



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL869-2022

Radicación n.º 84661

Acta 9

Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de dos mil veintidós (2022).

La Corte decide el recurso de casación presentado por **GLORIA LUCÍA CARDONA GIRALDO** contra la decisión proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 15 de febrero de 2019, en el proceso ordinario laboral que adelanta contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.**

I. ANTECEDENTES

Gloria Lucía Cardona Giraldo llamó a juicio a las referidas entidades para que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional y la ineficacia de su afiliación a la AFP Protección S. A. efectuados el 10 de mayo de 1995,

por falta de cumplimiento de los requisitos legales previstos en los numerales 3 y 4 del artículo 1611 del CC y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, solicitó que hicieran las siguientes declaraciones: *i)* que su vinculación al régimen de prima media administrado por Colpensiones es válida y está vigente; *ii)* que antes de cumplir 47 años de edad no recibió «*re asesoría*» para optar por el traslado de régimen y regresar al RPM; *iii)* que en el momento en que se efectúe el reconocimiento de la pensión de vejez en RPM se debe aplicar lo dispuesto en la Ley 797 de 2003; *iv)* que tiene derecho a retornar al RPM, dado que no se le brindó asesoría y buen consejo al momento de su vinculación al RAIS y que *v)* Colpensiones es quien debe reconocer la prestación por vejez, una vez reúna los requisitos.

En virtud de lo anterior, pidió condenar a la AFP Protección S. A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados en el RAIS, así como los rendimientos sin ningún descuento por cuota de administración y se ordene a esta última entidad a reactivar su afiliación al RPM.

De manera subsidiaria solicitó condenar a la AFP Protección S. A. a pagar a la actora la diferencia mensual existente entre la mesada que le sería reconocida en el RAIS y la que le otorgaría Colpensiones en el RPM, a título de indemnización de perjuicios.

Para fundamentar estas peticiones informó que nació el 14 de enero de 1961, estuvo afiliada el régimen de prima media administrado por el ISS desde el 25 de septiembre de 1979, el 10 de mayo de 1995 se trasladó a Protección S. A., momento para el cual tenía 34 años de edad y 761,29 semanas cotizadas; y que reunió un total de 1069,43 semanas aportadas al RAIS hasta abril de 2016.

Señaló que su paso a la AFP Protección S. A. fue producto de un traslado masivo en la Compañía de Financiamiento Comercial Finevesa donde trabajaba, con ocasión de una reunión liderada por los asesores de dicha administradora, quienes la engañaron al asegurar que el ISS iba a desaparecer y quedarían en riesgo sus aportes, y la ilusionaron con un mejor futuro en materia prestacional y de seguridad social y que se pensionaría a cualquier edad; sin embargo, no cumplieron con el deber de información y buen consejo, no le explicaron el requisito de edad mínima, ni se le indicó el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual o cuál debía ser el IBC para obtener una pensión anticipada.

Agregó que el asesor de la AFP la indujo en error, porque no le suministró la información adecuada, suficiente, clara y comprensible respecto a las consecuencias legales y económicas de su traslado de régimen, tampoco sobre el derecho a regresar al régimen de prima media antes de que le faltaren 10 años para causar la pensión, no se hizo un

estudio escrito previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas del traslado, «por lo cual su consentimiento no fue informado ni documentado», y tampoco se efectuó una «re asesoría» previa al cumplimiento de los 47 años de edad, en cuanto a las consecuencias de su permanencia en el RAIS.

Manifestó que el 31 de octubre de 2014 solicitó su traslado de régimen ante Colpensiones, pero le fue negado toda vez que le faltaban menos de 10 años para cumplir los requisitos pensionales; el 5 de noviembre de 2014 presentó igual petición ante la AFP Protección, entidad que le indicó que debía adelantar el trámite ante Colpensiones. Por solicitud de la accionante, el 7 de abril de 2017 la administradora del RAIS le informó que, al cumplir 56 años de edad, el valor aproximado de su mesada pensional correspondería a \$1.169.335, y a \$1.310.790 a los 57 años. Sin embargo, aduce que, de haber permanecido en el régimen de prima media, su IBL equivaldría a \$2.478.027; esta diferencia en la prestación nunca le fue explicada.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- contestó la demanda con oposición a las pretensiones. En relación con los hechos admitió la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado de régimen pensional, la densidad de semanas cotizadas al ISS, la solicitud de retornar al RPM y la respuesta brindada por esta demandada; de los demás indicó que no le constaban.

En su defensa explicó que la vinculación de la actora a la AFP Protección S. A. fue una decisión libre, voluntaria y espontánea como quedó consignado en el formulario de afiliación, sin que sea posible que alguna de las administradoras de pensiones direcciona el consentimiento del trabajador para escoger uno u otro régimen pensional. Agregó que no es viable su retorno al RPM, pues cuando lo solicitó, 31 de octubre de 2014, le hacían falta menos de 10 años para pensionarse. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe de la demandada, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y prescripción.

La AFP Protección S. A. también dio respuesta a la demanda y se opuso a las pretensiones. En relación con los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al RPM, el traslado de régimen, las semanas cotizadas en el ISS y las aportadas en el RAIS, la solicitud de retorno al RPM y la respuesta dada, así como los valores de la mesada pensional informados a la demandante; de los demás señaló que no eran ciertos o que no le constaban.

Como argumentos de defensa indicó que la tesis del consentimiento informado y la carga probatoria asignada a las administradoras en este asunto, proceden siempre que la afiliada sea beneficiaria del régimen de transición, y la actora no lo era, por lo que le correspondía acreditar la existencia de un vicio del consentimiento en su vinculación al RAIS. Agregó que el asesor comercial de la AFP le brindó la

información veraz y seria que se requería para la época del traslado, sin que existiese el deber de cotejar las ventajas y desventajas de cada régimen, pues ello tan solo surgió a partir de la expedición de la Ley 1748 de 2014.

Indicó que la demandante fue totalmente consciente del acto de traslado y de sus consecuencias jurídicas, de ahí que en el formulario de afiliación hizo constar que su vinculación era voluntaria y libre. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, ausencia de sujeto susceptible de beneficio de transición, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de Protección S. A., inexistencia de la fuente de la obligación, de la causa y la oportunidad; ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados a la afiliada y afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, mediante sentencia proferida el 26 de abril de 2018, resolvió negar las pretensiones de la demanda, por lo que absolvió a las demandadas y condenó en costas a la parte actora.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al conocer el recurso de apelación formulado por la demandante, mediante decisión dictada el 15 de febrero de 2019, confirmó la sentencia impugnada y la condenó en costas.

Precisó que, por regla general, las decisiones del superior jerárquico, en este caso la Corte Suprema de Justicia, son de obligatorio acatamiento; sin embargo, de manera excepcional el juez puede apartarse de ellas, si expone razones suficientemente fundadas para ello. Así, aclaró que, aunque para la Corte la ineficacia del traslado de régimen pensional puede tener lugar con independencia de la pertenencia o no al régimen de transición, para la mayoría de la Sala del Tribunal sí es un presupuesto necesario que quien reclama tal ineficacia, en los términos señalados por la jurisprudencia, sea beneficiario de la prerrogativa contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Explicó que para que opere la inversión de la carga de la prueba a la que alude la jurisprudencia, en virtud de la cual, la AFP debe acreditar que suministró la información necesaria para decidir sobre el traslado, es necesario que al interesado le sea aplicable el régimen de transición; de lo contrario, será al afiliado a quien le corresponda demostrar los hechos, so pena de que no prosperen sus pretensiones. Señaló que las razones que sustentaban la «dimisión» del Tribunal frente a la tesis de la Corte eran las siguientes:

1. Los regímenes pensionales son coexistentes: los dos regímenes creados mediante la Ley 100 de 1993 tienen características diferentes, sin que *prima facie* pueda predicarse que uno es mejor o peor que el otro. El concepto de prima media con prestación definida consagrado en el artículo 31 *ibídem* permite entender que desde el principio el afiliado sabe a cuánto puede aspirar como mesada pensional, pues la prestación está previamente establecida, mientras que el concepto de ahorro individual al que se refiere el artículo 59 *ibídem* da cuenta de la «*afectación de la prestación al esfuerzo personal que haga el afiliado*».

En esa medida, resalta que la anterior tesis de la Corte en cuanto a la ineficacia del traslado para proteger el derecho a la transición se sustentaba en la diferencia entre las condiciones para obtener la pensión, menos exigentes en los regímenes anteriores que las previstas en la legislación actual; pero pierde soporte en vigencia de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que regulan dos regímenes coexistentes, diferentes y excluyentes, que no permiten calificar al uno como mejor que el otro.

2. Limitación de traslado cuando falten menos de 10 años: En la sentencia CC C1024-2004 se explicó que para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de prima media es necesario que los aportes de los afiliados estén a su disposición, de manera que se permita que la administradora haga las inversiones requeridas para obtener altas tasas de rentabilidad.

Por ende, permitir que, con la declaración de ineficacia de traslados de régimen de personas no beneficiaria de la transición, que permanecieron por muchos años en el RAIS y a última hora advierten que con los subsidios del RPM su monto pensional sería superior, y por ello pretenden retornar a él, cohonesta que se obtengan beneficios derivados de esfuerzos en los que nunca participaron. Ello pone en riesgo la garantía pensional para los actuales y futuros pensionados que si lo hicieron.

3. Realidad normativa sobre la supuesta falta de información que genera la ineficacia de traslado: indicó que el deber de brindar información suficiente y clara a los afiliados para que su traslado de régimen estuviese mediado por un consentimiento informado, no corresponde a la realidad. El Decreto 692 de 1994 fue específico en cuanto al contenido de los formularios de afiliación y de traslado, y las AFP, - que también son sujetos de derecho y se les debe respetar el principio de confianza legítima-, se limitaron a seguir las indicaciones de esta norma. Resaltó que el artículo 11 del mencionado Decreto previó que en los formularios de traslado debería incluirse una leyenda expresa, que podía ser preimpresa, en la que constara que la decisión del afiliado fue libre, espontánea y sin presiones, y a ello se atuvieron las administradoras.

Refirió que la asesoría que se echa de menos no puede ser la proyección de los montos pensionales o cálculos comparativos de las eventuales pensiones en cada régimen,

porque la obligación de elaborarlos solo se implementó a partir de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015. Además, las precisiones que pudiesen hacerse sobre los pormenores de cada régimen están en la ley, cuyo conocimiento no *«hay que repetirlo a las partes»*, pues se presume que las conocen dado que a nadie le está permitido ignorar las leyes (artículo 9 CC).

4. Diferenciación entre casos de ineficacia y de nulidad: adujo que insistir en la ineficacia del traslado en casos en que no se contaba con el beneficio de la transición, convierte en regla general la incertidumbre de la validez de un acto jurídico, pues no existiría un límite para su convalidación.

Acorde con lo expuesto, afirmó que la señora Cardona Giraldo, para el 1 de abril de 1994 tenía 33 años de edad, porque nació el 14 de enero de 1961, y reunía 711,7 semanas según la historia laboral expedida por Colpensiones; por tanto, no cumplía las exigencias del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para que le fuese aplicable el beneficio de la transición. Es ese orden, no era dable abordar el tema de la ineficacia del traslado y el estudio debía efectuarse bajo la figura de la nulidad del acto jurídico de vinculación al RAIS.

Explicó que el error puede ser de hecho o de derecho, pero que *«aquel»* no genera vicio del consentimiento. Agregó que el error se puede presentar: *i)* en la naturaleza del negocio; *ii)* acerca de la persona, *iii)* identidad de la cosa específica y *iv)* de la sustancia o calidad del objeto. En este caso, tales equivocaciones podrían consistir en que se tuviese

la convicción de que a través del formulario se realizó un acto jurídico diferente al traslado; se considere que se está trasladando a un determinado fondo queriendo hacerlo a otro, o que son otros los beneficios ofrecidos en cada uno de los regímenes pensionales. Por su parte, la fuerza y el dolo implican la presión física o moral, así como artificios para lograr que una persona se obligue.

Además, precisó que según el artículo 1750 del CC, el plazo para formular la acción de rescisión de un acto jurídico por vicios por error o dolo es de cuatro años y que al tratarse de una nulidad relativa se sana por el paso del tiempo. Adujo que, en este caso, el acto de traslado ocurrió el 10 de mayo de 1995 (folio 37) y la demandante tan solo invocó su nulidad mediante la demanda instaurada el 24 de mayo de 2017, esto es, más de 22 años después; de ahí que tal actuación adquirió firmeza y legalidad y la nulidad, por vicio del consentimiento, de haber existido, quedó saneada por el paso del tiempo.

En todo caso, afirmó que las pretensiones de la demandante no podrían prosperar, dado que no cumplió con la carga de la prueba que le incumbía, tendiente a acreditar el vicio del consentimiento. Así, refirió que la existencia de fuerza o dolo se descarta, dado que en el formulario de afiliación la accionante dejó constancia que la selección del RAIS fue libre, espontánea y sin presiones (folios 130 a 132).

En cuanto al error, indicó que, aunque en la demanda se aduce que la información fue «incompleta y falaz» la

demandante no probó que ésta hubiese sido *«fragmentada o inverosímil»* o que las explicaciones dadas por el asesor fueran contrarias a la realidad o se fundaran en falsas promesas. Lo que se probó es que su traslado realizado en 1995 estuvo precedido de la debida información, como se desprende de lo consignado en el formulario respectivo, el cual contiene la información exigida para esa época, esto es, la señalada en el Decreto 692 de 1994 (folio 37 y 131). Además, en su interrogatorio de parte la señora Cardona Giraldo confesó que le fue informado que se podía pensionar antes de tiempo y que el dinero de su cuenta individual podía hacer parte de su herencia; hechos que también refirió la testigo Marta Eliana Jaramillo, quien estuvo en la misma reunión que la actora.

Resalta que esta información es veraz, dado que la ley sí prevé la devolución de saldos cuando no es posible obtener una pensión mínima, así como la posibilidad de que el saldo ahorrado haga parte de la masa sucesoral. Indicó que, aunque se manifestó que el valor de la mesada prometido por el asesor no corresponde al que en realidad podía percibir, lo cierto es que ésta no acreditó lo *«inverosímil de dicha información»*, más cuando las proyecciones parten de suposiciones, ya que se deben tener en cuenta aspectos como el comportamiento del mercado, los aportes reales que se efectúen durante la vida laboral, el esfuerzo de ahorro de la afiliada y sus rendimientos; las proyecciones se soportan en supuestos futuros probables sin certeza de su ocurrencia.

En todo caso, insiste en que para la época del traslado las AFP no tenían la obligación de efectuar las referidas proyecciones del monto pensional. Agregó que la crisis financiera del ISS y su posible extinción no era mentira, pues es verdad que este Instituto sí se vio afectado con la entrada en operación de los fondos privados y su competitividad. Resaltó que no se podía permitir que se abuse del derecho, ya que durante 23 años la actora tuvo latente la posibilidad de acceder a las prerrogativas del RAIS, y solo ahora cuando cumple la edad prevista en el RPM para obtener la pensión, sí pretende la nulidad, inexistencia o ineficacia del traslado, con una afirmación contraria a la realidad, dado que ya no le es posible retornar a este último según las previsiones del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que esta corporación case la sentencia de segundo grado, para que, en sede de instancia, revoque la decisión del *a quo* y en su lugar, conceda las pretensiones formuladas en la demanda inicial.

Con tal propósito formula cuatro cargos por la causal primera de casación laboral, los cuales son replicados por la

AFP Protección S. A. y serán estudiados de manera conjunta, dada la similitud de su finalidad.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada por ser violatoria de la ley sustancial por la vía directa en la modalidad de infracción directa de los artículos 13 literal b), 113, 114, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; en relación con los artículos 1, 13, 20 y 340 del CST, con relación con los artículos 145 y 61 del CPTSS, 167 del CGP, 48 y 53 de la Constitución Política, 97 numeral 1 del Decreto Ley 663 de 1993, 1604 del CC, lo que conllevó la aplicación indebida de los artículos 1741, 1508, 1509, 1743 y 1750 del CC.

Asegura que el Tribunal se equivocó al aplicar las normas en materia civil sobre la nulidad relativa de los actos jurídicos, cuando el asunto se ha debido resolver conforme a las previsiones de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, relativos a la ineficacia del traslado cuando no se realiza de manera libre, espontánea y con la información suficiente. Además, el colegiado se rebeló contra la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia y aplicó un criterio diferente.

Resalta que desde el nacimiento del régimen de ahorro individual existe la obligación de la AFP de brindar una información clara, completa, detallada y transparente al afiliado que pretende trasladarse de régimen. Afirma que si se hubiesen aplicado las normas y la jurisprudencia que

regulan este asunto se habría evidenciado la ineficacia del traslado, que, por relacionarse con un tema pensional, resulta imprescriptible.

Aclara que en materia laboral existen normas que regulan la prescripción, esto es, los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, por tanto, no había lugar a acudir a la reglamentación civil sobre esta materia. En todo caso, insiste en que los derechos pensionales no prescriben, y, por ende, la ineficacia del traslado tampoco, pues se refiere a garantías ciertas e irrenunciables de la seguridad social. Agrega que en estos eventos la sentencia tan solo declara un hecho o estado de cosas surgido con anterioridad al inicio del litigio, razón por la cual la ineficacia puede solicitarse en cualquier tiempo, pues es una petición simplemente declarativa.

Señala que en virtud de los artículos 167 del CGP y 1604 del CC, en estos asuntos se invierte la carga de la prueba, para que sea la AFP quien deba demostrar el cumplimiento del deber de información frente al usuario contemplado en el artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993, pues la parte actora formuló negaciones indefinidas en cuanto a la ausencia de la información requerida. Indica que la acusación la sustenta en lo expuesto en sentencias CSJ SL3464-2019, CSJ SL2324-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1452-2019.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la decisión del Tribunal por transgredir la ley sustancial por la senda directa en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 1741, 1508, 1509, 1743 y 1750 del CC, lo que conllevó la no aplicación de los artículos 13 literal b), 113, 114, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 1, 13, 20 y 340 del CST, 145 y 61 del CPTSS, 167 del CGP, 48 y 53 de la Constitución Política, 97 numeral 1 del Decreto Ley 663 de 1993 y 1604 del CC.

Manifiesta que el colegiado se equivocó al resolver el litigio con base en las normas sobre nulidad relativa, sin tener en cuenta que lo que opera en estos eventos es la ineficacia del traslado, con independencia de que el afiliado fuese beneficiario del régimen de transición o no. Tal error lo llevó a definir la prescripción de la acción en los términos de la legislación civil, lo que también es desacertado.

Resalta que en la sentencia impugnada se han debido aplicar los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, así como el artículo 97 del Decreto 663 del mismo año, en virtud de los cuales, la AFP tiene la obligación de demostrar que atendió su deber profesional de brindar la información necesaria para optar por el traslado de régimen. Indica que la expresión *libre y voluntaria* contenida en la primera de las normas mencionadas, implica la existencia de un consentimiento informado; de ahí que, desde su creación, las AFP han tenido el deber de documentar de manera clara y

suficiente los efectos de un cambio de régimen, so pena de que se declare ineficaz.

VIII. TERCER CARGO

Acusa la sentencia impugnada, por la vía indirecta en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 1741, 1508, 1509, 1743 y 1750 del CC, con relación a los artículos 13 literal b), 113, 114, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; 1, 13, 20 a 340 del CST, 145 y 61 del CPTSS, 167 del CGP, 48 y 53 de la Constitución Política; 97 numeral 1 del Decreto Ley 663 de 1993 y 1604 del CC.

Señala que el colegiado incurrió en los siguientes errores de hecho:

1. Haber dado por demostrado, sin estarlo, que, con la firma de la accionante en el formulario de traslado, lo hizo de manera libre, espontánea y sin presiones (sabiendo que, por no haber tenido información adecuada, no hay consentimiento informado que se debía).
2. Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el traslado efectuado por la actora al RAIS en el año 1995 estuvo precedido de la debida información.
3. No haber dado por demostrado, estándolo, que la AFP, desde su nacimiento, tenía la obligación de brindar en el traslado de régimen pensional, una información clara, detallada, completa y transparente de la accionante.

Aduce que estos yerros se fundaron en la indebida apreciación del formulario de traslado de régimen (folio 37 y 131), así como por la falta de valoración de las siguientes piezas procesales y pruebas:

1. La demanda inicial, *respecto de los hechos 1, 2, 3, 4, 5, (8, 9, 10, 11, 12, 13, 14) respecto de los hechos encerrados en paréntesis son las negaciones indefinidas, 18, 19, 20 y 21.*
2. Contestación de la demanda *respecto de los hechos aceptados: 1, 3, 4 Colpensiones y Protección, 2, 5, 18, 19, 20 y 21 Protección.*
3. Proyección de la mesada pensional.

Advierte que, contrario a lo considerado por el Tribunal, el formulario de afiliación es tan solo un requisito para el traslado de régimen, el cual no exonera a la AFP de su deber de demostrar que suministró al afiliado la información exigida legalmente, *«y a lo anterior le suma que el Tribunal manifestó que la accionante no cumplió la carga de la prueba para demostrar que no había recibido la información adecuada y suficiente por parte de la AFP».*

Dice que el colegiado no tuvo en cuenta que los hechos indicados en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 18, 19, 20 y 21 del acápite respectivo de la demanda, aluden a negaciones indefinidas, y que las demandadas aceptaron los supuestos fácticos 1, 2, 3, 4, 5, 18, 19, 20 y 21; si lo hubiese hecho, el juzgador habría concluido que era la AFP quien debía demostrar lo contrario a lo alegado, esto es, que sí suministró la información exigida para garantizar un consentimiento libre, espontáneo y sin presiones. Recuerda que en los términos del artículo 1604 del CC, incumbe probar la diligencia a quien la debe observar.

Resalta que las administradoras tienen el deber legal de brindar una información adecuada a los usuarios, para evitar que se vean perjudicados con el traslado de régimen,

tal como aquí ocurrió, según se deriva de la proyección pensional allegada al proceso. Cita algunos apartes de las decisiones CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452 -2019 en cuanto a esta obligación de las AFP.

Asegura que el Tribunal se equivocó al concluir que la AFP sí brindó la información que exigía el Decreto 692 de 1994 para la época en que se surtió el traslado de régimen, pues la firma del formulario respectivo no la exoneraba de acreditar el haber instruido al usuario de manera clara, detallada, suficiente y transparente, como lo ordena el artículo 97 de la Ley 663 de 1993.

IX. CARGO CUARTO

Acusa la sentencia de segundo grado, por violación medio, *«ya que por el hecho de haberse ignorado el artículo 167 del CGP y 1604 del CC, por permitir su aplicación el artículo 145 del CPTSS»*, el Tribunal llevó a que se infringieran normas de carácter sustantivo tales como los artículos 13 literal b), 113, 114, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; en relación con los artículos 145 y 61 del CPTSS, 167 del CGP, 48 y 53 de la Constitución Política, 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993; lo que generó la aplicación indebida de los artículos 1741, 1508, 1509, 1743 y 1750 del CC.

Indica que el Tribunal no advirtió que la afirmación efectuada en la demanda en cuanto a que no recibió información de la AFP es una negación indefinida que invierte la carga de la prueba, pues en ese caso, es la

administradora quien debe acreditar que sí brindó la asesoría. Además, el artículo 1604 del CC prevé que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo. Por tanto, afirma que resulta desproporcionado exigir al afiliado que pruebe que no fue enterado de las implicaciones del traslado de régimen pensional; el supuesto negativo indefinido de ausencia de información debe ser desvirtuado por el fondo de pensiones, más cuando es éste quien conserva los documentos de afiliación de la actora.

Señala que según el artículo 167 del CGP, los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba; de ahí que era la AFP quien debía demostrar que sí brindó la información adecuada para que la accionante manifestara su consentimiento informado, sin que la simple suscripción del formulario pueda eximir a la administradora de dicha carga de la prueba.

X. RÉPLICA

La demandada AFP Protección S. A. presentó oposición conjunta a las cuatro acusaciones. Señala que no es posible casar la decisión impugnada, pues ello implicaría transgredir lo artículos 243 de la Constitución Política, 48 de la Ley 270 de 1996 y 1 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Afirma que la decisión de cambio de régimen fue adoptada *«a ciencia y consciencia»*, a sabiendas de las consecuencias de tal actuación, por lo que no es posible acudir a artificios como el aquí alegado, para pretender

anular una determinación tomada con un *«incuestionable y confeso consentimiento informado»*, que encontró acreditado el Tribunal. Refiere que en momento alguno se desconoció la validez de la firma del formulario de traslado, ni su contenido, el cual cumple las exigencias del artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Resalta que la diferencia en el monto entre la mesada que obtendría la actora en el RAIS y la que alcanzaría en el RPM, no obedece a la negligencia de la AFP o a la falta de instrucción apta para decidir sobre el traslado, sino a las variaciones de los indicadores económicos, el cambio en las tablas de mortalidad y a la imposición legal de un periodo de carencia de 10 años, hechos ajenos a la demandada. Resalta además que la actora no tomó la opción ofrecida en el Decreto 3800 de 2003, para retornar al RPM, omisión que pretende corregir con este proceso. Indica, además, que en este caso, sí opera la prescripción por tratarse de un tema de orden público que permite garantizar la seguridad jurídica.

XI. CONSIDERACIONES

El juez colegiado consideró que solamente en los casos en que se es beneficiario del régimen de transición podía abordarse el análisis de la tesis de la ineficacia del traslado y la consecuente inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual, la AFP tiene el deber de probar el consentimiento informado de la afiliada al momento de su traslado de régimen. De lo contrario, la controversia debía analizarse

bajo las normas de nulidad del acto jurídico y la actora tenía que acreditar la existencia de un vicio en el consentimiento.

Por tanto, como quiera que la demandante no era beneficiaria de la transición, consideró que solo podía verificar si se acreditaba un vicio de voluntad en el acto de traslado, pero no lo encontró probado. Adujo que la nulidad relativa por dolo o error se saneó por el paso del tiempo, pues ha debido formular la acción respectiva dentro de los cuatro años siguientes a la afiliación y no lo hizo.

En todo caso, indicó que no había fuerza o dolo porque el acto de traslado se realizó de manera libre y sin presiones, y tampoco error, toda vez que la accionante no acreditó que se le hubiese brindado información falsa o incompleta y, por el contrario, se evidenció que la vinculación al RAIS estuvo precedida de la información exigida legalmente para la época en que tuvo lugar; todo, según lo consignado en el formulario de afiliación a la AFP Protección S. A.

La parte recurrente asegura que al margen de que la actora fuese o no beneficiaria del régimen de transición, el presente asunto ha debido resolverse bajo las reglas legales y jurisprudenciales de la ineficacia del traslado de régimen y no de la nulidad y vicios del consentimiento. Tampoco han debido seguirse las normas civiles sobre prescripción, pues al tratarse de un asunto relacionado con el derecho a la pensión, resulta imprescriptible. Además, resalta que desde su creación las AFP tienen el deber de brindar la información completa, clara y debida sobre las implicaciones del cambio

de régimen, pues la exigencia prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 sobre una vinculación libre y voluntaria, implica la existencia de un consentimiento informado.

Agrega que el formulario de afiliación no permite demostrar este deber de información y que negaciones indefinidas sobre su incumplimiento, como las formuladas en la demanda inicial, no requieren prueba; por el contrario, le incumbía a la demandada acreditar que sí brindó la ilustración correspondiente a la accionante, pero no lo hizo.

Bajo el anterior planteamiento, le corresponde a la Sala establecer si el Tribunal incurrió en error al considerar que: *i)* las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado de régimen y el deber de información a cargo de las AFP, solamente son aplicables cuando el afiliado es beneficiario del régimen de transición; *ii)* descartar las pretensiones de la demandante, con base en la inexistencia de vicios del consentimiento frente a la afiliación al RAIS y en todo caso, su saneamiento por el paso del tiempo; *iii)* que estaba probada la debida información brindada a la demandante en los términos de las normas vigentes para el momento de su vinculación al RAIS.

1. Análisis de la validez del acto de traslado – deber de información:

El literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece que la selección de cualquiera de los regímenes pensionales debe ser *libre y voluntaria* por parte del afiliado

y la jurisprudencia ha considerado que tal expresión presupone conocimiento, el cual solo se alcanza cuando se conoce a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, para la Corte no puede afirmarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de ahí que, desde el inicio le hubiese correspondido a las AFP dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito (CSJ SL12136-2014 reiterada en CSJ SL4061-2021).

Dada la trascendencia del consentimiento informado que se requiere en este tipo de actos, como es el traslado de régimen y precisamente en razón a sus implicaciones pensionales, en la providencia CSJ SL1688-2019 se efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del sistema general de pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la Constitución Política, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una

materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En la referida decisión, se presenta un cuadro en el que se sintetiza la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender que éste existió desde el comienzo del funcionamiento del sistema y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la siguiente sucesión normativa:

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

No se discute que el traslado de régimen pensional de la actora tuvo lugar en el año 1995, por lo que es evidente que para que pueda considerarse válido, ha debido acreditarse que la AFP Protección S. A. le brindó la información completa relativa a las condiciones, características, consecuencias de cada uno de los regímenes pensionales previstos en la Ley 100 de 1993, esto es, tanto el de prima media con prestación definida como el de ahorro individual con solidaridad, y que incluso le dio a conocer la posible pérdida de beneficios pensionales, según las condiciones particulares de la afiliada.

En esta primera etapa, el cumplimiento del deber profesional de debida diligencia e información por parte de las administradoras de pensiones, implica que se le presente al interesado una descripción de las características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes, de tal manera que éste pueda conocer con absoluta claridad la lógica de cada uno de ellos; por tanto, se debe presentar una comparación entre las ventajas y desventajas objetivas del RPM y de RAIS y las consecuencias jurídicas del traslado. Así, desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones, éstas han tenido el cargo de suministrar una información objetiva, comparada, transparente, completa y comprensible a la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias como estas que implican cierta complejidad.

En decisión CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras en CSJ SL1689-2019 se explicó el deber que le incumbía a las administradoras en este primer escenario:

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

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. [...]

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera

al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

[...]

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

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

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

[...]

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

Así las cosas, para el momento del traslado de régimen de la actora, las administradoras tenían el deber de brindarle

la información necesaria y transparente sobre todos los aspectos relacionados con dicho acto, para poder establecer su consentimiento informado sobre el mismo. De ahí que el deber de información y debida diligencia a cargo de la AFP accionada, en los términos en que le era exigible para el momento de la vinculación de la accionante al RAIS – año 1995-, no necesariamente se cumple con la sola manifestación de las posibles ventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, como la opción de obtener una pensión anticipada o de que los dineros ahorrados pasaran a la masa sucesoral, como lo resaltó el Tribunal.

Esto, dado que, lo que establecía el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 era dar a conocer «*la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», mandato que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer, de manera objetiva, la información pertinente o relevante que aluda tanto a las ventajas como a las desventajas de los regímenes pensionales.

Por tanto, el acto jurídico de cambio de régimen debía 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; solo así puede concluirse que la afiliación en verdad fue libre y voluntaria.

Ahora, el artículo 271 *ibídem* dispone que, si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, -que implica un consentimiento informado-, ésta quedará sin efecto y el artículo 272 de la misma ley prevé que la actuación que menoscabe la libertad, dignidad humana o derechos de los trabajadores perderá toda consecuencia jurídica.

Siendo ello así, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde la institución de la ineficacia, y no desde la nulidad, toda vez que una de las maneras de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, es omitir suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional. Por tanto, la definición del consentimiento en el cambio de régimen no debe fundarse en la verificación de los vicios de error, fuerza o dolo relativos a la validez del acto, sino que debe centrarse en la constatación del cumplimiento del deber de información a cargo de las AFP. Al respecto, en sentencia CSJ SL2208-2021 se explicó:

Esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia*, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al *status quo ante*, art. 1746 CC)¹.

¹ La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte que

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

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

Por tanto, siendo que para que el acto de traslado de régimen sea eficaz debe ser libre y, por ende, provenir de un consentimiento informado del interesado, es este hecho el que ha debido constatar el fallador de segundo grado, y no la existencia o no de los vicios de la voluntad o el plazo para alegarlos, en los términos de los artículos 1508 y 1750 del CC.

Así, en decisión CSJ SL4803-2021 se explicó que la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esta particular materia se ha basado, precisamente, en avanzar del mero estudio del elemento *«consentimiento»* sobre la prueba de uno de sus vicios: error, violencia y dolo, atinentes a la *validez*, para llegar al análisis del *«deber de información y buen consejo»* que compete a las Administradoras en

«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (SC3201-2018).

cumplimiento de normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala de Casación.

2. Régimen de transición:

De lo expuesto con antelación puede advertirse que ni la legislación ni la jurisprudencia han establecido que el afiliado deba ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Por el contrario, esta Sala ha aclarado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto, de manera que elementos como ser beneficiario de la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerrequisitos sustanciales para reclamar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.

Por tanto, el deber de las AFP de brindar una información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional es ajeno a circunstancias como la señalada por el Tribunal, pues lo cierto es que la ineficacia alegada se analiza frente al acto mismo de traslado, al margen de que el afiliado tuviese la calidad de beneficiario del régimen de transición o no. Así se expuso igualmente en decisión CSJ SL5595-2021:

La Sala ha sido reiterativa en señalar que, ni la jurisprudencia desarrollada por la Corporación y, mucho menos el ordenamiento jurídico laboral y de la seguridad social prevén como requisito para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado que el afiliado al momento del cambio de régimen pensional fuese beneficiario del régimen de transición, tuviese un derecho consolidado o una expectativa legítima, por el contrario se ha estimado que para que resulte viable la referida declaratoria lo que se exige es que la administradora de pensiones hubiese faltado a su deber de información ya que *«el acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea»* (CSJ SL3719-2021), todo ello por cuanto *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (CSJ SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL4025-2021), de manera que el Tribunal se equivocó al señalar que al presente asunto no resultaba aplicable las reglas jurisprudenciales desarrolladas por esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado, pues como quedó visto, las situaciones fácticas echadas de menos por ese juzgador no resultan ser un presupuesto esencial para que puedan aplicarse los lineamientos de la Sala en relación con la ineficacia pretendida en el *sub judice*.

En igual sentido se explicó en sentencia CSJ SL3537-2021:

Ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado debe ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. Antes bien, esta Sala en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020 y CSJ SL373-2021, asentó que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* y *«teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto»*, de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad frente a la adquisición del derecho no constituyen prerrequisitos sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen.

Así las cosas, contrario a lo sostenido por el Tribunal, el deber de información a cargo de las AFP, así como la

consecuencia de su incumplimiento, esto es, la ineficacia del acto de traslado no puede restringirse únicamente a los casos en que el afiliado gozaba del beneficio de la transición. Esto, toda vez que la referida obligación se fundamenta en el mandato legal general de una vinculación libre y voluntaria al régimen de pensiones, el cual no puede ser limitado a cierto tipo de usuarios o asegurados, sino que rige para todo aquel que pretenda afiliarse a cualquiera de los regímenes previstos en la Ley 100 de 1993. Siendo ello así, no resulta acertado el planteamiento del colegiado en torno a limitar las reglas jurisprudenciales sobre la ineficacia del traslado solamente respecto de quienes eran beneficiario de la transición.

3. Carga de la prueba:

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

Por tal razón, si la parte actora manifiesta que no le fue brindada la información necesaria para adoptar tal determinación de traslado, no le corresponde demostrar esta afirmación, pues se trata de un hecho negativo. Por el contrario, es deber de la AFP traer a juicio los elementos de prueba que permitan establecer que, al momento de su afiliación, brindó las explicaciones suficientes y veraces

sobre las consecuencias, características, riesgos, beneficios y desventajas del traslado de régimen pensional.

Así, si a la administradora se le endilga el incumplimiento de su deber profesional y de no actuar con diligencia, es a ésta a quien le incumbe demostrar que sí atendió tales obligaciones, más cuando se encuentra en mejor posición probatoria para allegar los elementos requeridos para esclarecer hechos como los que aquí se discuten. Al respecto, en decisión CSJ SL1688-2019 reiterada en CSJ 4803-2021 se indicó:

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

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i)

la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

En esa medida, no es posible considerar que la inversión de la carga de la prueba en estos eventos, solo opera cuando se cuenta con el beneficio de la transición. No existe un fundamento válido o razón plausible que permita hacer más duras o ligeras las cargas probatorias según sea beneficiario o no de dicho régimen. Con mayor razón si se tiene en cuenta que las dos clases de afiliados se encuentran en una idéntica posición de debilidad contractual y de precariedad probatoria frente a la AFP y ninguno de ellos es obligado por ley a conservar en sus archivos la documentación atinente al traslado, a diferencia de lo que ocurre con las administradoras de pensiones (CSJ SL3871-2021).

Por ende, el Tribunal se equivocó al considerar que en el presente asunto no operaba la inversión de la carga de la prueba antes explicada y al exigir a la demandante que acreditara que al momento del traslado le fue suministrada

información «*fragmentada o inverosímil*», pues no advirtió que la actora sustentó sus peticiones en negaciones indefinidas relativas a la ausencia de explicaciones sobre las incidencias del traslado y al incumplimiento de la AFP en su deber de información.

Así, revisados los hechos 9, 10, 11, 13, 14 de la demanda a lo que alude la recurrente, la Sala advierte que la demandante manifestó que la demandada no cumplió con su deber de información y buen consejo; no le suministró información adicional consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en la cuenta de ahorro individual, es decir, con qué IBC debía cotizar con el fin de obtener una pensión anticipada; no le suministró información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta con respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría su cambio de régimen pensional; no realizó un estudio escrito, previo, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas que le traería trasladarse de régimen, «*por lo cual su consentimiento no fue informado ni documentado*», y que la AFP no le brindó la re asesoría debida antes de cumplir 47 años de edad, para determinar si optaba por la posibilidad de retornar al RPM. (folio 3)

Todas estas manifestaciones corresponden efectivamente a negaciones indefinidas que no requieren prueba, en los términos del artículo 167 del CGP, y que, por el contrario, exigen de la demandada, a quien le incumbía el deber de cuidado y diligencia, acreditar que sí cumplió con tal obligación.

4. Prescripción:

Al haber definido el presente asunto bajo la reglamentación legal de la nulidad y los vicios del consentimiento, el Tribunal incurrió en otro error, pues consideró que la acción judicial para discutir la validez del acto de traslado debía formularse dentro del plazo previsto en el artículo 1750 del CC y que, al no hacerlo, el defecto en dicha actuación se entendía saneado.

Contrario a ello, debe precisarse que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, pues de manera reiterada y pacífica se ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, no prescriben. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos se afectan por dicho fenómeno extintivo, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

Lo planteado, cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es *comprobar* o *constatar* un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la *litis* (CSJ SL2209-2021).

Adicionalmente, esta Corte ha precisado que aspectos como la declaratoria de la ineficacia del traslado deben abordarse desde la misma perspectiva de imprescriptibilidad del derecho pensional, dado que la definición sobre la pertenencia a determinado régimen de pensiones, esto es, RAIS o RPM, resulta un asunto inherente al derecho irrenunciable a la seguridad social y, por tanto, a las prestaciones económicas derivadas de éste, como la pensión de vejez. Por esta misma razón, la Corte ha señalado que aquellos asuntos innatos o ínsitos al derecho a la pensión, no pueden verse afectados por el fenómeno prescriptivo. Así se consideró, entre otras, en sentencia CSJ SL1421-2019.

5. Formulario de afiliación:

Contrario a lo asegurado por el Tribunal, no es posible considerar que lo consignado en la forma preimpresa del formulario de afiliación acredite el deber de información a cargo de la AFP Protección S. A. en los términos antes analizados. En el referido documento diligenciado el 10 de mayo de 2015, la demandante suscribió la siguiente constancia:

VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACIÓN: Hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad lo he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a la AFP Protección S. A. para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.

Sin embargo, aunque lo anterior corresponde a la exigencia prevista en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como lo resaltó el colegiado, ello no permite dar por demostrado el cumplimiento de la obligación de obtener un

verdadero consentimiento informado de la afiliada para efectuar su traslado de régimen. Al respecto, en decisión CSJ SL1688-2019, se precisó lo siguiente:

El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado.

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, 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, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

[...] Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable 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.

En esa medida, el Tribunal se equivocó al derivar de esta prueba la demostración del cumplimiento del deber legal de información que incumbe a la AFP Protección S. A. y que, contrario a lo señalado en la sentencia impugnada, no se limita a verificar la existencia de un consentimiento o voluntad de traslado, sino a que éste sea debidamente informado en los términos precisados en las reglas jurisprudenciales antes señaladas, teniendo en cuenta la época en que se surtió dicho acto jurídico, 1995.

Así las cosas, es evidente que el Tribunal incurrió en los errores endilgados por la recurrente, sin que las razones expuestas para apartarse de las reglas jurisprudenciales fijadas por esta corporación resulten suficientes *pues si bien fundamentó su particular criterio, lo cierto es que el mero desacuerdo con la doctrina sentada por este órgano de cierre no constituye una razón válida para su desconocimiento.* (CSJ SL4061-2021). Por tanto, deberá casarse la sentencia, sin que se haga necesario abordar el estudio de las demás pruebas y piezas denunciadas, pues con lo expuesto quedan acreditados los errores fácticos y jurídicos planteados.

Sin costas en sede extraordinaria.

XII. SENTENCIA DE INSTANCIA

La juez de primer grado acogió el particular criterio de su superior, Sala Laboral del Tribunal de Pereira, y con base en él consideró que, en los eventos en que no se cuenta con el beneficio del régimen de transición, no se invierte la carga de la prueba, sino que le incumbe a la parte actora acreditar que, en el acto de traslado se presentó un engaño, que se le brindó información *«falaz o equivocada»* sobre sus implicaciones y que ello le generó un perjuicio en ese momento. Sin embargo, aseguró que la accionante no cumplió con tal carga probatoria y que el formulario de vinculación a Protección S. A. evidenciaba su voluntad de traslado.

La parte actora insistió, en su apelación, en que al momento del traslado no le fueron explicados los beneficios de uno y otro régimen, que la AFP debía obtener un consentimiento informado de la afiliada para efectuar su cambio de régimen, pero no lo demostró, ni cumplió sus obligaciones legales en los términos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al deber de información y buen consejo. En todo caso, afirmó que sí cumplió la carga de la prueba a la que aludió la *aquo*.

Como se explicó en casación, el planteamiento del colegiado, en el que se fundó la juez de primer grado, como ella lo aclara, resulta equivocado e insuficiente para apartarse de las reglas jurisprudenciales fijadas en la materia, pues lo cierto es que al margen de la calidad de beneficiario o no del régimen de transición, para que el acto jurídico del traslado se entienda libre y voluntario, y por ende, eficaz, debe mediar el consentimiento informado del afiliado en los términos expuestos por esta corporación. En esa medida, resulta desacertada la consideración sobre la carga de la prueba a la que se refiere la juzgadora, pues en todos los eventos en que se discute la ineficacia del cambio de régimen por falta de la información debida, es la AFP quien debe acreditar que sí cumplió el deber de información, diligencia y cuidado que le incumbe.

De la revisión del material probatorio allegado, la Sala no evidencia la demostración del cumplimiento de esta obligación. La AFP se limita a aportar el formulario de afiliación en el que Gloria Lucía Cardona Giraldo firmó la

forma preimpresa relativa a haber seleccionado dicho régimen de manera libre, espontánea y sin presiones. Como se explicó en sede extraordinaria, esta manifestación no permite dar cuenta de que su consentimiento fuese informado y no se allegó ningún otro documento que lo acredite.

Los testigos Marta Liliana Jaramillo Castrillón y Jaime Restrepo, compañeros de trabajo de la demandante para la época en que se trasladó de régimen pensional, no dieron cuenta de que ellos o la actora hubiesen recibido la información precisa, completa y necesaria para establecer tanto las ventajas como las desventajas de pasar al RAIS. La primera declarante tan solo alude a la existencia de una reunión en la que se les indicó que en el RAIS obtendrían beneficios como una mesada pensional por un monto superior al establecido en el RPM y acceder a la prestación en cualquier momento; además, se les dijo que debían trasladarse porque el ISS se iba a acabar; y el segundo declarante manifestó no constarle ninguno de los hechos.

Se aclara que el deber de información y debida diligencia a cargo de la AFP accionada, en los términos en que le era exigible para el momento de la vinculación de la accionante al RAIS – año 1995-, no necesariamente se cumple con la sola manifestación de las ventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, a las que se refirió la testigo Jaramillo Castrillón, sino que era menester efectuar una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo

que el afiliado pueda conocer, de manera objetiva, la información pertinente o relevante que aluda tanto a las ventajas como a las desventajas de los regímenes pensionales.

En decisión CSJ SL1475-2021 esta corporación precisó que no es cualquier información la que permite acreditar el cumplimiento de las obligaciones especiales de las administradoras de fondos de pensiones, y explicó:

En tal sentido, para entender la importancia del por qué no puede ser cualquier información la que se exige entregar al afiliado, basta con señalar, a manera de ejemplo, que de nada le es útil a un afiliado enterarse que en el régimen de ahorro individual se puede pensionar anticipadamente, si no conoce el mecanismo financiero sobre el cual se basa la acumulación de fondos que le permitirán decidir acogerse, en cualquier momento, al beneficio pensional cumpliendo los requisitos que se exigen para el efecto y que, de no conocerlos, la información es incompleta o mejor, inexistente.

Ahora, del interrogatorio de parte rendido por la accionante no se deriva una confesión sobre el hecho discutido. Allí solamente menciona que se le habló de la posibilidad de una pensión anticipada con un monto alto y que *«podía dejarle la prestación a quien quisiera»*, lo cual no es suficiente para evidenciar un consentimiento informado en los términos señalados por la jurisprudencia.

Por tanto, se advierte que la administradora referida no cumplió la carga de la prueba que le incumbía, por lo que esta Sala debe declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual efectuado a partir del 10 de mayo de 1995.

Dicha consecuencia, que es la prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, implica que deban retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes, es decir, como si el traslado no se hubiera producido, lo que acarrea que la AFP Protección S. A. deba trasladar a Colpensiones, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, 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. (ver CSJ SL5595-2021, CSJ SL4334-2021, CSJ SL2209-2021). En ésta última decisión se explicó:

3. Las implicaciones prácticas de la ineficacia

En tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Así, lo anterior permite descartar la afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema o un

perjuicio para Colpensiones, como lo adujo la *a quo*, en la medida que los efectos de la ineficacia conllevan que las cosas deban retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, de allí que a Colpensiones se le deben reintegrar todos los recursos, que sirven para el reconocimiento de un eventual derecho pensional (CSJ SL2877-2020).

Así, como consecuencia de la referida ineficacia, deberá tenerse como válida la vinculación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, a través de la demandada Colpensiones, entendiendo que su continuidad se mantuvo.

Lo expuesto anteriormente permite concluir que las pretensiones de la accionante resultan procedentes, sin que los medios exceptivos planteados por la accionada tengan la virtualidad de enervarlas. Tal como se indicó en sede extraordinaria, la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, pues acciones judiciales como ésta, encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, no prescriben.

Así, esta Sala, actuando como tribunal de instancia, revocará la sentencia de primer grado y en su lugar accederá a las súplicas de la demanda inicial, en los términos antes explicados. Costas en primera instancia a cargo de las demandadas, no se causan en la alzada.

XIII. 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 decisión proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 15 de febrero de 2019, en el proceso ordinario laboral que adelanta **GLORIA LUCÍA CARDONA GIRALDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.**

En sede de instancia, **RESUELVE:**

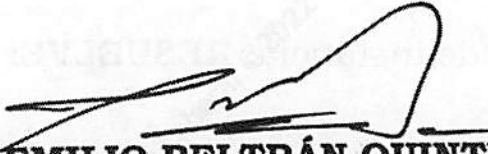
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 26 de abril de 2018. En su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante al RAIS administrado por la AFP Colfondos S. A., efectuado en mayo de 1995, y, por ende, declarar que la actora se encuentra válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida a través de Colpensiones, entendiendo que su continuidad se mantuvo.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AFP Protección S. A. a trasladar a Colpensiones, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje

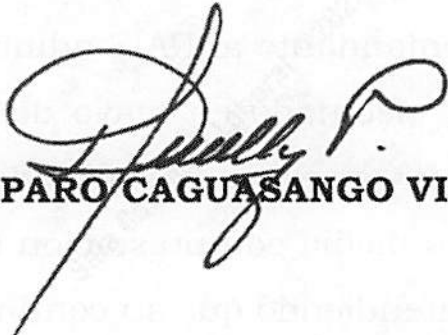
destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: Las costas como se dijo en la parte motiva.

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



MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA



OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN