



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2

CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA

Magistrada ponente

SL638-2022

Radicación n.º 85188

Acta 06

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **MARY EUGENIA CASTILLO GALVIS** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019), en el proceso que le instauró a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**.

I. ANTECEDENTES

Mary Eugenia Castillo Galvis llamó a juicio a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., y a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- para que se declarara la ineficacia o nulidad

del traslado de régimen pensional y, en consecuencia, se remitiera los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con intereses; se autorizara el traslado manteniendo los efectos del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 si lo tuviere y se condenara en costas a las enjuiciadas.

Fundamentó sus peticiones, en que se vinculó al ISS hoy Colpensiones el 23 de enero de 1984; que el 21 de junio de 2006 se trasladó a Porvenir S. A.; que no se le brindó información suficiente sobre la transferencia entre regímenes y sus efectos adversos; que no le dio proyecciones de su expectativa pensional en ambos fondos; que no solicitó la información familiar y de sus beneficiarios de la actora; que no existió el consentimiento informado; que el 20 de septiembre de 2016, presentó un Escrito a Porvenir S. A., en el que comunicó su interés de trasladarse a Colpensiones, al cual la demandada dio respuesta desfavorable, bajo el n.º 0105672018700200 de fecha 11 de octubre de 2016, aduciendo que no cumplía con el mínimo de semanas requeridas; que petitionó información de proyección pensional al cumplir 57 y 60 años, a lo cual le informaron, por medio de Oficio n.º 01056720189366000 del 9.º de diciembre de 2016, que a los 57 y 60 obtendría \$689.455, con una tasa de remplazo de 14.21 %; que el 27 de septiembre de 2016, presentó formulario de afiliación ante Colpensiones, bajo Comunicado n.º BZ2016-11336000-2491748, del 27 de septiembre de 2016, la accionada dio respuesta negativa al mismo, indicando que le faltaban menos de diez septenarios para adquirir el derecho pensional; que si hubiere

permanecido afiliada a Colpensiones, a sus 57 su beneficio sería de \$2.090.272 (f.º 2 a 14, cuaderno del Juzgado).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió que Mary Eugenia Castillo se vinculó al ISS el 23 de enero de 1984; que presentó solicitud de afiliación el 27 de septiembre de 2016 y esta le fue negada bajo Comunicado n.º BZ2016-11336000-2491748, el mismo día, mes y año. De los restantes, dijo que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada (f.º 58 a 61, *ibidem*).

Porvenir S. A., se opuso a las súplicas. Frente a los hechos, aceptó que el 21 de junio de 2006, la demandante se trasladó de régimen; que el 20 de septiembre de 2016, comunicó su deseo de trasladarse a Colpensiones, a lo cual, le dio respuesta negativa el 11 de octubre de 2016, por no tener el mínimo de semanas; que solicitó proyección pensional para cuando cumpliera 57 y 60 años, al recibir la respuesta el 9 de diciembre de 2016 bajo Oficio n.º 01056720189366000, en el cual le informaron un valor de \$689.455, con una tasa de remplazo de 14.21 %; que la señora Mary Eugenia Castillo se encontraba afiliada a esa entidad. De los demás, enunció que se niega y que no eran hechos.

En su amparo, presentó como excepciones de fondo las que denominó: validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento, caducidad de la acción, prescripción, buena fe y la innominada o genérica (f.º 77 a 90, *ibidem*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, mediante fallo del 26 de julio de 2018 (f.º 187 acta y 190 CD, *ibidem*) dispuso lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora MARY EUGENIA CASTILLO GALVIS, el 21 de junio de 2006, con fecha de efectividad a partir del 1.º de agosto de 2006, a través de PORVENIR S. A.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos que posee la señora MARY EUGENIA CASTILLO GALVIS, en su cuenta de ahorro individual, esto es traslado de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus respectivos frutos e intereses, por ser esta última AFP la entidad a la cual se encuentra afiliada la accionante para los riesgos de IVM.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a proceder sin dilaciones a recibir todos los aportes y rendimientos que posee la señora MARY EUGENIA CASTILLO GALVIS.

CUARTO: CONDENAR en costas en un 100 % a favor de la parte actora y a cargo de COLPENSIONES en un 20 % y de PORVENIR S. A., en un 80 %. liquidense por secretaria.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por decisión del 19 de marzo de 2019 al

resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, y el recurso de apelación de la AFP Porvenir S. A. (f.º 11 acta, 12 CD, *ibidem*), revocó la del *a quo* y, en su lugar, absolvió a las entidades demandadas e impuso costas.

Plasmó como problema jurídico, determinar si ¿Mary Eugenia Castillo Gálvez era beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y, por tanto, se encontraba legitimada para solicitar la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad?, si la respuesta al anterior interrogante resultaba negativa, era viable declarar la nulidad de la afiliación por vicios del consentimiento.

En lo que interesa al recurso extraordinario, adujo que, de acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, se tuvo que nació el 12 de octubre de 1962, por lo que para el 1.º de abril de 1994 tenía 31 años, fecha para la cual contaba con 340.85 semanas, según constaba en historia laboral expedida por Colpensiones, de lo que adujo que Eugenia Castillo no era beneficiaria del régimen de transición, situación que no fue cuestionada en primera instancia.

Indicó, que realizó el estudio de la ineficacia del traslado bajo el análisis de la nulidad del acto jurídico, de lo cual dijo que el artículo 1741 del Código Civil expresa que: *«la nulidad de estos o de los contratos es absoluta cuando se produce por un objeto o causa ilícita y por falta de formalidades, mientras que cuando tiene un origen diverso, como, por ejemplo, un vicio*

del consentimiento, solo se genera la nulidad relativa que da lugar a la rescisión del acto».

Respecto del contrato y sus vicios, mencionó que según el artículo 1508 del Código Civil son: el error, la fuerza y el dolo, del primero indicó que podía ser de derecho y de hecho, pero que no vicia el consentimiento como lo plantea el 1509 *ibidem*, mencionó que este se presenta en cinco formas, *«acerca de la naturaleza del negocio, sobre la identidad de la cosa, sobre la sustancia del objeto, acerca de otra cualquiera calidad de la cosa y acerca de la persona»*, de lo que dedujo que, a través del formulario se está realizando un acto jurídico diferente al traslado de fondo pensional o que se está haciendo una transferencia entre AFP mas no del ya mencionado.

En cuanto a los beneficios ofrecidos en cada uno de los regímenes pensionales o que se estaba trasladando a uno determinado cuando quiera hacerlo a otro, respectivamente, la fuerza y el dolo por su parte se refiere a la pensión física o moral o artificios que se ejercen frente a una persona para que se obligue a hacer algo.

Seguidamente, hizo un recuento de lo pretendido por la demandante y que no era beneficiaria del régimen de transición.

Así las cosas, estudió la nulidad de dicho acto jurídico y, en cuanto a la fuerza y el dolo los descartó, como quiera que en el formulario de afiliación se encontraba una casilla destinada a dejar constancia que la selección del RAIS se

efectuó de manera libre, espontánea y sin presiones, en el cual se hallaba plasmada la firma de la actora, documento que no fue desconocido ni tachado de falso y allegados con la demanda, por lo que se presumieron auténticos conforme a lo dispuesto en el artículo 244 del CGP, en concordancia con el 269 *ibídem*.

Manifestó, acerca del error, que de la información que contenía la demanda, nada probó la demandante, pese a que obra el interrogatorio de parte en el que expresó que, apenas recibió una asesoría general sin que se le explicara detalladamente el ahorro en cuentas individuales, el capital que debía alcanzar, ni tampoco como se liquidaría su pensión, declaración que no cambió el rumbo de la controversia.

De lo anterior, indicó que lo que si demostró es que dicho traslado tuvo la asesoría pertinente al haber firmado el formulario de traslado entre regímenes y refirió:

Para el 21 de junio de 2006, se realizó solicitud de vinculación a Porvenir S. A., que una vez revisado cuenta con la información que para esa época era la exigida por la ley, conforme a las directrices previstas en el Decreto 692 de 1994, a través del cual se reglamentó lo pertinente, Ley 100 de 1993, lo que a su vez lleva consigo la aceptación de las condiciones propias del régimen, presunción que se consagró expresamente en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, al decir «la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este».

Explicó, que de lo antes mencionado se tuvo que, se le brindó la información necesaria a la demandante para que tomara su decisión y que de esa forma el formulario cuenta con una casilla en la cual se lee:

ha sido asesorado además sobre todos los aspectos propios del mismo régimen, particularmente sobre la pedida del régimen de transición, sobre los bonos pensionales y la forma de las pensiones y sobre los requisitos vigentes para acceder a las pensiones en este régimen, habiendo sido informado también en forma previa del derecho que me asiste de retractarme de mi decisión dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud».

Expresó que, la accionante leyó el contenido del formulario y lo admitió al plasmar su firma en él, aceptando así el asesoramiento brindado, también, en el interrogatorio de parte indicó que colocó su autógrafo, pero que no puso suficiente cuidado en la parte que decía «*recibo la asesoría*».

Aludió, que no se acreditó vicio, ya que con la rúbrica se entendía aprobado el contenido de dicho formulario y que haría mal en beneficiar a la demandante con su propia culpa, ya que permaneció por más de diez años afiliada al ISS hoy Colpensiones, lo que supone su conocimiento del régimen de prima media y no podía exigirle a la AFP desanimar a la actora de su traslado al RAIS, cuando los dos están regidos por la misma Ley 100 de 1993, sin que uno sea mejor que el otro, y que son diferentes y dependen es de las circunstancias particulares de cada afiliado.

Expuso que,

Pese a que Mary Eugenia Castillo Galvis, indicó que en la asesoría de traslado no se realizó el cálculo de rentabilidad que podría obtener, no se probó que aquello fuera producto de un engaño máxime, que tal obligación no se encontraba regulada, pues tal proyección solo apareció con la Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015, por lo que su ausencia no implica necesariamente un asesoramiento, pues como se dice en esta normativa, tal proyección no es un derecho consolidado al basarse en hechos futuros probables que pueden no darse. La demandante al

absolver el interrogatorio de parte anuncio que uno de los motivos de traslado había sido el desaparecimiento del ISS hoy Colpensiones, información que no puede considerarse engañosa, pues para nadie es un secreto que por la entrada en operación de los fondos privados y la competitividad que se emprendió entre esas entidades financieramente, el ISS se vio afectado, también mencionó en el interrogatorio que tampoco se interesó por asistir al ISS a verificar la información dada por el asesor, momento en el cual se encontraba en el régimen de prima media y si bien a casilla del formulario destinada a la inscripción de los beneficiarios de la demandante aparece en blanco, a pesar de que esta anunció en el interrogatorio, que contaba con una hija menor de edad en situación de discapacidad cognitiva, ello no implica ipso facto engaño alguno y tampoco sería suficiente para acreditarlo.

Refirió, que no pudo afirmarse que la AFP hubiese transferido el consentimiento informado de la demandante al omitir la aplicación del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, modificado por el 23 de la Ley 795 del 2003, que exigía suministrar información necesaria a sus usuarios para tener transparencia en todos los trámites y para que la persona escoja si le era beneficioso o no el traslado.

Concluyó, que la afiliada por más de diez años tuvo la posibilidad de acceder al RAIS, pero solo lo hizo cuando estaba próxima a cumplir la edad prevista en el de RPMPD, aduciendo la ineficacia o nulidad de dicha afiliación o haciendo una afirmación contraria a la realidad, ya que no lo fue posible de otra forma por la limitante que imponía el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 de la Ley 797 de 2003.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Sala «*case totalmente*» la providencia impugnada, para que, en sede de instancia, «*confirme totalmente*» el fallo de primer grado (f.º cuaderno digital de la Corte).

Con tal propósito, formula un cargo por la causal primera de casación, el cual fue objeto de réplica por las accionadas y se estudiará a continuación.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia impugnada de violar por vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, los artículos:

[...] 13 literal B de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, que consagra la selección libre y voluntaria de cualquiera de los regímenes pensionales; trasgresión jurídica que se dio a través de la falta de aplicación de los artículos 97 del Decreto 633 de 1996, y 12 del Decreto 720 de 1994, que imponían al promotor de la AFP la obligación de suministrar suficiente, amplia y oportuna información a la afiliada al momento del traslado pensional, infracción que causo por la violación procesal medio de los artículos 167 del Código General del Proceso, que regula la carga de la prueba y del canon 1604 del Código Civil que responsabiliza la demostración diligencia y cuidado al que debió emplearlo.

El quebranto jurídico se dio porque el Tribunal entendió que aunque el traslado pensional fue voluntario, artículo 13 literal B de la Ley 100 de 1993, al no hallarse la afiliada con beneficio transicional pensional, le exigió la carga de la prueba en la negación indefinida planteada en la demanda inicial, consistente en no haber recibido la información integral para el traslado de

régimen pensional, tergiversando el recto contenido del apartado 1604 del Código Civil, en armonía con el artículo 167 del Código General del Proceso, norma aplicable en materia laboral por integración normativa, artículo 145 del Código Procesal y la Seguridad Social, y que imponía a la AFP Porvenir demostrar procesalmente que brindó a la afiliada la información necesaria para que la manifestación de traslado pensional fuere con conocimiento de las incidencias económicas y jurídicas en su derecho pensional.

La exigencia de información para el traslado pensional se encontraba en cabeza de la AFP Porvenir, así lo disponen los artículos 97 del Decreto 633 de 1996 y el 12 del Decreto 720 de 1994 y la constante y lineal jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que imponen al promotor de la AFP la obligación de suministrar suficiente, amplia y oportuna información a la actora antes del paso pensional; sin embargo, a pesar de esa exigencia, el Tribunal hizo inversión probatoria lo que llevó a vulnerar directamente por interpretación errónea la libre elección pensional que regula el artículo 13 literal B de la Ley 100 de 1993, reformado por el 2.º de la Ley 797 de 2003.

Para la demostración del cargo, refiere que acepta las conclusiones fácticas del fallo ya que de manera voluntaria y sin presiones la demandante hizo el traslado el 21 de junio de 2006, para ese momento no gozaba del régimen de transición, por no contar con más de 35 años o más de 15 de servicio.

Señala, que en la etapa precontractual es abordada por la AFP para buscar su traslado pensional, quien tiene derecho a que dicho asesor le informe de las ventajas y desventajas de la decisión, pues no bastaba en que sea voluntaria, es importante que conociera las consecuencias de dicha determinación, por lo que debía recibir una asesoría completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible respecto de lo que le ofrecían.

Seguidamente, transcribe el artículo 2.º literal b) de la Ley 100 de 1993; el 12 habla de la obligación de los

promotores; el 97 del Decreto 633 de 1993, indicando que el *ad quem* tribunal incurrió en yerro interpretativo de las normas ya mencionadas, al imponer la obligación de demostrar que no recibió información que exige la ley, por no gozar del estatuto de transitoriedad pensional.

Mencionó que esta Corporación, ha mencionado que independientemente de que se disfrute o no de la transitoriedad, el afiliado que reclama la ineficacia del traslado no se invierte la carga de la prueba, siempre que se alegue la falta de información estará a cargo de la AFP demostrar que brindo la asesoría legal y pedagogía necesaria para que aparte de ser voluntaria la migración, también tuviere consentimiento jurídico informado.

Explicó, que el *ad quem* se alejó de lo dicho por la Corte, dando una conclusión distinta a la *ratio decidendi* de aquellas decisiones, así abandonando el contenido integral de sentencias estudiadas, produciendo un fallo dispar y apartado de la jurisprudencia lineal reiterada.

Manifestó, que respecto a la sentencia CSJ SL, 14 nov. 2018, rad. 49064, a la que hizo alusión el Tribunal, se tiene que, en ninguno de sus razonamientos la sala hace la diferenciación que plasma el fallador de segundo grado, frente a la carga de la prueba, «*de si el afiliado está o no en el estatuto transicional pensional, contrario exige siempre que se alegue ausencia de información, que sea el fondo en todos los casos, quien tiene la obligación procesal de la demostración de la*

libertad informada hállese o no el afiliado migrante en el régimen de transición»

Precisa que, la jurisprudencia de esta corporación, ya reiterada en varias ocasiones como en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, además de otras en las que, se impone a las administradoras la obligación de demostrar procesalmente que suministró al afiliado una información clara, veraz, comprensible, oportuna y sus consecuencias.

Así mismo, cita apartes de la sentencia CSJ SL, 22 ag. 2018, rad. 55013, e indica que al afirmar que no recibió una información completa sobre su situación pensional para realizar su traslado, se hace presencia de la figura la negación indefinida, lo que sucede es que su atestiguar no requiere ser probado y se invierte la carga de la prueba en el demandado, quien deberá demostrar que realizó una adecuada instrucción, teniendo en cuenta que es su obligación, lo anterior tiene sustento en el artículo 167 del CGP, 1604 del CC y 83 de la CP, y por ultimo menciona la sentencia CSJ SL9447-2017 y CSJ SL1689-2019.

De lo anterior, dice que la sala no ha dividido o mencionado a quien le corresponde la carga de la prueba, por el contrario, ha indicado en todos los eventos que le corresponde a la AFP demostrar que dio la información necesaria para que la migración pensional fuere con capacidad y conocimiento de las consecuencias.

Alude, que como lo ha mencionado la corte, la firma del formulario de traslado corresponde a la mera formalidad de la vinculación y que las manifestaciones pre impresas en dicho documento, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información de las administradoras.

Luego, menciona la sentencia CSJ SL, 27 sep. 2017, rad. 47125 y CSJ SL1689-2019, en la que se explica que:

existe ineficacia de la afiliación cuando quiera que la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho pensional o limitando su monto, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario, sino que es necesario el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad.

Concluye, que ha de confirmarse la sentencia de primera instancia, ya que no existe ninguna evidencia que demuestre que la recurrente se le brindó la correcta información para el traslado.

VII. RÉPLICA

Colpensiones se opuso a la prosperidad de este cargo, ya que en el plenario logra acreditarse que se cumplieron todos los requisitos de hecho y derecho para el traslado de régimen por las siguientes razones:

i) Se acusa a Porvenir S. A., de no haber proporcionado a la recurrente información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiendo los riesgos y desventajas que se pudieran dar, así incumpliendo con sus obligaciones; dichas acusaciones no son ciertas, puesto que no existe duda de la

voluntad plasmada en el documento firmado, situación no desconocida en el proceso, no siendo engañada con la gestión que estaba adelantando y las consecuencias del mismo, actuación que ejecutó consiente y en pleno uso de razón.

ii) La recurrente realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones.

iii) Se trasladó a Colfondos S. A. en junio de 2006, con el diligenciamiento del formulario respectivo, el cual tramitó de manera libre y voluntaria.

iv) A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplía con la edad y tiempo cotizado, por lo que no contaba con una expectativa legítima para pensionarse.

v) Transcribe el artículo 13 del literal e.

vi) Que para el momento de la afiliación estaba vigente el Decreto 692 de 1994, publicado el 30 de marzo de 1994, en su artículo 11 disponía que: *«cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda pre impresa en este sentido».*

vii) Transcribe el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

modificado por la Ley 797 de 2003.

viii) Hace alusión a la sentencia CC C1024-2004, indicando que: *«las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a este en cualquier tiempo, acreditando por lo menos quince (15) años o más de cotización a 1.º de abril de 1994»* y refiere que la señora Mary Castillo, no tenía una expectativa legítima por no cumplir con los requisitos exigidos por la norma, lo que hace que el traslado está ajustado a las condiciones de la Ley 100 de 1993.

ix) La demandante indicó, que no le fue dada una información completa y comprensible acerca del traslado y que le omitieron los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de vincularse a Porvenir S. A., pese a lo mencionado por la actora, de conformidad con las pruebas, ella se afilió de manea libre y voluntaria, sin presión alguna, con la advertencia de proceder de conformidad con su consentimiento, tal como quedó constancia en el formulario de afiliación e indica:

- En efecto, en el citado formulario consta que de «manera libre y voluntaria sin presión alguna, la demandante se afilió, no siendo válido desconocer el valor de la manifestación de la voluntad, de manera libre, voluntaria e informada, generando como consecuencia la imposición de la rúbrica en el formulario que obra en el expediente, la cual fue realizada como lo disponían las normas vigentes en su momento, antes relacionadas, máxime si se tiene en cuenta que la demandante se trata de una profesional

del derecho, con conocimiento de la norma».

- Ahora bien, desconocer su manifestación de voluntad, como lo pretende la demandante al no ver colmadas plenamente sus expectativas y traslade la responsabilidad por ese hecho a la AFP no tiene asidero, pues sugerir como lo hace la parte demandante que se realice una proyección e incluso la estimación de la pensión que podría obtener varios años después cuando cumpla los requisitos, es poco razonable, puesto que cualquier proyección es incierta y aventurada, teniendo en cuenta que el valor ahorrado y por tanto la mesada pensional, dependen de varios factores como: la rentabilidad con la administración de ahorro, la formación profesional, las condiciones y oportunidades laborales que pueda lograr, la capacidad económica que cada afiliado pueda crear y con ello, su capacidad de cotización, además porque la norma no lo exige.

- No es razonable ni jurídicamente válido, imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la C.P., el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

x) Alude que, frente al vicio del consentimiento por error, es con argumento que carece de fundamento porque:

1. En este caso no se presenta tal vicio, ya que la demandante nunca fue pensionada ni engañada al momento de realizar el traslado, no hubo fuerza o dolo, en el formulario se expresa la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, haciéndolo libre y espontáneo.

2. Que no existe error de derecho, pero si se hubiese dado no vicia el consentimiento, como lo refirió la Corte Constitucional en sentencia CC C993-2006.

3. Que el vicio del consentimiento, no debe ser puesto a

la ligera sin tener una relevancia jurídica, ya que le corresponde al interesado hacer una indagación de la situación concreta de las circunstancias que constituyen su determinación.

4. Que tal exigencia de diligencia, se funda en la «*autorresponsabilidad*», por la confianza generada en virtud de nuestro propio comportamiento, que da lugar a un juicio de culpa en aquellos que han provocado la confianza de la contraparte, lo que en términos de «*Mesinna*» se manifiesta en una función preventiva a través de la cual se impide la violación o daños que puedan derivar de actos jurídicos y se expresa con la remoción de la situación que podría ser dañosa, lo que se obtiene privando de cualquier ventaja o derecho a aquel que ha creado la situación misma.

5. Menciona las exigencias emanadas de la buena fe y, dice que conducen a que la exigibilidad de diligencia, que se encuentra en cabeza de quien recibe la declaración, teniendo una responsabilidad mayor quien invoca el error, así quien quiere impugnar el hecho alegando un error, debe tener un comportamiento diligente con un equilibrio equitativo en la tutela formal de las partes.

6. El principio de la buena fe, debe descalificar y sancionar la posición honesta de quien aduce el desliz ajeno y fuerza determinante que tiene sobre la contraparte, pero lo omite y celebra el contrato, cuando dicha equivocación es evidente, surge a su cargo una obligación de buena fe.

7. Más allá del mero contexto verbal, para considerar la situación que comprende el comportamiento de las partes con ocasión de la celebración del negocio jurídico de afiliación y en el desarrollo el reflejando en el tiempo transcurrido entre la afiliación y su permanencia, de lo que no se observa diligencia alguna, pues si la recurrente considera que era un error el traslado al RAIS, la oportunidad de corrección la tuvo vigente durante más de quince (15) años aproximadamente, teniendo en cuenta que su afiliación al régimen ya mencionado data de mayo de 1995, pudiendo haber optado por cambiar y afiliarse al RPMPD hasta que le faltaron diez (10) años o menos para cumplir la edad, para así tener derecho a la pensión de vejez, en aplicación del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, pero no lo hizo, y por tanto su responsabilidad en la decisión a la cual está comprometida y no es posible cambiarla, argumentando que estamos frente a un error que vicia el consentimiento.

Explica, que los argumentos del atacante no están llamados a prosperar, ya que no se está frente a un régimen de responsabilidad objetiva, ya que esta le corresponde al afiliado y no al fondo, así como lo ha mencionado la Ley y la Jurisprudencia, dicho acto es libre y voluntario, solemne y bilateral, por lo que no se encuentra bajo un control absoluto y exclusivo de las administradoras.

Así mismo, dicha afiliación es un acuerdo de voluntades que lo convierte en un contrato y tiene las siguientes

particularidades:

- Por sus características comprende obligaciones de tipo contractual (artículo 1495 del CC).
- Tiene un carácter formal, pues es obligatoria y solemne (afiliación y desafiliación tacita).
- Es libre y voluntaria (literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993).
- es bilateral, por lo tanto, existen obligaciones recíprocas (Decreto 2241 de 2010).
- Es de adhesión, en tanto el afiliado se acoge a las condiciones propias del régimen seleccionado, toda vez que estas emanan de la ley.
- Es aleatorio, puesto que eventualmente algunas prestaciones de una de las partes pueden depender de un acontecimiento futuro e incierto (invalidez o sobrevivientes).

Alude, que no es dable, teniendo en cuenta las obligaciones de la AFP, se invierta la carga de la prueba bajo un criterio de responsabilidad objetiva, desconociendo las del cotizante.

Por otro lado, dicho traslado cumplió con los presupuestos legales que regulan el tema y se ajusta a los requisitos de validez previstos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, el cual permite manifestar la voluntad del afiliado, el cual se hizo de manera libre, voluntaria e informada, por lo que no se dan los elementos legal y jurisprudencialmente aceptados como válidos para declarar viciado el consentimiento por error.

Concluye, que los cargos no prosperan ya que la decisión del Tribunal se ajusta a las normas y se encuentra fundamentada en pruebas allegadas al proceso (cuaderno

digital de la Corte).

Porvenir S. A. sustenta su oposición transcribiendo apartes de la sentencia CC C-1024-2004, en la que se examinó el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, y refiere que resulta improcedente casar la decisión del Tribunal, ya que, si se hace, se estaría violando los artículos 243 de la C.P. y 48 de la Ley 270 de 1996 y lo consagrado en el 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005.

También dice, que quedó demostrado dentro del proceso la información brindada a la señora Mary Castillo, la que fue idónea lo cual ella corroboró al poner su firma en el documento.

Seguidamente hace alusión a:

Importante: Manifiesto que luego de haber recibido asesoría amplia y suficiente sobre este tema, conozco y entiendo las implicaciones legales que tiene mi decisión de traslado al Régimen de Ahorro Individual por medio de la vinculación al fondo de pensiones obligatorias de Porvenir S. A., particularmente en lo que tiene que ver con el Régimen de Transición establecido en la ley.

De lo anterior, dice que, la decisión de cambiar y continuar en el RAIS la tomó la recurrente a conciencia, dándosele la información sobre las consecuencias, por lo que se cae de su peso el desconocimiento que alega, con el cual trata de anular la misma, por lo que vale la pena cuestionarse ¿Cuál fue la instrucción que no se le impartió y que tan vehementemente reclama?.

Por otro lado, la señora Mary Castillo, no trato y tampoco

pudo desvirtuar que no existió vicios del consentimiento que hubieran afectado la forma autónoma y potestativa con la que decidió cambiarse de régimen, como se puede constatar con el formulario de traslado que obra en el expediente.

Luego, transcribe apartes de la sentencia CSJ SL, 15 abr. 2015, rad. 43610, menciona que es lógico que después de once años, la recurrente no recuerde con exactitud la información brindada, por lo que no es justificable que su traslado deba ser anulado o declarado ineficaz, teniendo que su actual pensión resultaría más baja que la que hipotéticamente obtendría con el Régimen de Prima Media y refiere que:

[...] sin embargo, hay que llamar la atención con respecto a que esa diferencia entre una y otra mesada no se debe a negligencia de la administradora del RAIS, o a no haber recibido una instrucción opta para tomar su determinación con un consentimiento informado, pues el real origen está en circunstancias ajenas a dicha entidad como lo son las variaciones que sufrieron los diversos indicadores económicos nacionales e internacionales en el curso del tiempo, hechos de público y notorio conocimiento y, el cambio en las tablas de mortalidad que al extender la vida probable de las personas obviamente repercutió en el valor de las mesadas pues un mismo capital hubo de distribuirse en más partes.

Explica, que la nulidad o ineficacia del traslado no puede entenderse como un mecanismo en el que el afiliado siempre resulte ganador, desconociendo las consecuencias negativas de su actuar, apostando en cual lugar le va mejor, olvidando las instrucciones dadas por la CC y C.P., lo concerniente a respetar los periodos de carencia o de permanencia en cada

uno de los subsistemas pensionales.

Indica, que mirar ahora si la decisión que tomó en el pasado fue la adecuada o no, resulta ser inequitativo, sobre todo si se trata de favorecer a alguien con una prestación que jamás contribuyo a financiar plenamente y que en ultimas se tendrá que responder con los impuestos de todos los colombianos y por eso resultaría ser un reconocimiento pensional que atenta contra tres principios que son: *«la primacía del interés general sobre el particular, la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la cosa juzgada constitucional»*, pese a que recibió la impugnante una ilustración adecuada y estaba al tanto de las consecuencias.

Alude, que era imprevisible saber en el transcurso de los años si la señora Mary Castillo, continuaría con vida y cotizando y saber que se iba a presentar un cambio en las disposiciones regulatorias del RAIS, en particular a lo relativo a periodos de carencia y tablas de mortalidad, hechos que descartan se de una nulidad o ineficacia, ya que comparar el pasado con el presente no tiene lógica.

Menciona, que negar que recibió una información eficaz no puede ser incontrovertible y de obligatorio acatamiento, para que con base en ello los jueces adopten sus sentencias sin otro fundamento, condenando a las entidades de pensiones a reconocer las prestaciones solicitadas, aun cuando la accionante no haya realizado el más mínimo esfuerzo para probar que la información suministrada fue

incompleta y dice:

Se remplacea el ineludible deber del actor con la credibilidad que pueda darse a una supuesta afirmación indefinida suya y en su propio favor, esto es, que no fue ilustrado en forma apropiada, soslayando que es un principio general del derecho y de la equidad más elemental que nadie puede crear sus propias comprobaciones para obtener algún beneficio procesal, de modo que las reflexiones de la recurrente sobre esta materia, con miras a conseguir el éxito de lo que se persigue, resultan inocuas.

Infiere, que cuando alguien reclama no haber recibido información puede tratarse de una negación indefinida, pero si alega que la misma no fue satisfactoria, reconoce que fue instruida y está obligada a demostrar que fue lo que no se le indicó, para poder debatir lo dicho.

Dice, que cualquier proyección que se le hubiere realizado a la señora Mary Castillo, no concuerda con la realidad que se vería en un futuro, lo que no se puede tener como un engaño, pues aquello sería un pronóstico que podría variar en el transcurso del tiempo, lo que no sirve para casar la sentencia del tribunal, saber cuál sería su pensión en el RPMPD, faltándole trece años más de vida y once cotizados, para reunir el número de semanas exigidas para obtener la pensión de vejez, se haría imposible fijar un valor aproximado ya que cada día este puede modificarse, inepto para fundar en el alguna decisión.

Refiere que:

Hay que enfatizar en que el alejamiento en el valor de las mesadas en 2006 no era tan sensible (por el contrario, dadas las tasas de interés de esa época – hecho público y notorio – la mesada del RAIS podría ser competitiva con la que le ofreciera el RPMPD). Sin

embargo, aunque en la actualidad pudiese haber una diferencia relevante debe advertirse que eso solo se manifestó en forma notable a raíz de dos hechos que se presentaron mucho después del traslado y en forma totalmente ajena al RAIS: el cambio de las tablas de mortalidad con las que se hacen los cálculos actuariales, por ejemplo, las que se implantaron con la Resolución 1555 de la Superintendencia Financiera de Colombia, que entro a regir el 1.º de octubre de 2010, y que establecieron más años de vida probable del pensionado y, por ende, mayor cantidad de mesadas por pagar con un mismo capital ahorrado, y una reestructuración drástica en los mercados financieros de Colombia y el mundo que llevó a una reducción muy sensible y continuada en los rendimientos de las inversiones (crisis financiera mundial de 2008 y deliberadas políticas gubernamentales de las tasas de interés).

Hace mención, a los artículos 112 de la Ley 100 de 1993, 5.º y 11 del Decreto 692 de 1994 (compilados en los artículos 2.2.1.1.4 y 2.2.2.1.8, respectivamente del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016), en los que se indica quienes satisficieran los requisitos para trasladarse al RAIS así: *«no podrán ser rechazadas por las administradoras de pensiones»*, lo que *«implica un deber negativo de actuación de las AFP ante la solicitud de afiliación a través de un formulario que reúne las exigencias legales, es decir, debidamente diligenciado»*, de modo que en 2006, con la firma de un formulario que contemplara todos los aspectos consagrados en el citado artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se cumplía con las exigencias legales para que fuera valido el traslado que se reitera, la entidad estaba obligada a aceptar, como se extrae del texto citado 112 de la Ley 100 de 1993.

Manifiesta que,

Después de la creación de los multifondos se consagro en el artículo 47 de la Ley 1328 de 2009 el Régimen de Protección al Consumidor financiero y es entonces y no antes cuando el deber de información se transformó en un deber de asesoría o de buen consejo, lo que en relación directa con el sistema general de

pensiones se reglamentó mediante el Decreto 2055 de 2010 y, fue únicamente hasta la entrada en vigor de la Ley 1748 de 2014 q se creó el sistema de doble asesoría para el cambio de régimen pensional y que se le dio a esa tarea el carácter de requisito de procedibilidad para que no operase el traslado, muestra incontrovertible de que esas acciones no estaban previstas por el legislador en 1993, cuando se promulgo el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues si se trataba de algo que ya estaba consagrado en la normatividad, era inútil duplicarlo y más cuando se presume que el legislador obra con acierto y no en forma redundante, pero si era una nueva regulación, como se afirma que lo es, aplicarlo en asuntos como el presente, es darle retroactividad a esos preceptos, lo que esta proscrito por la ley.

Así las cosas, como se mencionó en sentencia «*rad. 68852 Dr. Quiroz Alemán*», que el deber de información no es exclusivo de las administradoras, ya que los afiliados deben concurrir ilustrados sobre sus expectativas económicas y el plazo para acceder a la pensión de vejez.

Infiere, que la recurrente dejó de lado su propia responsabilidad, más cuando le brindaron una información suficiente para conocer las características de cada régimen, lo cual fue por escrito, ratificando la forma premeditada y sapiente con la que actuó y que ahora niega, aduciendo que su decisión no contaba con el consentimiento informado, cuando al juicio se allegó prueba irrefutable que demuestra lo contrario (cuaderno digital de la Corte).

VIII. CONSIDERACIONES

Dado el camino seleccionado, no es materia de discusión que la recurrente: *i)* nació el 12 de octubre de 1962; *ii)* que para el 1.º de abril de 1994, tenía 31 años; *iii)* que no era beneficiaria del régimen de transición.

La actora denuncia que el Tribunal trasgredió la normatividad enlistada al incurrir en las siguientes falencias de orden jurídico: *i)* entender de forma errada el deber de información de las AFP; *ii)* no aplicar la inversión de la carga de la prueba; *iii)* vicios del consentimiento y *vi)* para la ineficacia de traslado no es necesario que el afiliado tenga consolidado el derecho pensional o este cercano a hacerlo.

De acuerdo a lo anterior, se abordará el estudio de la siguiente manera:

1. Debida instrucción de la AFP

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones de explicación suficiente por parte de las administradoras de fondos de pensiones y su verificación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla.

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el compromiso de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia y cuidado, propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe

a quien debió emplearlos, circunstancia que no se satisface o no se puede colegir de la asesoría brindada.

Así mismo, en la sentencia CSJ SL1688-2019, esta Corporación realizó un recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones el cual sintetizó así:

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 1º 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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º 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.

Sobre la decisión libre y voluntaria que debe acompañar al traslado de régimen pensional, la jurisprudencia de esta sala, en sentencia CSJ SL19447-2017, ha sido consistente en indicar que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien resuelve trasladarse de fondo, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad entendida, es decir, la solicitud y trámite traspaso del mismo, habrá de estar preexistida de una información que le permita evaluar las consecuencias del traslado, obligación que ha existido desde un inicio, como se ha detallado por esta Corporación, en sentencia CSJ SL1459-2019:

Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego, con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido [...]

Así mismo, se halla razón a la recurrente, ya que el Juzgador de segundo grado consideró que no era necesario que Porvenir S. A. hubiere instruido al afiliado en los términos señalados, al considerar que las exigencias obedecían a normas posteriores.

2. De la Carga de la prueba.

En cuanto a este punto, quien tiene la obligación de evidenciar el cumplimiento del deber en comento, es la administradora, en razón que estos asuntos versan sobre una negación indefinida la cual no requiere prueba por parte de quien la propone, argumento desarrollado por la sala en sentencia CSJ SL4426-2019, de la siguiente manera:

En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.

En consecuencia, si se arguye que, al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede garantizar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Esa visión de la inversión de la carga de la prueba también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", de donde sigue la conclusión incontrastable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Y es que no puede ser de otra manera, en cuanto no es dable exigir a quien está en desventaja probatoria 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 desatino, 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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Además, 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.

De lo mencionado, resulta acertado el reparo propuesto por la actora, toda vez que el tribunal le impuso la obligación de demostrar la indebida intelección o el engaño alegado.

3. Vicios del consentimiento

Es menester señalar que, tratándose del caso estudiado, lo pretendido no debe estudiarse desde la órbita de las nulidades civiles sino de la ineficacia, la cual no requiere la acreditación del error, fuerza o dolo, sino del cumplimiento de la exigencia estudiada, como se ha enseñado por esta corporación en proveído CSJ SL4803-2021 al indicar:

El enfoque de la Corte para abordar el problema, téngase presente, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico en normas que son de orden público, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa 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 cumplimiento de normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala de Casación.

De ahí, que se acredita el yerro formulado, en la medida en que el colegiado exigió la acreditación de tales vicios,

desbordando así el compendio jurídico que rige el asunto en concreto.

4. Para la ineficacia de traslado no es necesario que el afiliado tenga consolidado el derecho pensional o esté cercano a hacerlo.

Al respecto, la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en un caso similar al que es objeto de estudio, en proveído CSJ SL1688-2019, donde señaló:

Con fundamento en las documentales que dan cuenta de la edad de la accionante al momento del traslado y del número de semanas que para entonces tenía cotizadas al sistema, el Tribunal también sustentó su decisión revocatoria de la sentencia de primera instancia, en que «como quiera que la demandante para la época [en la] que solicitó el traslado de régimen no había reunido los requisitos para acceder a la pensión de vejez» en el régimen de prima media con prestación definida, «no es posible concluir que fue víctima de engaño o [de] falta de información que le ocasionaron un perjuicio en el reconocimiento de su pensión, como lo ha considerado la CSJ en estos casos».

Esa reflexión es equivocada, porque ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que para que proceda la ineficacia del traslado, es necesario que el afiliado, al momento del traslado, haya «reunido los requisitos para acceder a la pensión» en el régimen anterior al que estuviese afiliado.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas recientemente CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1452-2019, CSJ SL 1688-2019, CSJ SL 1689-2029 y CSJ SL3463-2019, consiste en que, por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrarles oportunamente, información clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, «sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está o no próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de

traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3463-2019).

Conforme a lo establecido, el Juez de segundo grado incurrió en error al restringir el alcance de la jurisprudencia de la Sala a eventos en los cuales la persona reunió los requisitos de ley para la prestación o cuenta con una expectativa legítima.

Por tanto, resultan evidentes los yerros endilgados al juzgador de segundo grado, por lo que se casará la sentencia.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación dada su prosperidad.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

La recurrente solicitó la ineficacia o nulidad del traslado a Porvenir S. A.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, mediante fallo del 26 de julio de 2018 (f.º 190CD y 187 acta, del cuaderno principal) accedió a las pretensiones en los términos descritos en precedencia.

Inconforme con la decisión la AFP presentó recurso de apelación, consiste en señalar que no se acreditó un vicio del consentimiento y que no era posible indicar que durante más de 10 años no hubiese recibido información.

Conforme a ello, la Sala abordará la impugnación presentada, así como en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, lo cual realizará de la siguiente manera:

1. Vicios del consentimiento

Para resolver, son suficientes las consideraciones ya efectuadas en sede de casación sobre la imposibilidad de abordar lo pretendido en el libelo genitor desde la órbita de los vicios del consentimiento, puesto que debe estudiarse el asunto desde la figura de la ineficacia, por lo que se desestima el reproche en cuestión.

2. Grado jurisdiccional de consulta

Ahora bien, con fundamento en el grado jurisdiccional de consulta, resulta imperioso para la sala determinar si se logró acreditar el cumplimiento del deber de información al momento de la afiliación con Porvenir S. A.

En este punto es necesario traer a colación lo dicho en casación en torno al deber de información, el cual no se limita a una simple manifestación de la voluntad de quien resuelve trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite traspaso de fondo pensional, habrá de estar precedida de una información que le permita evaluar las consecuencias de la traslación, obligación que ha existido desde un inicio, lo que no sucedió en este caso particular, pues no obra prueba

en el plenario que dé muestra que al actora se le ofreció una clara, comprensible y veraz ilustración que le permitiera valorar las ventajas y desventajas con la decisión del cambio.

En este orden, se tiene que la accionada no logró demostrar que cumplió con el deber en comento, que le permitiera a la recurrente discernir sobre las consecuencias del traslado.

La demandada se limitó a señalar que la transferencia a esa administradora de pensiones es válida, porque la actora recibió la información necesaria y se efectuó en forma libre y voluntaria, sin que en el expediente se encuentre prueba alguna que permita demostrar que la demandante hubiera recibido la explicación plena y completa por parte de Porvenir S. A., la cual, si bien no era necesario que constara por escrito en su momento, sí resultaba imperioso que se demostrara por parte de la demandada.

Se advierte que al plenario se adjuntó un formulario de afiliación que solo contiene datos personales y laborales de la actora, de modo que únicamente da cuenta de la formalidad requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula preimpresa en la casilla destinada a la firma, sin que se pueda evidenciar en ese medio de convicción calificado, que la AFP cumplió con el deber de suministrarle al potencial afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

De otra parte, la simple rúbrica del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado la exigencia en estudio. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no *informado*, ya que no se trata de diligenciar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, en el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, puesto que la libertad informada, como requisito esencial para que surta efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, es un derecho que no está condicionado al régimen pensional que ostente el afiliado, como tampoco dicha circunstancia, limita el cumplimiento de la obligación de brindarle a los afiliados elementos de juicio claros y objetivos que le permitan escoger las mejores opciones del mercado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De otro lado, del interrogatorio de parte practicado a la demandante se evidencia que la misma fue clara en señalar que no recibió instrucción alguna relacionada con los efectos del acto celebrado, pues el asesor solo le explicó que el ISS se iba a liquidar y por eso le convenía cambiarse de administradora.

En consecuencia, al no demostrarse la correcta y transparente asesoría por parte del fondo sobre las ventajas y

desventajas de esa afiliación al RAIS, es claro que la afiliada desconocía la incidencia que dicho cambio podía tener frente a sus derechos prestacionales y no alcanzaba a argüirse que existiera una manifestación libre, voluntaria y, por ende, es ineficaz el cambio efectuado, ante la insuficiencia de la información.

En ese orden de ideas, no surge desacertada la decisión del Juez de primera instancia en ese sentido, de declarar la ineficacia, puesto que la consecuencia del ordenamiento jurídico frente a la transgresión del deber de información es esta última, como ya quedó explicado.

También se ha dicho por la Sala que una vez declarada la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, las comisiones y los gastos de administración, entre otros, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro.

Por tal razón, en tratándose de *ineficacia*, esta Corte ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta

de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de comisiones gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

En consecuencia, habrá de modificar el numeral segundo del fallo del *a quo*, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S. A. trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de comisiones, gastos de administración, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios, y durante todo el tiempo que el accionante permaneció en el RAIS, con cargo a sus propios recursos.

Sin costas en esta instancia.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira diecinueve (19) de marzo de dos mil diecinueve (2019), en el proceso que le instauró **MARY EUGENIA CASTILLO GALVIS** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia dictada en primera instancia el cual quedara así:

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir S. A. trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de comisiones, gastos de administración, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios, y durante todo el tiempo que el accionante permaneció a él, 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

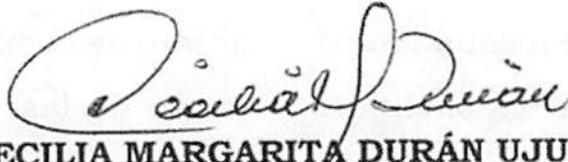
SEGUNDO CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

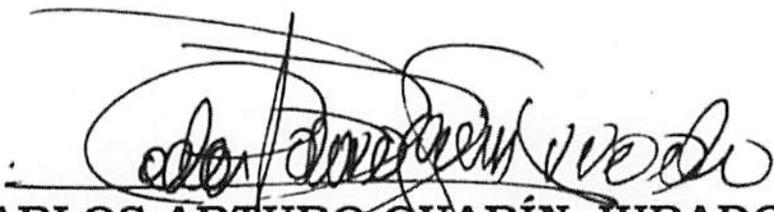
Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.



SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO



CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA



CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO