAIS, que aparece le fue entregado el 19 de abril de 2016 (f.ºs 56 y ss), corresponde a la información que debió dársele desde el año 1997, con la debida comparación de la mesada que le otorgarían de permanecer en el régimen de prima media, para que así pudiera considerarse que la información suministrada a la actora fuera suficiente y no falsa o engañosa como lo calificó la demandante al apreciar la diferencia en tales resultados pensionales.

Por consiguiente, mal podía estimar el colegiado que ella decidió libremente asumir el riesgo, cuando la información que se le brindó para el año 1997 resultó deficiente al no ilustrarla sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, así como la forma en que se calcularía la pensión y, por ende, de las consecuencias de la decisión adoptada. Por demás, también resultó desacertado que el juez de apelaciones indicara que la promotora del proceso debió efectuar una comparación entre los dos sistemas de pensión, cuando ello no corresponde a un deber de la afiliada sino de la AFP.

Por lo anterior, al advertirse la comisión de los yerros fácticos y jurídicos denunciados, los cargos prosperan.

Sin costas en el recurso extraordinario dada su prosperidad.

XI. SENTENCIA DE INSTANCIA

El juez de primer grado luego referir que la escogencia del régimen pensional es libre y voluntaria siendo ineficaz dicho acto cuando no existe un consentimiento informado consideró que tal consecuencia debía ser impuesta al margen de que el afiliado no sea beneficiario del régimen de transición.

Destacó que, según las declaraciones rendidas por los testigos, especialmente, Miriam Montoya Cuervo, Héctor Fabio Valencia y Mariela Restrepo Campo, en realidad faltó la información correspondiente, toda vez que -previo al traslado- les informaron que se pensionarían a cualquier edad, en cuantía mayor y que Cajanal se liquidaría. Además, sostuvo que le correspondía a la AFP demostrar que la decisión fue libre y autónoma, así como que informó al interesado lo positivo y lo negativo del cambio de régimen pensional.

Agregó que la mesada en el RAIS, según la liquidación practicada por la AFP, correspondía al salario mínimo legal mensual, cuando el ingreso base de liquidación de la demandante resultaba superior al mínimo; en consecuencia, estimó que en el RAIS se desmejoraba claramente la prestación pensional. Así, determinó que las condiciones ofrecidas por la AFP no fueron ciertas, esto es, pensionarse a cualquier edad y obtener una mesada más alta, de ahí que la actora no tenía conocimiento de la realidad de los hechos.

Consideró que, si bien la señora Colorado Villa nunca estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS, como solo existían dos regímenes, era viable ordenar la afiliación al régimen administrado por Colpensiones.

Estimó que no prosperaban las excepciones, en la medida que era posible reclamar la ineficacia del traslado en cualquier momento por estar atada al derecho pensional.

A través del recurso de apelación, Colpensiones aduce que Cajanal recibía los aportes de los servidores públicos, tal y como ocurrió con la actora, de ahí que el ISS nunca tuvo relación con ella. En tal sentido, la ineficacia generaría volver las cosas al estado en que se encontraban, esto es, regresar al régimen de Cajanal; sin embargo, dada su liquidación no es posible, por ende, la demandante debe seguir con la AFP a la cual se encuentra vinculada.

Por su parte, Porvenir S. A. explica que con la Ley 100 de 1993 se crearon dos regímenes pensionales, de ahí que, si la actora nunca cotizó al ISS no es posible ordenar que regrese al RPM. Agrega que el actuar de la demandante fue consistente con su decisión, por consiguiente, el traslado es válido.

La Sala analizará los reparos expuestos en las apelaciones y la consulta a favor de Colpensiones.

Tal y como lo indica Colpensiones en su alzada, la actora nunca ha estado afiliada al ISS. Lo anterior se

evidencia del certificado de información laboral emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el que da cuenta que desde su ingreso a dicha entidad – 14 de marzo de 1983- hasta el 31 de agosto de 1999 estuvo afiliada a Cajanal, en virtud de lo cual se efectuaron los correspondientes aportes a esa caja (f.º 29).

No obstante, tal situación no tiene la trascendencia que la apelante persigue, pues, como se verá más adelante, al advertirse la ineficacia del traslado al RAIS, el interesado tiene derecho a volver al régimen de prima media con prestación definida al que pertenecía, y ello debe hacerse a través de la única entidad que en la actualidad administra dicho régimen, esto es, Colpensiones.

De otro lado, las administradoras del régimen de pensiones desde su fundación estaban obligadas a *brindar información objetiva, comparada y transparente* a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, condiciones, acceso, riesgos, ventajas y desventajas de cada uno, así como los efectos y consecuencias del traslado.

Tales obligaciones han sido desarrolladas por el ordenamiento jurídico y catalogadas por la jurisprudencia así: primera etapa: «*deber de información*»; segunda etapa: «*deber de información, asesoría y buen consejo*» y; tercera etapa: «*deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría*».

Así, se ha entendido que en la primera etapa - aplicable al *sub lite* dado que el traslado de la actora de régimen

pensional ocurrió en febrero de 1998-, las AFP tienen el deber de suministrar la información *necesaria y transparente* (CSJ SL1688-2019).

En ese contexto, la expresión libre y voluntaria contenida en el literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben las consecuencias de su decisión, de ahí que, desde su creación *«haya correspondido a las referidas administradoras 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).

No obstante, en el proceso no obra prueba que evidencie que la AFP le hubiera brindado la información sobre los dos regímenes pensionales, así como sus ventajas y desventajas o acerca de los efectos y consecuencias que generaba el cambio.

En efecto, tal como se precisó en sede de casación, la suscripción del formulario de afiliación el 17 de febrero de 1998, en donde aparecía una leyenda preimpresa sobre la escogencia libre y voluntaria del régimen pensional, no es suficiente para dar por demostrado el cumplimiento del deber de información.

Aunado a lo anterior, tal y como lo determinó el fallador de primer grado, le correspondía a la AFP acreditar que cumplió con el deber de información, máxime que la prueba de

la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo (artículo 1604 del CC). De ahí que, *«ello no se satisface únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la persuasión certera sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993»*. (CSL SL5188-2021); sin embargo, las pruebas del proceso no evidencian el cumplimiento de tal obligación.

Por el contrario, los testigos Héctor Fabio Valencia, Miriam Montoya Cuervo y Mariela Restrepo Ocampo, compañeros de trabajo de la actora en el ICBF, son coincidentes en señalar que a las instalaciones de tal entidad fueron asesores de los fondos privados; que siempre les indicaron que en el RAIS tendrían unas condiciones más favorables que en régimen pensional administrado por el Estado, entre estos, que podrían pensionarse a cualquier edad, cuando quisieran retirarse del servicio, y con una mesada más alta que en el régimen de prima media con prestación definida, y que con el tiempo se evidenció que lo que les plantearon no correspondía con la realidad; lo anterior demuestra que la actora no recibió información suficiente, clara y completa sobre las condiciones pensionales que la regirían al trasladarse al RAIS (cd f.º 265).

Ahora, si bien la demandante se afilió posteriormente – 18 de agosto de 1999 (f.º 148) a otra administradora del régimen de ahorro individual, lo cierto es que dicha circunstancia no convalida el traslado de régimen (ver

decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en la providencia CSJ SL2877-2020). De ahí que, este hecho por sí solo no logre sanear su traslado de régimen ocurrido sin haberle brindado la información suficiente o necesaria las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales existentes.

En consecuencia, le asistió razón al *a quo* en su decisión al declarar la ineficacia del traslado al RAIS.

Ahora bien, en lo que si se advierte que se equivocó el *a quo* fue en ordenar a Colpensiones que afilie a la actora, dado que, la consecuencia de la ineficacia implica que se vuelve al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido, esto es, privar de todo efecto práctico al traslado «*bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida*» (CSJ SL1689-2017).

En tal sentido, no era viable que se ordene a Colpensiones afiliar a la actora a tal administradora, pues se entiende que ella nunca se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. De ahí que, se revocará el numeral tercero en cuanto ordenó a Colpensiones afiliarla, para en su lugar, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el de prima media con prestación definida.

Ahora, el hecho de que la entidad a la cual pertenecía la actora antes de su traslado al RAIS ya no exista no tiene incidencia alguna. Se afirma ello porque como consecuencia de la ineficacia del traslado que realizó la accionante de Cajanal al régimen de ahorro individual con solidaridad, el regreso al *statu quo* implica que la señora Colorado Villa debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, que asumió esta obligación de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011, dado que para el momento en que se trasladó al RAIS no contaba con un derecho adquirido.

En tal sentido, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colpatria S.A., hoy Porvenir S. A. junto con los rendimientos financieros y demás sumas que se ordene reintegrar. Lo anterior en tanto las *«cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida [...]»* (CSJ SL4175-2021)

Al analizar un caso de ineficacia de traslado, tratándose de una persona que estuvo afiliada a Cajanal, la Corte consideró que:

Pues bien, inicialmente debe destacarse que las Leyes 6ª de 1945 y 90 de 1946 crearon la Caja Nacional de Previsión Social –

Cajanal- y el Instituto de Seguros Sociales, respectivamente. La primera normativa propició además la creación de un centenar de cajas de previsión a nivel territorial en los distintos departamentos, intendencias y municipios del país que no tuvieran organizadas instituciones de ese tipo (artículo 23).

Ello ocasionó que el sistema pensional fuera difuso, diverso y desorganizado, aunado a la gobernanza de distintos regímenes pensionales en los sectores de trabajo. En todo caso, las reglas pensionales, en términos generales, seguían el sistema de seguro social, característico de un esquema de prestación definida en proporción a la contribución del afiliado -prima media-, por lo que podía advertirse un sistema difuso administrado por el ISS y las diversas cajas o entes de previsión social.

La Ley 100 de 1993 pretendió unificar la administración del sistema y por ello dispuso que la cobertura progresiva de las contingencias de la seguridad social se administraría, por regla general, a través de dos regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad.

Ahora, si bien el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 consagró que la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida recaía en el ISS, lo cierto es que con el fin de resguardar las expectativas pensionales de las personas vinculadas a las múltiples cajas, fondos o entidades de previsión, se les autorizó para continuar con la administración de dicho régimen *«respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley»*.

Nótese entonces que la ley reconoce expresamente que la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE administraba el régimen de prima media y por ello debe entenderse como una entidad administradora del sistema de pensiones, tal y como lo ha precisado la Sala en jurisprudencia que tiene el carácter de reiterada (CSJ SL11746-2014, CSJ SL11438-2016, CSJ SL4041-2017 y CSJ SL3191-2021). En la segunda decisión la Sala indicó:

(...) cabe aclarar que los trabajadores que continuaron inscritos en los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para el sub lite en el régimen de prima media de la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal-, por ser un hecho indiscutido que el actor se mantuvo durante la vigencia del vínculo laboral afiliado a dicha entidad, se tiene que Cajanal para efectos de la pensión sanción, debe considerarse una entidad administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En dicha perspectiva, es evidente que el Tribunal se equivocó al considerar que la accionante se había afiliado por primera vez al sistema de pensiones, pese a que de tiempo atrás estaba afiliada al régimen de prima media a través de Cajanal EICE.

Ahora, es oportuno señalar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009, que ordenó la supresión y liquidación de esa entidad de previsión social, también dispuso el traslado de sus afiliados al ISS.

Asimismo, que si bien el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, *«causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras»*, en este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -15 de junio de 1994- y migró al RAIS no tenía un *derecho consolidado*, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones pensionales (CSJ SL2208-2021).

Conforme lo anterior, el Tribunal debió tener en cuenta que en el caso en que se acreditara la ineficacia del traslado que ejerció la accionante de Cajanal al régimen de ahorro individual con solidaridad, el regreso al *statu quo* implicaría que aquella debía ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, que asumió esta obligación de acuerdo con las disposiciones de la Ley 1151 de 2007 y el Decreto Extraordinario 4121 de 2011.

Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un *derecho consolidado*, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia.

Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los

aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional. (CSJ SL4334-2021)

De ahí que, tampoco les asista la razón a Colpensiones y a Porvenir S. A., en cuanto a que la orden impartida es improcedente porque la actora nunca cotizó ante el ISS sino ante Cajanal, pues como quedó explicado, ella tiene derecho a volver al régimen de prima media con prestación definida al que pertenecía antes del traslado ineficaz, a través de la única entidad que en la actualidad administra dicho régimen, esto es, Colpensiones.

Ahora, también habrá lugar a modificar la sentencia en la medida que el *a quo* determinó como consecuencias de la ineficacia, únicamente que la AFP traslade a Colpensiones las sumas por concepto de aportes, las sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y los rendimientos, cuando es lo cierto que, la decisión de ineficacia del traslado genera además, la devolución del porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ

SL4062-2021).

Por ello, se modificará el numeral segundo de la decisión de primer grado, en el sentido indicado.

De otra parte, no operó la prescripción porque la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional no se puede afectar por el transcurso del tiempo, en la medida que la exigibilidad judicial de la seguridad social y dentro de esta, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser «justiciado» en todo tiempo, sino también el derecho a obtenerlo a su entera satisfacción (CSJ SL8544-2016 y CSJ SL1688-2019). Asimismo, dado su carácter de irrenunciable, no puede ser objeto de disposición por su titular (indisponible), ni abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable) (CSJ SL4360-2019, CSJ SL 2611-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL1467-2021 y CSJ SL1465-2021).

Con ese norte, esta corporación ha estimado que en los casos en que se aspira a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, no opera el término general trienal, por tratarse de una «pretensión meramente declarativa» y dado que los derechos que nacen de aquella forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social (CSJ SL2884-2021).

En conclusión, se revocará parcialmente el numeral tercero de la decisión de primera instancia en cuanto ordenó a Colpensiones afiliar a la actora al régimen de prima media y se modificará el numeral segundo de la decisión, conforme quedó explicado. Se confirmará en lo demás.

Las costas de primera instancia estarán a cargo de Porvenir S. A. Sin costas en la alzada y en la consulta.

XII. 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 3 de julio de 2018, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARÍA LUCELLY COLORADO VILLA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.**

Sin costas en el recurso extraordinario.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR el numeral **tercero** de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, en cuanto impuso a Colpensiones realizar la afiliación de la actora al régimen de

prima media con prestación definida, para en su lugar, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de que Porvenir S. A. debe trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. Igualmente, Porvenir S. A. deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

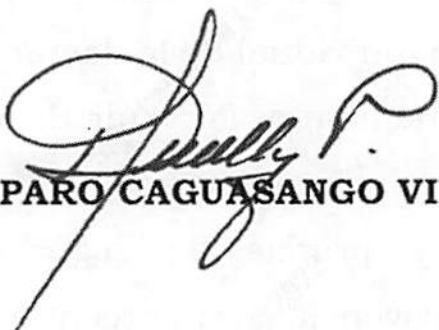
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

CUARTO: Las costas de primer grado a cargo de Porvenir S. A. Sin costas en la alzada y en la consulta.

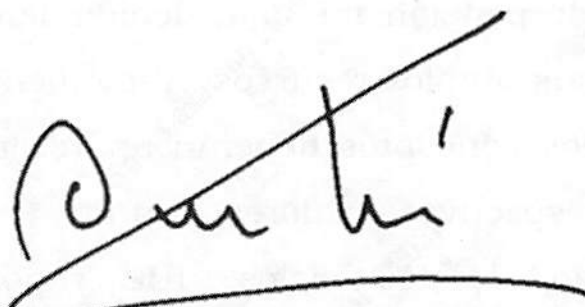
Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.



MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA



OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN