



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

**IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**

**Magistrado ponente**

**SL1108-2022**

**Radicación n.º 88009**

**Acta 9**

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veintidós (2022).

La Corte decide el recurso de casación que **MARÍA GLADIS AGUDELO GIL** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira profirió el 29 de noviembre de 2019, en el proceso ordinario que la recurrente promueve contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Se acepta el impedimento que el magistrado Fernando Castillo Cadena manifiesta; por tanto, se le declara separado del conocimiento del presente asunto.

Téngase a Servicios Legales Lawyers Ltda., representada legalmente por Yolanda Herrera Murgueitio, identificada con cédula de ciudadanía n.º 31.271.414, como

apoderada de Colpensiones en los términos y para los efectos del poder conferido.

Se reconoce personería a Jeisson Ariel Sánchez Pava, identificado con cédula de ciudadanía n.º 1.110.548.092 y tarjeta profesional n.º 314.167 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogado en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA-, de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

Se reconoce personería al abogado Juan Francisco Hernández Roa, identificado con cédula de ciudadanía n.º 8.285.008 y tarjeta profesional n.º 35.277 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado sustituto de Porvenir S.A. en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogado en la página del Registro Nacional de Abogados –SIRNA-, de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

## **I. ANTECEDENTES**

La accionante requirió que se declare la «*ineficacia y/o nulidad*» de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colpatria Pensiones y Cesantías S.A. En consecuencia, solicitó que se ordene a Porvenir S.A. a remitir a Colpensiones los saldos, cotizaciones, frutos e intereses, junto con «*la diferencia entre el valor de lo trasladado por la*

*AFP y lo que hubiere cotizado de haber permanecido en (...) Colpensiones» y, a esta última, que acepte el traslado «manteniendo los efectos del régimen de transición (...), si lo tuviere» y las costas procesales.*

Como fundamento de sus pretensiones, relató que el 28 de abril de 1986 se vinculó al régimen de prima media con prestación definida, entonces administrado por el ISS; que el 24 de febrero de 2000 suscribió el formulario de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colpatria Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., y que la persona que la asesoró no le brindó información plena, cierta, seria y oportuna ni efectuó las proyecciones sobre su expectativa pensional en ambos regímenes, lo que la condujo al error de afiliarse al fondo privado.

Indicó que solicitó a Porvenir S.A. una proyección pensional y que mediante oficio de 5 de mayo de 2015 se le informó que al cumplir 57 años de edad contaría con el capital suficiente para acceder a la prestación por un valor mensual de «\$1.002.000», y que a los 60 años sería de «\$1.290.900».

Refirió que el 20 de junio de 2016 y el 23 del mismo mes y año requirió a la AFP Porvenir S.A. que la trasladara a Colpensiones; no obstante, a través de oficio radicado el 18 de julio siguiente, la entidad no accedió a lo pretendido; que el 23 de junio de igual anualidad diligenció formulario de afiliación a Colpensiones; sin embargo, que mediante comunicación del 23 de junio de 2016, esta le negó el

traslado con fundamento en que le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional.

Por último, manifestó que de haber permanecido en el régimen de prima media con prestación definida el valor de su mesada pensional sería de «\$2.211.037» (f.º 2 a 15).

Al contestar el escrito inaugural, Colpensiones se opuso a las pretensiones. En cuanto a los supuestos fácticos en que se basa, aceptó la fecha de afiliación de la actora al régimen de prima media con prestación definida, el traslado al régimen privado en la data que aquella indicó, la solicitud de autorización de traslado y su respuesta negativa; respecto a los demás, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y prescripción (f.º 82 a 86).

Al contestar la demanda, Porvenir S.A. se resistió a las peticiones de las mismas. En cuanto a los hechos en que se fundamenta, admitió que la actora se trasladó y está afiliada a dicha entidad, que en 2015 realizó una proyección de la hipotética mesada pensional, que la demandante solicitó su traslado de régimen y su respuesta negativa; los demás los negó.

Como medios exceptivos, formuló los que denominó validez de la afiliación a porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento, saneamiento de la supuesta nulidad

relativa, prescripción, buena fe y la «innominada o genérica» (f.º 103 a 117).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo de 5 de septiembre de 2018, la Jueza Tercera Laboral del Circuito de Pereira decidió (f.º 196):

*PRIMERO: Declarar que la entidad Colpatria como administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no suministró información clara, transparente y correspondiente a la señora MARÍA GLADIS AGUDELO GIL sobre el traslado del régimen pensional.*

*SEGUNDO: Declarar en consecuencia que es completamente ineficaz la decisión adoptada por la señora MARÍA GLADIS AGUDELO GIL el 24/02/2000 cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida.*

*TERCERO: Ordenarle a la entidad PORVENIR S.A., que proceda entonces a autorizar la devolución de la señora MARÍA GLADIS AGUDELO GIL al régimen de prima media con prestación definida, con la consecuente carga de remitir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES el histórico de las cotizaciones que se efectuaron desde el año 2000 y hasta el momento en que se haga dicha devolución incluyendo por supuesto cada ciclo cotizado y el valor que aparezca en la cuenta individual de la señora MARÍA GLADIS AGUDELO GIL.*

*CUARTO: ordenarle a (...) COLPENSIONES que proceda entonces a aperturar la inscripción de la señora MARÍA GLADIS AGUDELO GIL como su nueva afiliada y en consecuencia incorpore toda la información relacionada con las cotizaciones que le entregue PORVENIR S.A. respecto de la afiliada a su historia laboral.*

*QUINTO: Declarar no probadas las excepciones contenidas en las contestaciones de la demanda presentadas por PORVENIR S.A. y (...) COLPENSIONES (...).*

*SEXTO: Condenar en costas procesales a la entidad PORVENIR S.A. y a favor de la demandante (...).*

*SÉPTIMO: Abstenernos de condenar en costas procesales a (...) COLPENSIONES frente a la demandante.*

### III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de Porvenir S.A. y en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, mediante sentencia de 29 de noviembre de 2019, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira revocó el fallo de primer grado; en su lugar, absolvió a las demandadas y condenó a la accionante al pago de las costas en ambas instancias (f.º 17).

Para los fines que interesan al recurso extraordinario, el *ad quem* señaló que los problemas jurídicos a resolver consistían en determinar: (i) sí el traslado entre regímenes pensionales producto de la omisión o error en la información brindada por la AFP permite acudir a la acción de ineficacia contemplada en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, y (ii) en caso negativo, cuál es la «opción» que puede promover el afiliado contra la AFP cuando alega la ocurrencia de un daño y, consecuentemente, la materialización de un perjuicio, debido a error u omisión en la información dada por el promotor de dicho ente de seguridad social.

En esa dirección, el Tribunal afirmó inicialmente que se apartaba de la jurisprudencia de esta Sala atinente a la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, por cuanto, un análisis detallado de la «normativa invocada», de la Ley 100 de 1993 y de su Decreto Reglamentario 720 de 1994, le permitía concluir que cuando un afiliado a una AFP acusa a esta de maniobras engañosas, defraudadoras, omisivas o erróneas en el ofrecimiento de información que

conlleve el traslado de régimen pensional, la acción procedente es la de «*resarcimiento de perjuicios*» y no la de «*ineficacia*», en tanto esta última «*de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la administradora del fondo de pensiones como el supuesto de hecho que debe probarse para dejar ineficaz un negocio jurídico con fundamento en el literal B del artículo 12 y 271 de la Ley 100 de 1993*».

Explicó que según el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, los únicos que pueden coartar el derecho a la libre elección de régimen pensional son los empleadores o cualquier otra persona natural o jurídica con una posición dominante sobre el trabajador y sus actos y, por tanto, con la capacidad de sustituir su voluntad. Y afirmó que en las normas invocadas el supuesto de hecho exige un sujeto calificado, y que ese sujeto «*desconozca, impida o atente contra el derecho libre y voluntario del trabajador de elegir el régimen pensional*»; actos que, a su juicio, no puede ejecutar el promotor de la administradora, porque él representa la otra parte contractual con quien se suscribe el acuerdo de voluntades.

Destacó que en los términos del artículo 31 del Código General del Proceso no es posible hacer analogías de normas prohibitivas ni tampoco realizar un «*símil*» para establecer una sanción no prevista por el legislador, como lo es la derivada de la falta de información. Asimismo, indicó que las AFP son el nuevo actor de la Ley 100 de 1993; de ahí que si el legislador hubiera querido regular su comportamiento en ese sentido, pudo incluirla expresamente como generadora

de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, como sí lo hizo con el empleador.

Por otra parte, adujo que la coexistencia del régimen de ahorro individual con solidaridad y el de prima con prestación definida se estructura bajo el principio de libre competencia; por tanto, ambos brindan distintos tipos de ventajas a sus afiliados, sin que eso implique que uno sea mejor que el otro, pues ello imposibilitaría la subsistencia de alguno. En ese contexto, afirmó que no es válido que después de mucho tiempo de realizar aportes, un afiliado a un fondo privado alegue la ineficacia de su afiliación por estar inconforme con la mesada pensional que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pero no con los restantes beneficios de dicho régimen.

Así, afirmó que para estos casos el legislador contempló una acción diferente a la de la ineficacia del traslado, consistente en el resarcimiento de perjuicios descrito en el artículo 10.º del Decreto 720 de 1994, y que no puede olvidarse el principio de interpretación del ordenamiento jurídico *«que exige la aplicación de la norma especial sobre la simple general»*.

Refirió que esta Corporación *«ha descargado en Colpensiones, sujeto ajeno del deber de información para la época de los traslados entre regímenes, los efectos patrimoniales de las ineficacias de los mismos con lo cual transgrede tanto la cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial, artículo 90 de la Constitución Nacional, como el*



*régimen resarcitorio de perjuicios contemplados en el Código Civil», porque las órdenes judiciales tendientes a trasladar los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros y gastos de administración, resultan insuficientes para cubrir el perjuicio que debe asumir Colpensiones para sufragar las pensiones de personas que no contribuyeron, por lo menos, durante los últimos 10 años, al fondo común que compone el régimen de prima media.*

Adujo que como Colpensiones no participó en la información otorgada al trabajador, no tendría por qué resarcirlo, pues las obligaciones nacen del concurso real de voluntades, de los contratos o del daño inferido a otro.

Y al analizar en concreto este asunto, expuso que no era procedente declarar la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales. Al respecto, señaló:

*[...] María Gladys Agudelo Gil pretende la ineficacia del acto jurídico del traslado de la afiliación realizada en el régimen de ahorro individual con solidaridad del que da cuenta el formulario suscrito el 24 de febrero de 2000 ante Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir (fl. 18), por lo que señala a la AFP y no a su empleador u otra persona afín a tal calidad como sujeto que le hizo incurrir en error o engaño para efectos de obtener dicho traslado y del que adujo derivar un perjuicio, en tanto que en el RAIS obtendría una pensión de \$1.000.002 cuando en el régimen de prima media sería \$2.211.037.*

*Basta la anterior descripción para echar atrás las pretensiones de la demandante, pues estos supuestos fácticos corresponden a una acción diferente a la invocada literal B del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, sin que ahora pueda esta colegiatura encauzar las pretensiones en este sentido pues ello implicaría un grave quebranto en los derechos de contradicción y defensa de los sujetos procesales, así como el principio de consonancia (artículo 66A del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social), además*

*que los jueces colegiados carecen de facultad ultra y extra petita en sus decisiones (artículo 50 ibídem).*

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

El recurso extraordinario de casación lo interpuso la demandante, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

La recurrente pretende que la Corte case la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, confirme la decisión de la *a quo*.

Con tal propósito, por la causal primera de casación formula un cargo, que fue objeto de réplica.

#### **VI. CARGO ÚNICO**

Acusa la sentencia de trasgredir por la vía directa, en la modalidad de infracción directa, *«el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (...) por aplicación indebida del artículo 10 del Decreto 720 de 1994 (...), artículo 13 literal B) de la Ley 100 de 1993 (...), 48 Constitucional, reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005, en armonía 33 de la Ley 100 de 1993, reformado por el 9º de la Ley 797 de 2003. La violación sustancial de la Ley por infracción directa del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se desarrolló a través de la VIOLACION (sic) MEDIO del artículo 29 Constitucional que regula el*

*Principio del Debido Proceso en material judicial, y es reglamentado, para el caso específico, en el artículo 281 del Código General del Proceso, bajo la garantía de la CONGRUENCIA, norma que impone que la sentencia tiene que estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda».*

Manifiesta que el *ad quem* erró al considerar que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no es aplicable a efectos de definir lo atinente a la ineficacia del traslado de régimen pensional por falta al deber de información.

Alega que el juez plural modificó las pretensiones de la demanda inicial cuando adujo que el procedimiento a seguir debía ser el de la acción de resarcimiento de perjuicios regulada en el artículo 10.º del Decreto 720 de 1994, pues durante el litigio cada una de las partes se refirió a la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Refiere que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido *«que son las pretensiones formuladas y los hechos que les sirvieron de sustento a la demanda, así como las excepciones y circunstancias fácticas presentadas en la contestación, los parámetros intangibles que construyen la relación jurídica sustancial y procesal sobre la cual debe versar el pronunciamiento judicial en todas las instancias»* y, apartarse de ello, vulnera el principio de congruencia. En apoyo transcribe apartes de la sentencia CSJ SL13277-2016.

Destaca que el artículo 281 del Código General del Proceso obliga a que la sentencia esté en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas; por tanto, afirma que el Tribunal vulneró dicha garantía procesal porque durante el trámite judicial las partes no esgrimieron fundamentos fácticos o argumentos jurídicos que tuvieran como propósito exigir el resarcimiento de perjuicios por el traslado de régimen pensional.

Alude a las sentencias CSJ SL31989-2008, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019 y refiere que la afiliación al régimen pensional debe ser libre y voluntaria, con obligación a cargo de la AFP de la debida información, so pena de la ineficacia del acto y, en ese orden, el resarcimiento de perjuicios sería una pretensión accesoria; que así se precisó en la CSJ SL1688-2019, en cuanto a que *«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, pero nunca bajo el prisma del resarcimiento de perjuicios, como pretensión principal»*. De modo que el Tribunal erró en la selección normativa aplicable al asunto y, a su vez, en la resolución del mismo, pues no existe prueba que acredite que se le brindó la pedagogía necesaria, precisa y justa para que el traslado en comento fuera libre e informado.

Señala que sobre lo debatido en el presente caso, en cuanto al criterio del Tribunal de Pereira, existe un

precedente jurisprudencial consolidado y reiterado en sentencias de tutela que identificó con los radicados 60179 de 5 de agosto de 2020, 60592 de 16 de septiembre de 2020, 60632 y 60523 ambas de 23 de septiembre de 2020 y 60746 de 30 de septiembre de 2020.

## **VII. RÉPLICA DE COLPENSIONES**

Manifiesta que el cargo adolece de vicios de técnica, pues se dirige por infracción directa y, posteriormente, reseña que lo es en la modalidad de aplicación indebida, lo cual trasgrede la dialéctica y la argumentación que exige el recurso extraordinario para su procedencia.

Respecto al asunto de fondo, aduce que el Tribunal no erró en sus consideraciones, pues ante la falta de declaratoria de ineficacia es posible analizar el reconocimiento de una indemnización si se considera que puede existir un daño, sin que ello trasgreda el principio de la congruencia, de conformidad a lo indicado en la sentencia CSJ SL373-2021, cuyos apartes transcribe.

Alega que según lo indicado en la sentencia CSJ SL1688-2019, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben ser valoradas bajo la normativa vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, por cuanto no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no

previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen pensional, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima.

Refiere que la demandante no acreditó que existieron vicios en el consentimiento que hicieron procedente declarar «*nulo o ineficaz*» el acto de afiliación y que no se vulneraron derechos superiores, pues aquella no es beneficiaria del régimen de transición.

### **VIII. RÉPLICA DE PORVENIR S.A.**

Manifiesta que conforme a la sentencia CC C-1024-2004, de acceder a lo pretendido por la recurrente, se desconocería lo previsto en los artículos 243 de la Carta Magna, 48 de la Ley 270 de 1996 y 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Afirma que Agudelo Gil se trasladó de régimen en forma libre, espontánea, sin presiones y debidamente informada sobre las consecuencias de sus actos, tal como se desprende del respectivo formulario, el cual satisfacía las exigencias contempladas en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.2.1.8 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016 y, en consecuencia, no se le vulneraron los derechos que aquella aduce.

Alega que se equivocó la recurrente al dirigir el cargo bajo la modalidad de infracción directa, en tanto lo correcto era hacerlo por la de interpretación errónea, lo que es

suficiente para desestimar el recurso extraordinario.

## **IX. CONSIDERACIONES**

No les asiste razón a las opositoras en sus reparos de orden técnico, toda vez que el planteamiento de la recurrente describe con claridad la vulneración en que, a su juicio, incurrió el Tribunal respecto a las normas enlistadas en la proposición jurídica, así como el yerro jurídico que le endilga.

Claro lo anterior, no son materia de debate los siguientes supuestos fácticos: (i) que la actora se afilió al ISS el 28 de abril de 1986, y (ii) que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colpatria Pensiones y Cesantías S.A. el 24 de febrero de 2000.

Así, corresponde a la Corte determinar si el Tribunal se equivocó al señalar que la falta al deber de información en el acto de traslado de régimen pensional no da lugar a la ineficacia del mismo, pues tal omisión habilita al afiliado únicamente para adelantar la acción de resarcimiento de perjuicios establecida en el artículo 10.º del Decreto 720 de 1994.

Sea lo primero precisar que esta Corporación ha considerado que desde la implementación del sistema integral de seguridad social, que incluyó la creación de las entidades administradoras de pensiones -AFP-, se estableció a cargo de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las

características de los dos regímenes pensionales a fin que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL1062-2021).

La Sala también ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme al avance normativo que regula el tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Entonces, de acuerdo a la fecha en la que la actora migró al régimen de ahorro individual con solidaridad –24 de febrero de 2000-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

En consecuencia, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, la APF tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar



su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Ahora, para esta Sala de la Corte, la consecuencia o respuesta del ordenamiento jurídico respecto a la transgresión del deber de información es la «ineficacia», esto es, la pérdida de todos los efectos jurídicos del acto de traslado. De modo que dicho examen debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1465-2021).

Ello, en armonía con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra expresamente que el desconocimiento del derecho a una afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, dicha norma establece 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 y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*».

En esa perspectiva, cualquier transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto, y ciertamente, una de las formas de atentar o agredir los derechos de aquellos es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Igualmente, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que «*El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca el derecho del afiliado a la libre escogencia del régimen pensional, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1.º del artículo 271 *ibidem*.*»

Así, de las normas en cita se advierte que el legislador empleó de manera genérica la expresión «cualquier persona natural o jurídica», de modo que, contrario a lo señalado por el *ad quem*, no solo los empleadores pueden coartar el derecho de los trabajadores de seleccionar el régimen pensional que estimen conveniente, pues las AFP también pueden ser sujeto activo de dicha transgresión, en tanto son las principales interesadas en captar afiliados y generar lucro por su labor de gestión de los ahorros. En ese orden, «*si la intención del legislador hubiera sido la de sancionar con la ineficacia de la afiliación únicamente la conducta impropia de los empleadores, no habría utilizado una expresión genérica como la referida o, en su defecto, se habría limitado a mencionar a los empleadores*» (CSJ SL3871-2021).

Al respecto, en sentencia CSJ SL3611-2021, esta Sala expuso:

*En efecto, la norma en cita no establece que el empleador o sus representantes son los únicos que tienen la posibilidad de violar el derecho a la libre elección de régimen pensional. Dicho precepto tiene un alcance mucho más amplio, pues quien lesiona la referida prerrogativa, puede hacerlo de «cualquier forma», es decir, a través de facultades subordinantes con el uso de presiones indebidas, o bien por parte de las AFP en el marco de una relación precontractual mediante el incumplimiento del deber de información. Es más, el*

*sujeto pasivo de la conducta lesiva tampoco se contrae al trabajador subordinado; igualmente cubija a los independientes, y en general, a los afiliados obligatorios y voluntarios al sistema de seguridad social integral.*

*Así, el Tribunal le hizo decir a la norma algo que no establece, excluyendo de su ámbito de aplicación a las administradoras de pensiones (...).*

Ahora, en el presente caso el Tribunal fundó su decisión en el artículo 10.º del Decreto Reglamentario 720 de 1994, que regula lo pertinente a la responsabilidad de los agentes comerciales; no obstante, de esta disposición en particular no pueda derivarse, como regla, la existencia de una acción única y específica para aquellos casos en los cuales el error u omisión del promotor de la AFP en la información brindada al afiliado al momento del traslado de régimen pensional le genere perjuicios (CSJ SL4803-2021).

Sobre la interpretación que del citado precepto realizó el Tribunal de Pereira, esta Corporación en sentencia CSJ SL3611-2021 indicó:

*Dicha disposición establece básicamente que las AFP deben responder por los perjuicios causados por sus agentes comerciales a los afiliados; de ahí la posibilidad para demandar el resarcimiento de los daños sufridos en el proceso de afiliación. Sin embargo, esta no es la única herramienta de defensa judicial que brinda el ordenamiento jurídico cuando la AFP omite el cumplimiento del deber de información. Por regla general, el asegurado también puede demandar la ineficacia del acto, buscar la aludida compensación o bien encausar su demanda con ambas alternativas.*

Bajo ese contexto, es claro que cuando se alega la falta al deber de información por parte de la AFP en el acto de

traslado, además de la acción de resarcimiento de perjuicios, el afiliado puede demandar la ineficacia del cambio de régimen pensional e inclusive elevar de manera conjunta tales pretensiones.

Por otra parte, en cuanto a la exclusividad de la acción indemnizatoria que plantea el Tribunal, es oportuno señalar que tal criterio podría salir avante en tratándose de *pensionados*, pues, en esos casos, ya existe una situación jurídica consolidada que no es posible revertir para restablecer la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como si el traslado de régimen no se hubiese efectuado; no obstante, al tratarse el presente caso de una «*afiliada*» la acción de ineficacia sí es procedente, sin que ello excluya la posibilidad de pretender complementariamente la indemnización de perjuicios, cuando estos se encuentren debidamente demostrados. Así se expuso en la sentencia CSJ SL3781-2021.

De modo que el Tribunal incurrió en 3 equivocaciones al señalar que: (i) la falta del deber de información para el traslado de régimen no trae como consecuencia la ineficacia del acto; (ii) solo el empleador puede vulnerar el derecho de libre escogencia en la selección del régimen pensional, comoquiera que este también se transgrede cuando las AFP incumplen la obligación de obtener un verdadero consentimiento informado por parte del afiliado, y (iii) que la única acción que debía adelantar la demandante era la reparación de perjuicios, cuando lo cierto es que además

puede promover la ineficacia del acto o perseguir ambas pretensiones conjuntamente.

Por último, debe indicarse que si bien los jueces puedan apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional, para que ello sea válido es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de identificación del precedente en la decisión y de la estructuración de una carga argumentativa suficiente y válida, toda vez *«que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella»* (CC SU-354-2017 y CSJ SL3537-2021).

Sobre este tema, en la sentencia CSJ SL440-2021 la Corte explicó:

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

*En este sentido, de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia-, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del*

*derecho (CC T-446-2013), o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015).*

De ahí que si las percepciones, convicciones o divergencias de los jueces respecto a una cuestión jurídica no se canalizó a través de válidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.

La hipótesis contemplada en el numeral (iv) de la sentencia antes citada, que sería la aplicable al caso, es decir, una divergencia hermenéutica del Tribunal en relación con los mencionados preceptos de la Ley 100 de 1993, no se configura en este caso, pues el sentido que el juez colectivo le dio a los preceptos no permiten *«un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales»*, al contrario, los restringe en desmedro de los afiliados, que verían imposibilitada la declaratoria de vinculación al régimen pensional al cual creen válidamente tener derecho.

En consecuencia, el Tribunal incurrió en los desatinos que le endilga la censura y el cargo es fundado.

Sin costas en casación.

## **X. SENTENCIA DE INSTANCIA**

Con el fin de resolver el recurso de apelación que interpuso Porvenir S.A. y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala reitera lo dicho en casación, esto es, que previo a surtir el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la AFP tenía el inexcusable deber de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada y que la consecuencia jurídica a la violación del deber de información es la ineficacia del traslado.

Además, la Corte abordará los siguientes puntos: (i) la carga de la prueba cuando se alega incumplimiento del deber de información en el acto de traslado entre regímenes pensionales, y (ii) si al momento de la afiliación de la actora al RAIS, la AFP cumplió el deber de información y, en caso negativo, determinará los efectos de la ineficacia derivada de tal omisión.

### **1. La carga de la prueba cuando se alega incumplimiento del deber de información en el acto de traslado entre regímenes pensionales**

Alega la demandada AFP Porvenir S.A. que la actora no acreditó que no se le hubiera brindado la información suficiente cuando decidió trasladarse, pues no aportó ningún

elemento material probatorio que diera cuenta de ello, más que su dicho.

Al respecto, es dable memorar que en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada, entre otras, en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a las administradoras de pensiones les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación<sup>1</sup>.

Asimismo, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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.

Por último, explicó que no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado

---

<sup>1</sup> En tal sentido, 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.



lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009).

En consecuencia, no le asiste razón a la demandada en su reparo.

## **2. ¿La AFP acreditó el cumplimiento del deber de información? Efectos de la ineficacia derivada de tal omisión**

Revisado el expediente, la Sala evidencia, a folio 18, el formulario de afiliación a la AFP privada suscrito el 24 de febrero de 2000, del que solo se advierte la fecha de su diligenciamiento y los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la administradora privada demandada cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

En efecto, esta Sala ha reiterado que la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*»

u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no *informado* (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL373-2021).

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

De la demanda tampoco es posible concluir que la AFP cumpliera con dicha obligación, en tanto en ella la accionante enfatizó que nunca recibió información útil que le permitiera conocer las consecuencias de su traslado desde el régimen de prima media al de ahorro con solidaridad, es decir, que no le explicaron las desventajas ni los beneficios de estar en uno u otro régimen.

Ahora, si bien en el interrogatorio de parte la actora aceptó que firmó el formulario de afiliación, lo cierto es que aclaró que ello obedeció a las recomendaciones que recibió por parte del asesor de la administradora de pensiones, quien le indicó que *«el seguro social tendía a desaparecer y que Colpatria era una empresa pues buena, fuerte económicamente entonces que podía atender ese asunto de las*

*pensiones*». Lo anterior en nada desdibuja o atenúa el deber de información predicable de los fondos de pensiones, quienes, se reitera, están obligados por ley a brindar las orientaciones pertinentes y suficientes a sus afiliados sobre su perspectiva pensional, sin distinciones.

Y se advierte que no se practicaron testimonios, pues en audiencia de fecha 5 de septiembre de 2018, la demandante desistió de los decretados a su favor.

Entonces, comoquiera que no hay evidencia que la AFP demandada cumpliera con el deber de información que le correspondía, el traslado de régimen pensional de la actora se torna ineficaz, tal como lo declaró la *a quo*.

En esta perspectiva, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; o dicho en otros términos, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre).

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros

previsionales, debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5655-2021).

Por tanto, habrá de adicionarse el fallo de primer grado, en el sentido de condenar a Porvenir S.A. a trasladar los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos y los conceptos reseñados a Colpensiones, entidad que a su vez deberá recibirlos. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

En cuanto a la excepción de prescripción, se reitera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo *comprobar* o *constatar* un estado de cosas - carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la *litis* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

Las demás excepciones formuladas quedan resueltas con lo explicado anteriormente.

Las costas de primer grado estarán a cargo de las demandadas; las de segunda instancia a cargo Porvenir S.A.

## **XI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira profirió el 29 de noviembre de 2019, en el proceso que **MARÍA GLADIS AGUDELO GIL** promovió contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En sede de instancia, **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral tercero de la decisión que la Jueza Tercera Laboral del Circuito de Pereira profirió el 5 de septiembre de 2018, en cuanto a 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. Asimismo, **COLPENSIONES** deberá recibir los citados conceptos que traslade y devuelva **PORVENIR S.A.**

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

**TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones que formularon las demandadas.

**CUARTO: COSTAS** como se indicó en la parte motiva.

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

  
**IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**  
Presidente de la Sala

  
*Aclaro voto*  
**GERARDO BOTERO ZULUAGA**

**FERNANDO CASTILLO CADENA**  
**(Impedido)**



**LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**



**OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR**



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

# EDICTO

La Secretaría 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:

<b>CÓDIGO ÚNICO DE IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO CUIP</b>	<b>660013105003201700478-01</b>
<b>RADICADO INTERNO:</b>	<b>88009</b>
<b>TIPO RECURSO:</b>	Extraordinario de Casación
<b>RECURRENTE:</b>	MARIA GLADIS AGUDELO GIL SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
<b>OPOSITOR:</b>	16 DE MARZO DE 2022
<b>FECHA SENTENCIA:</b>	<b>SL1108-2022</b>
<b>IDENTIFICACIÓN SENTENCIA:</b>	CASA - SIN COSTAS - CON SENTENCIA DE INSTANCIA - ACLARA VOTO DR. GERARDO BOTERO ZULUAGA - IMPEDIDO DR. FERNANDO CASTILLO CADENA
<b>DECISIÓN:</b>	<b>DR.IVAN MAURICIO LENIS GOMEZ</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE:</b>	

El presente edicto se fija en la página web institucional, a través del menú Notificaciones, en la opción Secretaría Sala de Casación Laboral, por un (1) día hábil, hoy 7/04/2022, 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 ESPERANZA VELÁSQUEZ CAMACHO**  
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 7/04/2022, a las 5:00 p.m.

**FANNY ESPERANZA VELÁSQUEZ CAMACHO**  
Secretaria





Secretaría Sala de Casación Laboral  
Corte Suprema de Justicia  
CONSTANCIA DE EJECUTORIA

En la fecha **19 de abril de 2022** y hora 5:00 p.m.,  
queda ejecutoriada la providencia proferida el **16**  
**de marzo de 2022**.

SECRETARIA \_\_\_\_\_