



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL1621-2022

Radicación n.º 87848

Acta 14

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

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **ANA ISABEL DEL SOCORRO PATIÑO HERRERA**, contra la sentencia proferida, el dos (2) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el proceso ordinario laboral que instauró contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Ana Isabel del Socorro Patiño Herrera demandó a las referidas administradoras de pensiones, para que a través de un proceso ordinario laboral, se declarara la «**NULIDAD**» del traslado efectuado a Porvenir S.A; que en consecuencia tiene

la «libertad» de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida por lo que solicita que se condene a Colpensiones a recibirla como «afiliado cotizante» y a Porvenir S.A., a «liberar[la] de sus bases de datos (...) y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida»; además que, se le imponga a ambas entidades el pago de las costas procesales y que se le conceda todo aquello a lo que tenga derecho conforme a las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pedimentos esgrimió que, nació el 4 de junio de 1961, que inició su vida laboral el 28 de abril de 1986, afiliándose al entonces Seguro Social hoy Colpensiones, entidad a la que permaneció afiliada hasta el 29 de octubre de 1995, data en la cual se trasladó a Porvenir S.A.

Afirmó que, para tomar la decisión de cambiarse de sistema pensional se le informó por parte de un asesor de Horizontes hoy Porvenir S.A., que en el RAIS podría pensionarse de forma anticipada, pero no se le indicó el capital que debía tener ahorrado para que tal situación aconteciera; que además, se le señaló que de continuar en el Seguro Social su pensión estaría en riesgo puesto que dicha entidad, así como Cajanal «estaban a punto de quebrarse»; que en el RAIS el derecho pensional podía ser heredado, pero no se le aclaró que para ello debía elegir la modalidad de retiro programado o que el fondo privado podía cambiar la modalidad de pensión por ella elegida de manera unilateral; que también se le expresó que, si cuando arribara a la edad

mínima para pensionarse no quería solicitar el reconocimiento del derecho pensional, podía reclamar la devolución del capital que tuviese acumulado para esa data; que la cuantía de la mesada pensional en el RAIS sería superior que en el régimen de prima media con prestación definida y que, no se la precisó el límite que tenía para retornar a ese sistema pensional todo lo cual la indujo a error por lo cual el consentimiento expresado en el momento de cambio de sistema pensional estuvo viciado.

Relató que, en una proyección pensional efectuada por Porvenir S.A., se le señaló que a los 57 años su mesada pensional sería de \$1.153.493 mientras que, en Colpensiones ascendería a \$1.835.751,72; que si hubiese recibido tal información para el momento en que tomó la decisión de trasladarse al RAIS *«jamás hubiese firmado formulario alguno»*.

Anotó que el 27 de septiembre de 2017, Colpensiones le indicó que su solicitud de traslado no había sido aceptada; que el 7 de septiembre de ese mismo año Porvenir S.A., en respuesta al derecho de petición por ella presentado le informó que **«no tiene soporte del mismo dado que la asesoría se brinda de manera verbal en el momento de la vinculación»**; que si bien suscribió el formulario de afiliación, no existe constancia de la *«información brindada por el asesor de la AFP (...), ni existe documento alguno que soporte tal asesoramiento»*; que para esa misma fecha contaba con un capital acumulado de \$298.350.592 (fls.3-23).

Colpensiones al dar respuesta a la demanda se opuso a todo lo pretendido en su contra, frente a los hechos aceptó como ciertos los relativos a la data de nacimiento de la actora, su traslado al RAIS en el año de 1995 y la negativa por parte de la entidad de aceptar su retorno al régimen de prima media con prestación definida, frente a las demás situaciones fáctica afirmadas en el escrito genitor dijo que no eran ciertas, no le constaban o que no hacía ningún pronunciamiento por tratarse de una relación con la otra entidad llamada a juicio. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación demandada y prescripción (fls.59-64).

Porvenir S.A., igualmente se opuso a todo lo solicitado en el escrito genitor, respecto de los hechos en él afirmados aceptó como ciertos los relativos a la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación a la entidad en el año de 1995, la respuesta dada al derecho de petición por ella presentado y la cuantía del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual para el 1 de agosto de 2017; precisó que la asesoría brindada por el asesor a la promotora del proceso, abarcó aspectos tales como:

A) El que dependiendo del capital pueda uno pensionarse anticipadamente, esto es antes de la edad mínima para la pensión de vejez; B) La posibilidad de beneficiarse de la devolución de los saldos a favor de sus herederos en caso de no existir beneficiarios para la pensión de sobrevivencia; C) La devolución del total del saldo para si en caso de no haber alcanzado a reunir el total de los requisitos legales para optar al beneficio pensional; D) o poder ser beneficiario de la pensión de vejez habiendo cotizado el mínimo de semanas requeridas aún sin haber reunido el capital suficiente para el financiamiento de la prestación de conformidad con el Art. 65 de la Ley 100 de 1994; E) Porque si el afiliado reúne el total de los requisitos para pensionarse su reconocimiento ante un fondo privado no tarda significativamente la respuesta a su reclamación;

F) La posibilidad de que sus aportes se convierten en patrimonio sucesoral en un caso dado; G) El hecho de ser el afiliado el único titular de la cuenta de ahorro individual en contraste con los Fondos Públicos cuyos ahorros hacen parte de un fondo común; H) Los rendimientos financieros que le generan sus aportes, abonados sobre el saldo de su cuenta de ahorro Individual; I) La posibilidad de seleccionar entre variadas modalidades de pensión.

Señaló que, lo anterior fue lo que condujo a la demandante a tomar la decisión de trasladarse al RAIS y además permanecer en dicho sistema pensional por algo más de 23 años, por lo que no resulta cierto que, el consentimiento expresado al momento del cambio de sistema pensional estuviese viciado por error; en relación con los demás supuestos de hechos en que se sustentaron las peticiones de la promotora del proceso la entidad indicó que se trataban de aspectos jurídicos regulados por el legislador o que no le constaban por tratarse de situaciones fácticas en las que estaba involucrado un tercero.

En su defensa alegó como excepciones de fondo la genérica, prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de la entidad, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales, además de afectación a la estabilidad financiera del sistema (fls.90-126).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Tercero Laboral del circuito de Pereira resolvió:

PRIMERO: Declarar completamente eficaz el traslado que se realizó por cuenta de la [demandante] el día 10/10/1995 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en aquel entonces por HORIZONTE actualmente PORVENIR S.A. como se dijo precedentemente.

SEGUNDO: Negar en consecuencia de la anterior declaración, todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda propuesta por la señora PATIÑO HERRERA frente a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

TERCERO: Declarar probadas las excepciones de mérito propuestas tanto por la entidad PORVENIR S.A. y que denominó INEXISTENCIA DE LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN E INEXISTENCIA DE LA CAUSA POR INEXISTENCIA DE LA OPORTUNIDAD y por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA según lo explicado anteriormente.

CUARTO: Condenar en costas procesales a la parte demandante y a favor de la parte demandada.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al resolver el recurso de apelación propuesto por la demandante, mediante fallo dictado el dos (2) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), confirmó la sentencia dictada en primer grado y le impuso las costas de esa instancia.

En lo que interesa para el recurso extraordinario de casación el Tribunal estableció como problema jurídico a resolver el de determinar si «*el traslado entre regímenes pensionales producto de una omisión o el orden de la*

información brindada por un promotor de una AFP permite acudir a la acción de ineficacia contemplada en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en caso de respuesta negativa, que otra acción podría incoar el afiliado contra una AFP cuando denuncia la ocurrencia de un daño y en consecuencia el acaecimiento de un perjuicio con ocasión a un error u omisión en la información dada por el promotor de la AFP».

Para resolver el cuestionamiento planteado memoró que, por regla general los jueces debían acatar los lineamientos jurisprudenciales desarrollados por esta Sala de la Corte para dar solución a los conflictos ante ellos planteados, pero que existía la posibilidad de que el funcionario judicial se apartara de los mismos siempre y cuando esgrimiera las razones de tal determinación.

Bajo el anterior contexto, trajo a colación la tesis elaborada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia acerca de la ineficacia del traslado advirtiendo que, se apartaba de la misma pues consideraba que cuando un afiliado afirmaba haber sido engañado por el fondo privado para que tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional, debía promover una acción de resarcimiento de perjuicios y no alegar la ineficacia de la afiliación puesto que, esta no contempla «*la omisión o error de información por parte de la administradora de fondos de pensiones como el supuesto de hecho que debe probarse para dejar ineficaz el negocio jurídico con fundamento en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100, pues allí únicamente se contempló al empleador o a cualquier otra*

persona afín a dicha calidad como la única persona que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador »; de manera que, de conformidad con las normas antes señaladas y en armonía con el artículo 167 del CGP, es al promotor del proceso a quien le corresponde probar sus afirmaciones; que « el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho, refiriéndose a la selección de régimen libre y voluntaria en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones (...)», las que se encuentra en el artículo 271 la Ley 100 de 1993, y que se aplican al « *empleador, y en general a cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor (...)*», por lo que una vez se acredite ese supuesto de hecho «*la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y voluntaria por parte del trabajador, es decir dará lugar a la acción de ineficacia*».

En ese sentido el Tribunal consideró que el hecho generador de la ineficacia debe provenir de un «*sujeto calificado*» como lo es «*el empleador o “cualquier persona afín con esa denominación” es decir de alguien que puede usurpar la voluntad del trabajador por tener una posición subordinante frente a este o director de sus actos* », sin que pueda hacerse una extensión analógica de tal condición por prohibición del artículo 31 del CC; que de haber querido incluir en tal situación fáctica a los fondos privados de pensiones el legislador hubiese hecho mención expresa a estos, tal y como lo hizo respecto del empleador, sin que pueda alegarse una

omisión legislativa absoluta o relativa puesto que «*las sanciones no pueden aplicarse a otros sujetos por analogía*».

Aseguró además que, para que se produzca la ineficacia del traslado se requiere que el consentimiento no provenga del afiliado, lo que no puede ser generado por un fondo privado «en tanto que:

ella busca una afiliación al sistema de seguridad social integral y para ello expone las características, beneficios y riesgos del sistema de ahorro individual, por lo que solo una persona con la posibilidad de direccionar los actos del trabajador podrá desconocer, inferir o atentar contra el derecho de este, es decir su empleador, en otras palabras solo se realizan tales conductas cuando una persona ajena al trabajador sustituye su voluntad e invoca la suya al escoger el régimen lo que el promotor de la administradora de pensiones no puede dar pues él representa la otra parte contractual (...).

Reseñó que fue la propia Ley 100 de 1993, la que creó los dos sistemas pensionales, por lo que no puede afirmarse que uno es mejor que el otro, si no que reportan beneficios diferentes los cuales deben ser garantizados por las administradoras de pensiones, así para los afiliados del RAIS se debe resguardar la capitalización del ahorro o el acceso a una garantía de pensión mínima con 1150 semanas o para los que pertenecen al sistema administrado por Colpensiones una prestación definida al completar 1300 semanas.

Manifiesta que, la posición de esa Corporación no deja desprotegidos a los afiliados que tiempo después consideraron que el fondo privado no les brindó una información adecuada para tomar su decisión de trasladarse pues para ello el legislador previó el resarcimiento de perjuicios previsto en el «*artículo 10 del Decreto 720 de 1994*», norma especial que debe

primar sobre la general y según la cual para su procedencia se requiere:

a) *ocurrencia de un error u omisión en la información otorgada al trabajador para que este pueda elegir el régimen de pensión que prefiere.*

b) *que el error u omisión provengan del promotor de la administradora de fondos de pensiones que bien puede ser o no su empleado.*

c) *que se cause daño.*

d) *que ese daño cause un perjuicio en el afiliado atendiendo este como la diferencia en el valor de la mesada que recibirá en el RAIS frente al régimen de prima media, el tiempo que le constará acceder al derecho pensional o no recibirlo entre otros perjuicios.*

Agregó además que, tener como responsable patrimonial a Colpensiones de los efectos de la declaratoria de una ineficacia de traslado suponía la trasgresión de la « *cláusula de responsabilidad patrimonial*» prevista en el artículo 90 de la CN, como el régimen resarcitorio de perjuicios previsto en el Código Civil, ello teniendo en cuenta que las restituciones que tienen que hacer los fondos privados a Colpensiones « *no resultan suficientes para sufragar las pensiones de personas que no contribuyeron durante los últimos 10 años al fondo común que conforma el régimen de prima media*», que además conforme al ordenamiento jurídico solo está obligado a reparar un daño aquel que lo haya causado, motivo por el cual si Colpensiones no participó en la asesoría brindada al afiliado para que se trasladara de sistema pensional « *no tendrá que resarcir*».

Insistió en que, si lo alegado en la demanda es la omisión de información por parte del promotor de la AFP al momento en que el afiliado tomó la decisión de trasladarse del régimen

pensional lo que tuvo como consecuencia un detrimento en el valor de la mesada de la pensión de vejez, la acción a ejercer no es la de ineficacia del traslado sino la de resarcimiento de perjuicios, sin que ello permita «*la nueva elección de régimen pensional o retornar al anterior*», pues ello es la consecuencia de la declaratoria de ineficacia y que «*por el principio de legalidad no puede extenderse hasta estos supuestos facticos*», de manera que si lo ejercido con el escrito genitor es la acción de ineficacia la misma esta llamada «*al fracaso*», lo que ocurre el presente asunto ya que lo pretendido por la demandante es la nulidad del traslado al RAIS arguyendo para ello la omisión información por parte del fondo privado y, no la afectación de su derecho a la libre escogencia del régimen pensional por parte del empleador.

En ese sentido esgrimió el Tribunal que, la accionante ejerció una acción equivocada lo cual no podía ser corregido en esa instancia porque ello implicaría la vulneración del derecho de defensa y contradicción de las convocadas a juicio, además del principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS y, por cuanto «*los jueces colegiados carecen de las facultades ultra y extra petita*» (Cd., fl.9 cuaderno de segunda instancia).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente, que la Corte case totalmente la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque la de primer grado y acceda a las pretensiones de la demanda.

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

VI. CARGO ÚNICO

Acusa al Tribunal de *«trasgredir la ley sustancial por la vía directa, en la modalidad de infracción directa del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, literal B) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, aplicación indebida de los artículos 63, 1502, 1508, 1603, 1604 del Código Civil, interpretación errónea de los artículos 1º, 2º, 3º, 11, 12 y 13 del Decreto 656 de 1994, Decreto 663 de 1993»*.

Para sustentar la acusación transcribe el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y un fragmento de la sentencia CSJ SL12136-2014, para manifestar que para que la afiliación sea libre y voluntaria resulta necesario que la información suministrada sea *«completa, veraz y oportuna y si no se llegasen a reunir estas condiciones, entonces las consecuencias son la imposición de una multa y la ineficacia de la afiliación»*; que tal requisito no se tiene por satisfecho con el diligenciamiento y suscripción del formulario de afiliación; que el Tribunal erró cuando no indagó si la AFP efectivamente cumplió con su deber información, lo que conforme a la

jurisprudencia desarrollada por esta Sala de la Corte debe ser acreditado por el fondo.

Alega que, el deber de información no se tiene por satisfecho con *«la simple elaboración o procesamiento de datos a los que se aplica fórmulas matemáticas previamente definidas por un programa de computación o software, sino en una verdadera asesoría que permita al potencial afiliado tener un contexto claro sobre las condiciones y las diferencias de abandonar el régimen de prima media para trasladarse al ahorro individual»*.

Trae a colación el artículo 63 del CC acerca de la culpa leve, así como los preceptos 1502 de ese mismo estatuto normativo sobre las condiciones para que una persona se obligue válidamente, el 1508 atinente al error como vicio del consentimiento, el 1603 relativo a la ejecución de los contratos de buena fe y el 1604 que señala la responsabilidad del deudor y su demostración, todo lo que a su juicio conduce a que quien debe probar que obró de manera diligente y cuidadosa es la AFP lo que soporta además en la providencia CSJ SL33083 de 2011.

Considera desacertado el argumento del Tribunal relativo a que, *«el resarcimiento de los perjuicios los está asumiendo Colpensiones y no la AFP»* puesto que si bien *«Desde el punto de vista estrictamente civil, la ineficacia de un acto produce efectos entre las partes que participaron en ese acto, lo que aplicado este argumento al caso de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, significa que los efectos se darían entre el afiliado y la AFP. Pero en materia de seguridad social*

en pensiones, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte que los efectos van mucho más allá e involucran otros actores (...)», considera que la tesis desarrollada por el Tribunal « *pone a los afiliados en una situación muy difícil, pues se les deniegan unas pretensiones que tenían vocación de prosperidad por quedar en evidencia la insuficiente y/o deficiente información que recibió en su momento de la AFP, pero además se insinúa que tendrá que impetrar una nueva demanda por indemnización de perjuicios, la cual tendría que posponerse para la fecha en que cumpla los requisitos para pensionarse según lo ordenado en el régimen de prima media, pues solo hasta ese momento concretaría los perjuicios*» olvidando dicho juzgador que la acción de ineficacia se puede proponer en cualquier momento.

Expresa que, una vez se acredita la insuficiencia y deficiencia en la información suministrada al momento de traslado, la consecuencia es la ineficacia de ese acto jurídico; que «*La razón fundamental para que el Tribunal Superior de Pereira, Sala Laboral, descartara la acción de ineficacia del traslado de régimen de la señora ANA ISABEL DEL SOCORRO PATIÑO HERRERA, es que el literal b) del artículo 13 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no incluyó en su redacción a las AFP, y si tal argumento no es cierto, toda la fundamentación de la sentencia se viene abajo, y como consecuencia de ello, no solo tienen vigencia los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sino que además resulta obligatorio para “constituir doctrina probable” » por lo que finaliza alegando que:*

(...) sí lo que pretende la sala mayoritaria es que las AFPs respondan por la totalidad de los perjuicios causados por la deficiente e insuficiente información a los demandantes, a efectos de que las consecuencias de la ineficacia de los traslados no afecten el sistema de prima media, la solución no puede ser la denegación de las pretensiones sino la adecuación de la condena en contra de la AFP con el fin de que asuma todos los perjuicios causados.

VII. RÉPLICA DE PORVENIR S.A.

Memora los planteamientos del Tribunal, para luego hacer referencia a la figura jurídica de la carga dinámica respecto a la cual recuerda que *«la Corte Suprema de Justicia ha considerado que tal disposición solo estableció la posibilidad de que el juez asignara deberes probatorios a una de las partes, más no modificó la carga de la prueba. Es decir, que quien afirma un hecho debe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*, en ese sentido manifiesta que imponerle la obligación al fondo privado de demostrar que la información suministrada al afiliado al momento del traslado le permitió tomar una decisión debidamente informada es darle un alcance equivocado al artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y, también imponer cargas que sólo surgieron hasta el año 2014, cuando surgió el deber de doble asesoría y de información debidamente registrada, por lo que a su juicio si la demandante afirmó que el fondo privado no le brindó una debida información *«está en la obligación de probar su dicho [pues] no es posible limitarse a decir que es la contraparte, esto es, la demandada, la que debe probar lo contrario (...)»* y que un entendimiento diferente constituiría una interpretación errónea de la ley *«y agregarle cosas que no se dicen en ese artículo»*.

Se duele de que, la demandante solo hasta el 2017 *«se dio cuenta que no se le brindó la información correcta»*; que además, la ley vigente para la época del traslado de sistema pensional no exigía que la información suministrada al afiliado constara por escrito, que se hicieran proyecciones, cuadros comparativos; que además el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señala que el afiliado dejará constancia de su decisión de cambiarse de sistema con la suscripción del formulario; que además la diferencia entre la cuantía de la mesada pensional entre uno y otro régimen constituiría un error sobre un punto de derecho, lo que no vicia el consentimiento; que lo alegado por la promotora del proceso podría entenderse como una nulidad relativa, la que está sujeta a un término de prescripción de 4 años.

VIII. RÉPLICA DE COLPENSIONES

Señala que, el cargo debe ser desestimado por cuanto la parte recurrente no señaló *«cómo se configuró el error protuberante que permita derrumbar la presunción de acierto y legalidad de la que goza la sentencia. Asemejando el ataque a un alegato de instancia y no a un recurso extraordinario de casación»*.

En cuanto al fondo del ataque señala que, conforme a las pruebas obrantes en el proceso, especialmente del formulario de afiliación es posible inferir que la demandante los suscribió *«sin ninguna clase de coacción, fuerza o engaño, al contrario, menciona que fue abarcada por los asesores de dicho fondo y decidió poner cuidado a la información que traía y así mismo,*

suscribir el mencionado formulario, posterior a la lectura que pudiera hacer de este documento» de lo que considera se deriva que, la intención de la demandante fue permanecer en el RAIS, por lo que manifiesta que sería desacertado que el juez declarara la nulidad «con la simple aseveración de ausencia de información».

Indica que, la demandante no acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento que expresó en el momento de trasladarse de régimen pensional como para que prosperara lo pretendido con el proceso; que si bien los afiliados tienen el derecho de escoger el sistema pensional de su preferencia lo cierto es que para movilizarse de uno a otro deben cumplir con las condiciones impuestas por las disposiciones normativas, las que fueron avaladas por la Corte Constitucional en sentencia CC 1021-2004.

Agrega que; no era posible que la AFP para el momento en que se configuró el traslado, hiciera una proyección de la cuantía que tendría la prestación de la actora al momento de pensionarse, debido al tiempo que le restaba para acceder al mismo y las múltiples variables a las que se está expuesto en el transcurso de la vida laboral; pero que además, tal actuar solo surgió como una obligación para los fondos para el año 2014, de manera que ese argumento «no puede ser base para la declaratoria de ineficacia».

Resalta que, el Tribunal hizo un correcto análisis acerca de la evolución del deber de información que tienen los fondos de pensiones desde su creación, encontrando que el actuar del

fondo demandado estuvo ajustado a derecho, entidad que logró demostrar que el consentimiento manifestado por la promotora del proceso estuvo libre de vicios *«por cuanto el mismo tuvo asesorías, pudo leer los formularios de afiliación y la ausencia de información se dio con base en el artículo 1509 del Código Civil»*.

Por otro lado, recuerda que lo alegado por la accionante constituiría un error de derecho, que en caso de encontrarse configurado no viciaría el consentimiento expresado, posición que sustentada en la providencia CC C-993-2006. Indica que además, la demandante tuvo la oportunidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida cuando se promulgó la Ley 797 de 2003 y, sin embargo, optó por permanecer en el RAIS; que en todo caso los afiliados también tienen el deber de *« buscar asesoría, informarse y estar seguros de las decisiones que toman respecto a la seguridad social en pensiones, pues no por actos de ignorancia o negligencia propia, se puede responsabilizar a los fondos»*, por lo que resalta que la sentencia dictada por el juez de apelaciones estuvo ajustada a derecho ya que abarcó:

todos los ítems por los cuales atacan una afiliación al RAIS, donde deja sentada la postura por la cual no debería concederse dicha nulidad o ineficacia, tanto así, que hace alusión a los dos regímenes pensionales existentes donde cada uno tiene sus ventajas y desventajas frente al otro, pues per se no es malo el RAIS, ni es lo mejor el RPM, cada uno tiene sus pro y contras, la sentencia igualmente hace alusión a las obligaciones financieras, la calidad de afiliado que tiene el actor, las diversas sentencias proferidas por el alto tribunal de esta jurisdicción (...).

Finalmente refiere que; al buscarse con el presente proceso la declaratoria de una *«nulidad relativa por error en el*

consentimiento, dicha acción tiene un término prescriptivo de 4 años, que debe ser probado por quien alega haber sufrido el engaño y no del fondo pensional».

IX. CONSIDERACIONES

El Tribunal basó su decisión fundamentalmente en que, se apartaba del precedente jurisprudencial desarrollado por esta Sala de la Corte en torno a la ineficacia del traslado puesto que, a su juicio la acción que ha debido ejercer la demandante en el presente asunto es la de resarcimiento de perjuicios prevista en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, ya que, declarar la ineficacia pretendida se requiere que quien desconozca el derecho que tiene el afiliado a elegir de forma libre y voluntaria el sistema pensional de su preferencia sea el empleador o cualquier persona natural o jurídica «*“afín con esa denominación”, es decir, de alguien que puede usurpar la voluntad del trabajador por tener una posición subordinante frente a este o director de sus actos*», sin que pueda hacerse una extensión analógica de tal condición a los fondos privados por estar prohibido por el artículo 31 del CC o alegarse la existencia de una omisión legislativa absoluta o relativa puesto que *«las sanciones no pueden aplicarse a otros sujetos por analogía».*

Bajo ese contexto el problema jurídico que debe abordar la Sala, se circunscribe en establecer si las razones esgrimidas por el Tribunal para apartarse del precedente jurisprudencial acerca de la ineficacia del traslado obedecen a) un cambio del ordenamiento jurídico; ii) la modificación de la realidad

política, social o económica y *iii)* carecer el criterio jurisprudencial de claridad, por ser impreciso o contradictorio.

En ese sentido lo primero que debe advertir la Sala es que, esta Corporación no ha desconocido la facultad que tienen los jueces de apartarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a fin de garantizar su autonomía e independencia, pero para ello, en primer lugar, el administrador de justicia debe justificar debidamente su decisión y, en segundo lugar, los argumentos esgrimidos para ese efecto deben estar sustentados en los supuestos anunciados anteriormente. Sobre dicho punto vale la pena traer a colación la sentencia CSJ SL4061-2021, en la que se sostuvo:

(...) frente al desconocimiento del precedente que endilga la casacionista, conviene resaltar que si bien la Sala es respetuosa de la autonomía y libertad de decisión con que cuentan los jueces de la República; hay que tener presente que esta Sala de Casación como órgano de cierre de la jurisdicción laboral cumple una función unificadora en la hermenéutica y aplicación de las normas, a partir de la cual se salvaguardan los principios de seguridad jurídica e igualdad, los cuales son pilares fundamentales de un Estado social de derecho. Es precisamente por tal razón, que la doctrina probable sentada por la Corte Suprema de Justicia en cualquiera de sus salas goza de fuerza vinculante y, en consecuencia, se torna obligatoria para los jueces inferiores. Esto se justifica por la función unificadora que cumplen las salas de casación, por la obligación de los jueces de garantizar la igualdad ante la ley e igualdad de trato a las personas, por el principio de confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado y por la interpretación decantada del ordenamiento jurídico que se construye continuamente al confrontarlo con la realidad social¹.

En tal sentido, aunque los jueces pueden separarse de la misma, para ello deben cumplir con una carga argumentativa que no puede ser de cualquier índole sino justificada en razones

¹ CC C836-2001 y CC C621-2015

*jurídicamente relevantes y suficientes, como son: un cambio en la legislación, la transformación de la realidad social, política o económica o la falta de claridad frente al precedente aplicable, bien sea porque la jurisprudencia sobre un determinado aspecto sea contradictoria o imprecisa*².

Bajo el panorama que antecede, si bien no se desconoce que el juez de apelaciones en el presente asunto, esgrimió las razones por las cuales no acataba el precedente establecido por esta Sala de la Corte, en torno a la ineficacia del traslado, particularmente en lo que tiene que ver con la acción que debe ejercer el afiliado en este tipo de procesos cuando se alega la omisión del deber de información por parte de la AFP, lo cierto es que, ninguna de las explicaciones argüidas se enmarcan dentro de los supuestos antes descritos; de manera que, no cuentan con la relevancia jurídica para aceptar su actuar, pues lo que a la postre hizo el Tribunal fue explicar porque se encontraba en desacuerdo con los lineamientos fijados por la Sala, sin que ello constituya un motivo valedero para desconocerlos.

Así las cosas, resulta claro que el Tribunal transgredió las normas enlistadas en la proposición jurídica, al fijarles un alcance diferente al establecido por el precedente consolidado de esta Sala de Casación, el que no sobra recordar puede sintetizarse en los siguientes términos:

En primer lugar ha señalado la Sala que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el

² *ibidem*

derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).

Al efecto, entre otras, en la providencia CSJ SL3706-2021, se recordó que:

existe toda una batería normativa de carácter especial que regula la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, con lo cual, el fundamento para su declaratoria es el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo que ordena dejar sin efectos las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con la ley, los laudos, pactos, convenciones y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto, sin apelar para ello a irregularidades en los requisitos de que trata el art. 1502 del CC.

Y, en esa misma perspectiva se dijo que:

la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en avanzar al estudio sobre el elemento «consentimiento» buscando la prueba de uno de sus vicios: error, violencia y dolo, para, en su lugar, centrarse en el análisis del «deber de información y buen consejo» que compete a las Administradoras en cumplimiento de normas de orden público que regulan la materia y que se concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Así mismo tiene sentado que, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la elección de cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, para lo cual resulta necesario que la información suministrada para el momento en que el afiliado decide trasladarse sea suficiente,

transparente, cierta y oportuna, lo que implica una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que conforme lo ha establecido esta Corporación, ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones. (CSJ SL756-2022, CSJ SL950-2022, CSJ SL3349-2021).

En armonía con lo anterior la Sala, ha señalado que conforme a lo establecido en el artículo 1604 del CC, las administradoras de fondo de pensiones deben dar cuenta de que su conducta estuvo ajustada a los parámetros antes descritos, puesto que conforme a la citada preceptiva la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo; además por cuanto la entidad ante la asimetría de la información existente en el acto jurídico a celebrar, se encuentra en una posición dominante respecto del afiliado inexperto, buscándose entonces también proteger la parte débil de la relación contractual, así como los derechos que se encuentran en juego (CSJ SL1689-2019, CSJ SL4025-2021 CSJ SL4175-2021).

En ese mismo sentido se ha sostenido que, la prueba de diligencia y cuidado no se acredita con la sola circunstancia de haberse suscrito el formulario de afiliación, pues el hecho de que el afiliado hubiese firmado tal documento de manera voluntaria, lo que evidencia es que el consentimiento estuvo libre de vicios, pero no implica que el mismo haya sido

informado (CSJ SL2301-2021, CSJ SL4175-2021, SL3778-2021).

En conclusión y en los términos de la providencia CSJ SL3349-2021, existe ineficacia en la afiliación cuando:

i) La insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado que impida su acceso a la prestación, ii) La simple suscripción del formulario no es suficiente, sino el cotejo con la información dada la cual debe corresponder a la realidad y iii) Las administradoras de fondos de pensiones en los términos del artículo 1604 del CC no allegan prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados en los que conste los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional, los cuales, de no ser ciertos, tiene además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por lo anterior está acreditado que, el Tribunal incurrió en la vulneración de la ley denunciada, ya que conforme a lo dicho en precedencia, no observó, que conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en armonía con el 271 de es cuerpo normativo el efecto jurídico de la omisión del deber de información por parte del fondo privado no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, siendo ella la acción que debe ser ejercida pues lo que se busca con la misma es que la situación pensional del afiliado retorne al *statu quo*, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás.

En estas condiciones, el cargo resulta fundado, por lo que se casará la sentencia confutada.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación dada la prosperidad de este.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

Resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para darle prosperidad al recurso de apelación propuesto por la parte demandante y, en consecuencia, revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Pereira, el quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), para en su lugar:

Declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por ANA ISABEL DEL SOCORRO PATIÑO HERRERA al régimen de ahorro individual en octubre de 1995 a través de la administradora Porvenir S.A.

Lo anterior por cuanto se reitera que, para que el traslado de régimen pensional sea válido, en este caso la administradora de pensiones Porvenir S.A., tenía el deber de brindarle a la promotora del proceso información suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna, sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como acerca de los efectos positivos y negativos que su decisión de traslado tendría sobre su derecho pensional, circunstancias que conforme al material probatorio que reposa en el expediente no se encuentran acreditadas.

En efecto, la AFP convocada a juicio, aportó como pruebas: 1. Formulario de afiliación (fl.3), 2. Cédula de ciudadanía, 3. Registro civil, 4. Historial de vinculaciones, 5. Historia laboral (fl.49), 6. Copias de publicaciones en prensa periodo de gracia 2003 y 2004 (fl.3), la totalidad del expediente administrativo y la declaración de parte.

Pues bien, de todas las pruebas relacionadas no es posible inferir que, efectivamente la demandante en octubre de 1995, cuando se trasladó de régimen pensional recibió la información en los términos descritos anteriormente, en otras palabras, dentro del expediente no obra prueba de que las administradoras de pensiones asumieran a cabalidad su obligación de información, por lo que se explica a continuación:

1. En el formulario de afiliación a la entonces AFP Horizonte Pensiones y Cesantías (fl.127), suscrito por la demandante únicamente aparecen los datos de identificación, la información del vínculo laboral que tenía en ese entonces, los beneficiarios, una leyenda que dice: *«VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACIÓN. Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la Sociedad Administradora de Fondos y Pensiones Horizonte S.A., para que administre mis aportes pensionales y que los datos suministrados en esa solicitud son verdaderos»*, situación que no tiene la

virtualidad de llevar a concluir que la administradora suministró la información de manera suficiente clara y oportuna, pero más que eso que, hubiese desplegado un ejercicio tendiente a ilustrar en la práctica a la actora de lo que su decisión representaría en su derecho pensional.

2. Lo mismo sucede con la cédula de ciudadanía y el registro civil de la accionante, pues estos corresponden a sus documentos de identificación sin que ofrezcan información alguna respecto a las condiciones del sistema pensional a elegir.

3. El historial de vinculaciones lo que refleja es el tipo de vinculación de la demandante, la fecha de solicitud y la del proceso, la AFP de destino, de origen y las datas de efectividad (fl.132).

4. La historia laboral (fl.133 y ss) evidencia que estuvo vinculada a Colpensiones desde el año de 1986, así como los aportes efectuados a dicha entidad y los realizados a Porvenir S.A.

5. En el aviso publicado por Porvenir S.A, informando a sus afiliados sobre el periodo de gracia para retornar al régimen administrado por el ISS, se hace referencia a las

normas legales que regulan ese traslado, los beneficiarios y las consecuencias de manera general.

Bajo el anterior escenario se tiene que de las probanzas referidas no es posible afirmar o determinar que efectivamente Porvenir S.A., asesoró en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia a la demandante, para que esta tuviese la información necesaria y adecuada al momento de trasladarse de régimen pensional para de esta manera poder concluir que su consentimiento estuvo debidamente informado y por tanto su decisión fue libre y voluntaria.

6. En el interrogatorio de parte de la demandante esta afirmó que, decidió trasladarse esencialmente porque los asesores de Horizonte le informaron que el Seguro Social se iba a acabar: « *mis aportes estaban en riesgo*» y además «*nos garantizaban unas buenas pensiones (...), una situación que para nosotros resultaba más ventajosa (...), la miraba como la mejor opción* »; que la asesoría brindada fue grupal; que los que no tomaron la decisión de trasladarse fue porque «*llevaban más tiempo cotizando*»; que no intentó regresarse a Colpensiones porque la idea que tenía era que los fondos privados eran la mejor opción y que le otorgarían una «*mejor pensión*»; que se le indicó que podía pensionarse antes «*del tiempo necesario*» y que también «*podía solicitar la devolución del capital*»; que «*no tenía claridad que la pensión sería de acuerdo al capital acumulado y que uno tenía que tener un monto para poderse retirar (...); ahora me vengo a enterar que*

el retiro programado o la renta vitalicia, son varios aspectos que no los sabía, ósea desconocía eso por falta de información del asesor, en ningún momento nos explicaron muy bien entre el régimen de prima media y el fondo privado cuales eran las ventajas y desventajas, nunca hubo total claridad (...); que no tuvo conocimiento que era posible retornar a Colpensiones por una «*amnistía*» que otorgó el legislador debido a la zona rural donde se encontraba ubicada la comunicación no era buena; que solo hasta hacia poco se pudo enterar de esa situación; que inicialmente no le llegaron los extractos de su cuenta de ahorro individual; que «*solo últimamente le han llegado a su correo*».

Luego entonces, no existe prueba alguna que acredite que la AFP Porvenir S.A., cumplió con su deber de información para el momento que, la demandante se trasladó de régimen pensional, lo que impide que haya existido de su parte un verdadero consentimiento en la toma de esa determinación, y que conduce a que finalmente la asesoría que se le brindó no fuera eficaz, por tanto, es evidente que no existió una decisión suficientemente informada y consciente de parte de la promotora del proceso.

En consecuencia, se concluye que, lo que procede es la declaratoria de la ineficacia del traslado del régimen pensional lo que da paso a revocar el sentido de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad, pues ese es el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y el sendero establecido por esta Sala (CSJ SL843-2022, CSJ SL755-2022, CSJ SL873-2022).

En ese mismo sentido, se Condenará a Porvenir S.A., a trasladar a COLPENSIONES además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como 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 discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Lo anterior, debido a que conforme quedo visto en el recurso extraordinario la declaratoria de ineficacia del traslado es consecuencia del incumplimiento por parte de la administradora de pensiones de su deber de información y por tanto la afectación correlativa del derecho que tiene el afiliado de escoger libre y voluntariamente el sistema pensional al que desea pertenecer, lo que conduce a entender que el acto jurídico del traslado nunca existió.

En consecuencia, se declarará que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones,

desde su primera vinculación al Seguro Social, hasta la actualidad, sin solución de continuidad.

Finalmente, en lo relativo a la excepción de prescripción, esta Sala tiene como criterio pacíficamente establecido que, la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible (CSJ SL950-2022, CSJ SL845-2022, CSJ 5595-2021).

Las demás excepciones formuladas quedan resueltas con lo explicado anteriormente.

Costas de segunda instancia no se causan. Las de la primera instancia a cargo de 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 y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el dos (2) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el proceso ordinario laboral que **ANA ISABEL DEL SOCORRO PATIÑO HERRERA** instauró contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y la

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES.**

En sede de instancia, resuelve:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Pereira, el quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación realizada por **ANA ISABEL DEL SOCORRO PATIÑO HERRERA** a la AFP Porvenir S.A., en octubre de 1995, por los motivos expuestos.

En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, conforme a las consideraciones vertidas en la presente providencia.

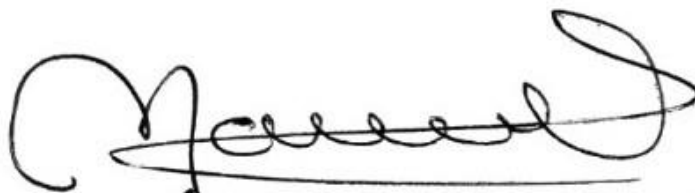
SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a **COLPENSIONES** además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración los valores utilizados en seguros previsionales, las comisiones, así como 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 discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás

información relevante que los justifiquen.

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

CUARTO: Costas como se indicó en la parte motiva de este proveído.

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



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA

Aclaro voto

Impedido

FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 87848

Acta 14

Referencia: Demanda promovida por **ANA ISABEL DEL SOCORRO PATIÑO HERRERA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub judice*, en cuanto dispuso casar el fallo absolutorio de segundo nivel, no comparto el hecho de que la Sala en sede de instancia, haya impuesto algunas condenas adicionales al fondo privado, aspecto frente al cual me permito aclarar lo siguiente:

En efecto, se observa que, en la sentencia de remplazo se dispuso que la AFP Porvenir S.A., además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante

junto con sus rendimientos también debía trasladar a Colpensiones, «*los bonos pensionales, 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. (...)*», ello a pesar de que, la promotora del proceso en su escrito inaugural, junto con la declaratoria de ineficacia únicamente requirió el retorno de sus cotizaciones, por lo que en mi prudente juicio, en virtud del principio de congruencia (art. 281 del CGP), la Sala en su actuar como Tribunal de instancia, no tenía competencia para pronunciarse sobre aquellos puntos que no fueron materia de controversia y agravar la condena en contra de la convocada a juicio.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra.



GERARDO BOTERO ZULUAGA
Magistrado