



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 4

**GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ**

**Magistrado ponente**

**SL5623-2021**

**Radicación n.º 85557**

**Acta 042**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **GRACIELA MONSALVE PARRA** contra la sentencia proferida el 18 de marzo del 2019 por la Sala Primera Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro del proceso que le sigue a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (PROTECCIÓN)**, y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (PORVENIR)**.

**I. ANTECEDENTES**

La señora Graciela Monsalve Parra accionó contra las demandadas, para procurar la ineficacia del traslado del régimen de Prima Media al de Ahorro Individual;

consecuentemente, que se le ordene a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual, esto es, aportes y los rendimientos causados desde su vinculación hasta la fecha, y a esta última, a recibirlos y activar la afiliación con la que contaba inicialmente.

En sustento de sus pretensiones sostuvo que nació el 28 de marzo de 1962; que el 28 de junio de 1997 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en Colmena AIG Pensiones y Cesantías, actual Protección; que los asesores de Protección le manifestaron que el ISS iba a desaparecer, que su mesada pensional sería mayor comparada a la del RPM, así mismo afirmó que omitieron brindarle la información referente a la ventajas y desventajas de realizar el traslado; que el 31 de enero de 2003 solicitó la vinculación a Porvenir; que el valor de la proyección de la mesada pensional realizada por Porvenir fue de \$737.717,00; que la proyección de la mesada pensional en el RPM se calculó en \$1.054.715,00.

Sostuvo que el 21 de octubre de 2016 solicitó el traslado a Colpensiones; que mediante Oficio BZ2016\_12412505-2745518 del 21 de octubre de 2016 Colpensiones señaló «*No es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse*».

Colpensiones, no se opuso a las pretensiones y se atuvo a lo ordenado por la judicatura, señaló que el traslado al RAIS

efectuado por la peticionaria tiene plena validez. Respecto a los hechos aceptó la fecha en que nació la actora, su afiliación al ISS, el traslado ejecutado, la solicitud realizada a esta entidad para el cambio de régimen y la respuesta negativa que le dio. En las restantes expresó no constarle.

Presentó las excepciones que llamó: inexistencia de la obligación demandada y prescripción.

Por su parte, Protección se opuso a las pretensiones, sostuvo que el traslado se dio conforme a lo establecido en la ley, además que este fue suscrito por la accionante libremente y sin presiones, y que la asesoría otorgada se realizó conforme a la normativa vigente para la época. Frente a los hechos aceptó que la accionante se transfirió a Protección en la fecha señalada, negó que dicho traslado se hubiera realizado gracias a engaños, y que no se le hubiera brindado la información imperativa sobre las consecuencias del mismo y diferencias entre regímenes, así mismo afirmó haber contestado las solicitudes realizadas. En lo demás dijo que no le constaba.

Presentó las excepciones que denominó: prescripción, validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, buena fe y confianza legítima.

A su turno, Porvenir se opuso a las pretensiones presentadas en su contra y argumentó que la afiliación no adolece de vicios del consentimiento, en todo caso fue válida, eficaz, lícita y ajustada a derecho, en la medida en que la actora fue consciente de las consecuencias jurídicas del

traslado y permaneció en el RAIS durante 20 años. En lo relativo a los hechos aceptó la fecha y lugar de nacimiento de la recurrente, los aportes realizados al RPM, el traslado realizado a RAIS, la fecha en la cual se vinculó a Porvenir, y el haber realizado una proyección del valor futuro de la correspondiente pensión, negó que la demandante anteriormente no hubiera tenido conocimiento del valor de la proyección futura de la pensión. Sobre los hechos restantes afirmó que éstos no le constaban.

Presentó las excepciones de prescripción; buena fe; compensación; exoneración de condena en costas; *«ausencia de sujeto susceptible de beneficio del régimen de transición»*; *«falta de legitimación en la causa por pasiva y de causa para pedir»*; *«inexistencia de la obligación, de la fuente de la obligación y de causa por inexistencia de la oportunidad»*; *«ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados a la actora por parte de esta entidad llamada a juicio»* y *«afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado»*.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 10 de mayo de 2018, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones.

## **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante fallo del 18 de marzo de 2019, la Sala Primera Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

resolvió la apelación sustentada por la parte actora contra la providencia del *a quo*, y la confirmó.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró que el problema jurídico a resolver era determinar si el traslado de régimen realizado por la actora se encontraba afectado de nulidad.

Expuso que frente al tema de la ineficacia de traslado se aparta de la tesis expuesta por la Sala Laboral de la Corte en CSJ SL4964 – 2018, y acoge la planteada inicialmente en sentencia CSJ SL12136-2014, de la siguiente manera:

[...] se invierte la carga de la prueba a la administradora de fondos de pensiones, quien debe acreditar que les suministró la información debida para que pudiera adoptar conscientemente la decisión de traslado, específicamente en lo relacionado con la pérdida del régimen de transición, pero en caso contrario de no ser beneficiario actual de dicho régimen de transición debe estudiarse lo pedido bajo la óptica de nulidad del acto jurídico de traslado por vicios del consentimiento, evento en el cual le corresponde al afiliado acreditar los respectivos hechos de acuerdo con los principios probatorios, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, so pena de la prosperidad de sus pretensiones, de este modo se recoge cualquier argumentación que haya sido dividida con anterioridad y que difiera de la que se expondrá seguidamente.

Soportó sus argumentos en que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, puesto que a 1 de abril de 1994 tenía 32 años, calenda para la cual contaba con 125 semanas, situación que no fue cuestionada en primera instancia, y con base en esto afirmó que sus pedimentos debían ser analizados bajo la figura de la nulidad del acto jurídico.

Señaló que al examinar las pruebas documentales, no se acreditó que la accionante desconociera su derecho a

escoger el régimen pensional. Expresa que no es posible invalidar el traslado realizado el 28 de junio de 1997 del RPM al RAIS, en la medida que diligenció dos formularios, el primero de ellos ante Colmena, actual Protección, y el segundo correspondiente a un traslado a Porvenir el 31 de enero de 2003.

Así las cosas descarta que el consentimiento estuviera viciado de fuerza o dolo, como quiera que ambos formularios constan de la firma de la actora en la casilla destinada a dejar constancia de la selección libre, espontánea y sin presiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, documentos allegados en la demanda y que no fueron desconocidos ni tachados, por lo tanto han de presumirse auténticos, aunado a ello en el interrogatorio de parte la recurrente confirmó su decisión de trasladarse a Colmena y posteriormente a Porvenir, de manera voluntaria.

Respecto del error como vicio del consentimiento, menciona que la demandante no probó en el proceso que la información hubiese sido fragmentada o irreal, por el contrario se demostró que el traslado estuvo precedido de la debida asesoría, además la orientación otorgada era la exigida legalmente para la época, conforme al Decreto 692 de 1994 que reglamentó la Ley 100 de 1993. Esto fue confirmado por la peticionaria en el interrogatorio de parte al relatar con fluidez las características diferenciadoras entre ambos regímenes y las razones por las cuales decidió trasladarse.

Finalmente señala que la afiliada permaneció por más de 20 años en el RAIS con la posibilidad de acceder a sus prerrogativas, sin embargo no fue hasta estar próxima cumplir la edad prevista en el RPM que pretende de retornar, de lo anterior coligió que su intención era quedarse en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

#### **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 la recurrente, se case la sentencia del Tribunal, para que en sede de instancia revoque la del *a quo*

[...] Y en su lugar se declare ineficaz el traslado realizado por la señora GRACIELA MONSALVE PARRA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a favor de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y, en consecuencia, condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., fondo en el que se encuentra actualmente mi poderdante, a trasladar los saldos, más frutos e intereses de la cuenta individual de la demandante a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y, a esta última, a aceptar el traslado y continuar con el pago de la pensión de vejez.

Con tal propósito formula dos cargos, los cuales fueron replicados, y se resolverán conjuntamente por buscar el mismo fin.

#### **VI. CARGO PRIMERO**

Acusa a la sentencia del Tribunal de transgredir, por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 11, 13, 113, 114, 271 de la Ley 100 de 1993 en

relación con los preceptos 48 y 53 de la CP; 8º de la Ley 153 de 1887; 15, 1494, 1502, 1508, 1604 y 1757 del CC respecto del 167 del CGP; 31, 48, 61 y 145 del CPTSS y; el inciso 1º del 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Endilga al Tribunal los siguientes errores de hecho:

1. Dar por demostrado, sin estarlo que la decisión de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Ahorro Individual con Solidaridad de mi poderdante, señora GRACIELA MONSALVE PARRA, fue una decisión libre y voluntaria.
2. No dar por demostrado, estándolo, que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., omitió su deber de información impuesto por la ley e indujo al error a mi poderdante, señora GRACIELA MONSALVE PARRA, para que se trasladara el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales – ISS (hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones), al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que pertenece dicha AFP.

Reprocha que el Tribunal modificó el sentido de las pretensiones incoadas, atendiéndolas como una acción de nulidad la cual no fue invocada en la demanda, por lo cual abrió paso al análisis probatorio sobre los vicios del consentimiento, lo que lo condujo a concluir que no se identifica ninguno que conllevara a la ineficacia del traslado, lo cual fundamenta con base en el formulario de afiliación allegado al proceso, en el cual consta la firma de la recurrente en la casilla destinada a dejar constancia de que la escogencia del régimen se realiza de manera libre, espontánea y sin presiones, del mismo modo afirmó que el formulario cuenta con la información exigida, y nunca fue tachado o desconocido.

Expone que contrario a lo argumentado por el *ad quem*, al tratarse de una ineficacia de traslado, el objeto de estudio radica en la figura del consentimiento informado, referente a un procedimiento que garantiza la efectiva comprensión del usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de cada régimen, al cual es imperativo brindársele información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Aduce que en virtud del artículo 1604 de Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla, esto es la administradora de pensiones, que se encuentra legalmente obligada a suministrar la información suficiente y completa al afiliado sobre el impacto del régimen pensional, constricción que no fue acreditada por Protección, por el contrario sostiene que a pesar de no corresponderle la carga de la prueba, la afiliada pudo demostrar que fue inducida a un error, lo que debiera derivar en la declaración de la ineficacia de traslado.

## **VII. CARGO SEGUNDO**

Acusa la sentencia del Tribunal por la vía directa, en modalidad de interpretación errónea del mismo elenco normativo y los artículos 3º y 11 de la Ley 1328 de 2009.

En la demostración del cargo señala que Protección no cumplió con las obligaciones previstas en el Sistema de Seguridad Social Integral, adicionalmente el juez plural no llevó a cabo una interpretación acertada sobre las reglas de la carga de la prueba, dado que las AFP son organismos de carácter profesional, y por lo tanto a estas incumbe

demostrar la debida diligencia, máxime cuando son las comprometidas a emplearla, de acuerdo con lo reglado en el artículo 1604 del Código Civil. No obstante, solo se le exigió exponer prueba de la documentación clara y suficiente de la información transmitida a los afiliados que se trasladan del RPM al RAIS.

Expone que la sentencia CSJ SL1688 de 2019, determinó que la demostración del consentimiento informado, en el traslado o afiliación al RAIS corresponde a la administradora, dado que en ella recae 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»*.

Afirma que erró el Tribunal al invertir la carga de la prueba a la afiliada, puesto que la reacción normal del ordenamiento frente a la afiliación desinformada es la ineficacia, o exclusión de los efectos jurídicos del traslado.

### **VIII. RÉPLICA**

Protección aduce que el cargo primero adolece de deficiencias técnicas, indica que la impugnante parte de una base probatoria inexistente, que es infundado el reclamo referente a la inversión de la carga de la prueba, y obvió controvertir el verdadero fundamento de la sentencia acusada, por el contrario reafirmó los razonamientos en los que sustentó sus pretensiones.

Colpensiones arguye que se acreditó el cumplimiento de la totalidad de requisitos de hecho y derecho para la afiliación

realizada por el recurrente al RAIS, igualmente la AFP Protección otorgó la información que para 1997, época que se sitúa dentro de la primera etapa en la que regía la Ley 100 de 1993, se impuso a estas entidades, sin embargo aclaró que con el paso del tiempo dicha obligación de información ha evolucionado al grado de exigir doble asesoría. Enfatiza en que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen. Por otro lado, señala que la demandante no demostró un vicio del consentimiento que hiciera procedente su pretensión de ineficacia del traslado.

Finalmente, trae las sentencias de la Corte Constitucional C-1024 de 2004 y SU-063 de 2010, que en materia de traslados establecieron que nadie podría ser subsidiado a costa de los recursos ahorrados de forma obligatoria por otros afiliados, en la medida en que el régimen solidario de prima media se descapitalizaría.

Porvenir señala que no debe prosperar el recurso, en la medida que no demostró que el Tribunal incurriera en las violaciones legales que se le imputan. Remarca los protuberantes errores de técnica del primer cargo formulado por la vía indirecta. Enfatiza en el hecho de que la recurrente no hizo uso de las oportunidades brindadas a ella por la ley para retornar al RPM, y fue hasta 2016 que solicitó ser trasladada a Colpensiones, momento en el cual le restaban menos de 10 años para acceder a la pensión, así mismo puntualiza que la actora decidió trasladarse voluntariamente

por primera vez en 1997, y posteriormente entre administradoras del RAIS en 2003.

## IX. CONSIDERACIONES

Le asiste razón a los opositores, en cuanto los errores de técnica enrostrados en el primer cargo, no obstante considera la Sala que si bien es cierto que no es un modelo a seguir, porque a pesar de haber sido dirigido por la senda indirecta se exponen cuestiones jurídicas, este error es superable puesto que al estudiarse y acompañarlo con el alcance de la impugnación se evidencia que lo que busca el recurrente es que se conceda lo pretendido desde el libelo inicial.

Superado lo anterior, se encuentra que la censura radica su inconformidad en que el Tribunal erró al considerar que el traslado al Régimen de Ahorro Individual fue plenamente válido y eficaz y por el contrario, se debió declarar su ineficacia.

En atención a lo anterior, queda claro que el problema jurídico a dilucidar en casación consiste en determinar si el *ad quem* se equivocó al no invalidar el traslado al RAIS, ante la falta de información brindada por parte de Protección S.A., sobre los riesgos, ventajas y desventajas del cambio de régimen, siendo este aspecto suficiente para declarar la nulidad de la afiliación.

Pues bien, para resolver los reproches planteados por la censura, basta con traer al *sub judice*, el criterio adoptado por esta Corporación en sentencia CSJ SL1452-2019,

reiterado por esta misma Sala con la decisión CSJ SL1197-2021, en la que al respecto se dijo que:

[...] 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 que 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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y, además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó: “Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe “y de servicio a los intereses sociales” en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que “Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de

suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

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

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

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.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.

### **3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado.**

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse 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.

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 desvirtuarlo 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.

Conforme lo anterior, el Tribunal cometió un tercer error jurídico al no imponerle la administradora accionada la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información y, contrario a ello, exigirle al demandante acreditar el ofrecimiento engañoso de mejores condiciones pensionales en la AFP.

**4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado – No es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado.**

La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la

demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

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 a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no 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. (Subrayas de la Sala).

Lo anterior revela que el Tribunal efectivamente erró con la decisión adoptada, pues su argumentación tuvo el propósito de desconocer el deber que, se recalca, lleva impregnado un interés social, concerniente en informar a la persona de una manera clara, cierta, comprensible y oportuna las características, diferencias, beneficios, riesgos, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, y de contera, olvidando que en estos casos, tal como lo dice la sentencia transcrita, la carga de la prueba se invierte, y era la accionada quien debía cumplir con la obligación de demostrar que entregó la información de manera correcta.

Así lo es, pues en su disertación llega al punto de postular que era la recurrente la que debía tener conocimiento de aquellos presupuestos, contrario a ello,

debió considerar que el deber de información tenía que ser veraz, oportuno e insoslayable en este campo de la seguridad social.

Recuérdese que las AFP tienen la imperativa obligación de brindar una asesoría suficiente, y por ello, si el afiliado alega que no fue así, como aquí ocurrió, el *ad quem* debía entonces contraer su atención en elucidar si ese deber se satisfizo o no, con pruebas que lo demuestren de forma contundente, más aún, si aquella está, tal y como se indicó en el precedente transcrito, en mejor posición que los afiliados, para demostrar esas circunstancias.

Además, se reitera que es palmario el yerro cometido por el juez de alzada, pues no era la accionante quien tenía la carga de probar que su decisión de trasladarse no fue informada, debía hacerlo el fondo por ser la parte fuerte del vínculo entre las partes, toda vez que 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 punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (art. 11, literal b), L. 1328/2009).

De la misma forma lo explicó esta Corporación en la sentencia en cita, donde puntualizó:

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).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiper regulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

De otro lado, esta Sala ha reiterado que la simple firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de estas características o aseveraciones, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no *informado* (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL4964-2018, SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017, SL4964-2018, SL1421-2019, SL2877-2020, SL373-2021 y SL3537-2021).

Tampoco era necesario esclarecer si el accionante tenía o no una expectativa legítima de pensión o un derecho

adquirido, pues la violación del deber de informar se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Sobre este punto también se refirió la Corte, cuando en sentencia CSJ SL1440-2021 adoctrinó:

Asimismo, conviene precisar que el razonamiento del Tribunal según el cual el criterio de esta Corporación --en materia de la inversión de la carga de la prueba-- solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado cuente con un derecho adquirido o una expectativa legítima para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información, resulta abiertamente desacertado, pues, como lo ha manifestado la Sala en reiteradas oportunidades, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al interesado información veraz, clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional *«Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no 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»* (SL1688-2019).

Adicionalmente, es pertinente recordar que los efectos que conlleva la nulidad de traslado con ocasión del incumplimiento del deber que les asiste a las administradoras de suministrar la información necesaria para que el afiliado tome una decisión libre y veraz en los términos descritos con anterioridad, son la procedencia de la devolución de los valores que el determinado fondo hubiera recibido, entre otras, las cotizaciones, los bonos pensionales si fuere del caso, además de los rendimientos e intereses que se hubieren causado.

No está de más aclarar que dicho escenario no supone una retroactividad plena, pues han de mantenerse incólumes todas aquellas situaciones consolidadas y que presumieron una buena fe por parte del afiliado, como lo es el

otorgamiento de las mesadas pensionales o de los derechos que pudieran haberse causado en el régimen al que retorna.

Así fue consignado en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, radicado 31989, donde concretamente se expresó:

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.

Finalmente, conviene precisar que el trasegar de la accionante por diferentes administradoras del Régimen de Ahorro Individual, trasladándose entre ellas, no significa que ello vaya a dar al traste con la ineficacia de la primera mutación de regímenes, tal como lo explicó la Corte en la sentencia CSJ SL3199-2021, en la que reiteró la explicación vertida en el proveído CSJ SL2877-2020, así:

[...] los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En ese orden, es claro para la Sala que el Tribunal incurrió en el yerro que le imputa la recurrente, en tanto que,

la decisión de segunda instancia no se encuentra en sintonía con el precedente jurisprudencial imperante en la Corte, en consecuencia, el cargo sale victorioso y se casará la sentencia.

Sin costas en casación por salir adelante el recurso.

## **X. SENTENCIA DE INSTANCIA**

En sede de instancia la Corte, basada en las mismas consideraciones expuestas en casación, procederá a revocar lo resuelto por el juez de primer grado en todas sus partes, previas las siguientes consideraciones:

En el caso bajo examen, no existe duda de que Protección S.A., no le suministró a la afiliada la información clara y precisa sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, por consiguiente, se declarará la nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se movió al RAIS, o lo que es igual, que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Así, al estudiar las pretensiones de la demanda inicial, tendientes a que se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, y como consecuencia de ello, se ordene al fondo privado trasladar al de prima media, la totalidad de los dineros ahorrados allí por la accionante, la Corte, obrando como Tribunal de instancia, y basada en las mismas

consideraciones que dieron pie para casar la sentencia, sin más, accederá a lo pretendido.

Consecuentemente, se ordenará a Porvenir S.A., que traslade a Colpensiones los aportes para pensión que le fueron consignados, junto con los rendimientos financieros generados y los gastos de administración, según los términos en que fue expuesto en sede de casación y en apego de la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL17595-2017).

Es importante insistir, como anteriormente se dijo, en el hecho de que la demandante se hubiese trasladado posteriormente a la AFP Porvenir S.A., no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP Protección al momento del traslado, porque como se dijo anteriormente, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro.

Frente a la excepción de prescripción, de manera reiterada y pacífica, la Corte 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, son imprescriptibles (CSJ SL688-2019).

Dadas las resultas del proceso, las demás excepciones propuestas quedan resueltas.

Costas de las instancias a cargo de las demandadas y a favor de la reclamante.

## **XI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el dieciocho (18) de marzo de dos mil diecinueve (2019) por la Sala Primera Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso ordinario laboral que **GRACIELA MONSALVE PARRA** adelanta contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Sin costas en casación.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** en todas sus partes la decisión que el Juez Tercero Laboral del Circuito de Pereira profirió el 10 de mayo de 2018.

**SEGUNDO: DECLARAR** la **NULIDAD DEL TRASLADO** de la señora Graciela Monsalve Parra al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 28 de junio de 1997, inicialmente a la AFP Protección S.A., y posteriormente el 31 de enero de 2003 a la AFP Porvenir S.A.

**TERCERO: ORDENAR** a Porvenir S.A., trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses correspondientes de la cuenta individual de la señora Graciela Monsalve Parra, a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), de conformidad con lo estipulado en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

**CUARTO: CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), a reactivar la afiliación al demandante en el régimen de prima media por prestación definida, administrado por tal entidad y recibir los aportes trasladados por parte PORVENIR S.A.

**QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

**SEXTO:** Costas como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

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

*Itzamal*  
**ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA**  
 Aclaro voto

*MAR R.O.*  
**OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA**  
 Salvo voto

*Giovanni*  
**GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ**



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

# EDICTO

La Secretaría Adjunta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

## HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

<b>CÓDIGO ÚNICO DE IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO CUIP</b>	<b>660013105003201700274-01</b>
<b>RADICADO INTERNO:</b>	<b>85557</b>
<b>TIPO RECURSO:</b>	<b>Extraordinario de Casación</b>
<b>RECURRENTE:</b>	GRACIELA MONSALVE PARRA
<b>OPOSITOR:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, Y OTROS
<b>FECHA SENTENCIA:</b>	16/11/2021
<b>IDENTIFICACIÓN SENTENCIA:</b>	SL5623-2021
<b>DECISIÓN:</b>	<b>CASA - REVOCA (...) - SIN COSTAS - A.V. DRA. ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA - S.V. DR. OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA</b>

El presente edicto se fija en un lugar visible de la Secretaría por un (1) día hábil, hoy 16/12/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

  
**FANNY VARGAS HERNÁNDEZ**  
Secretaría Adjunta

El presente edicto se desfija hoy 16/12/2021, a las 5:00 p.m.

  
**FANNY VARGAS HERNÁNDEZ**  
Secretaría Adjunta



Secretaría Adjunta de la Sala de Casación  
Laboral

Corte Suprema de Justicia

CONSTANCIA DE EJECUTORIA

En la fecha 13/01/2022 y hora 5:00 p.m.,  
queda ejecutoriada la providencia proferida el  
16/11/2021.

SECRETARIA

37

## SECRETARÍA SALA DE DESCONGESTIÓN LABORAL

---

Radicado Interno Corte: **85557**

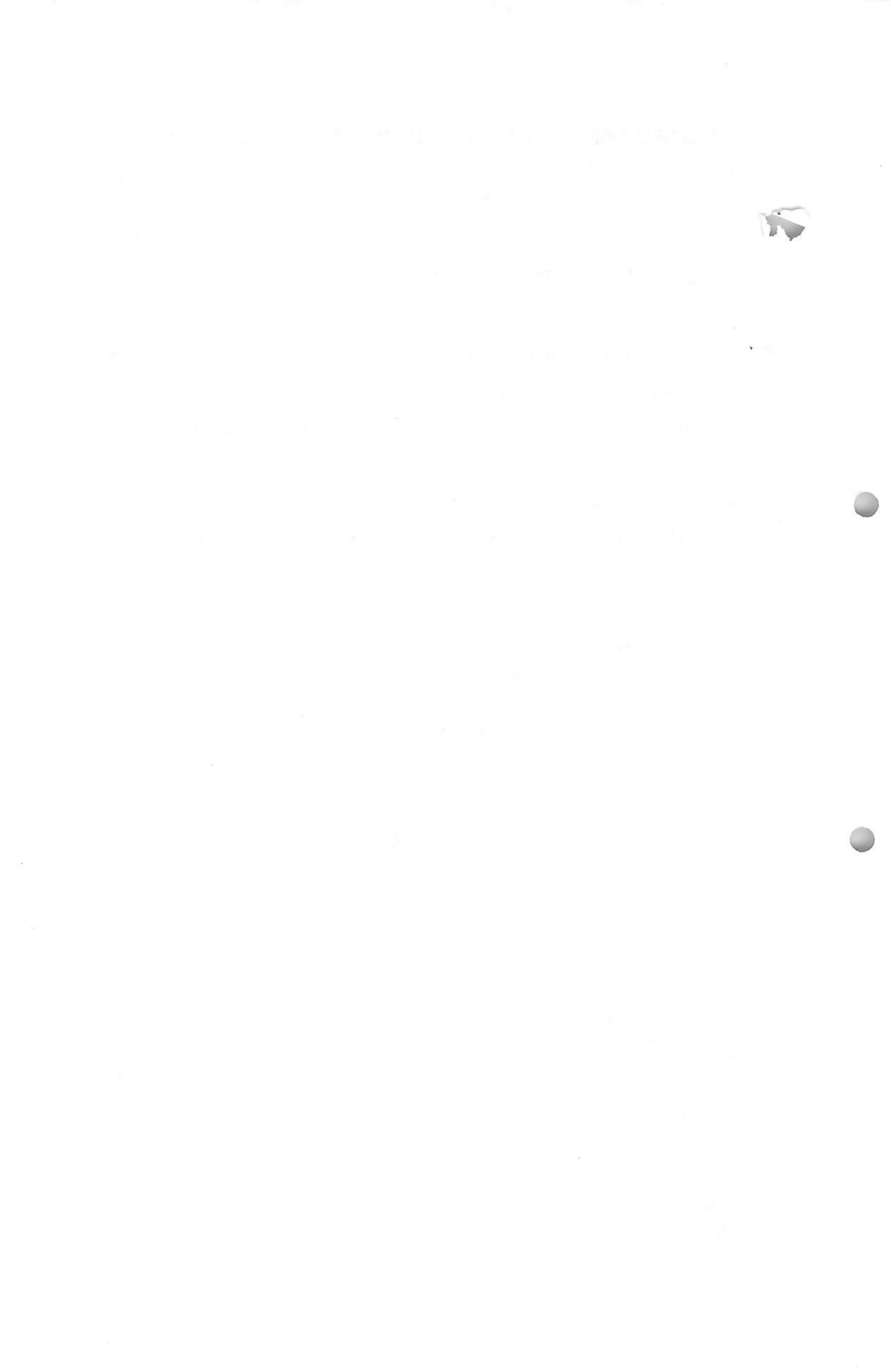
En la fecha pasa al despacho del magistrado **Dr. Omar de Jesús Restrepo Ochoa**, expediente contentivo del recurso, previa notificación y ejecutoria de la providencia que antecede.

Le informo que se encuentra pendiente realizar la sustanciación del salvamento de voto, de la sentencia proferida dentro del presente asunto.

Provea el Despacho;

Bogotá, D. C., 14 de enero de 2022.

  
SERGIO IVÁN RODRÍGUEZ GARZÓN  
Oficial Mayor





República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 4

**GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ**

**Magistrado ponente**

**SALVAMENTO DE VOTO**

**SL5623-2021**

**Radicación n.º 85557**

**Acta 042**

Con el respeto que debe imperar en este tipo de asuntos, me aparto de la decisión tomada por la Sala al resolver el recurso extraordinario de casación propuesto por **GRACIELA MONSALVE PARRA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**.

En mi sentir las consideraciones aprobadas por la mayoría de la corporación resultan insuficientes para resolver el caso concreto, pues se limitan a la transcripción de un precedente jurisprudencial que, si bien ha sido mayoritario en el tema de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, no puede aplicarse de manera

indiscriminada a todos los eventos en los que se plantea este conflicto, por repetitivos que parezcan.

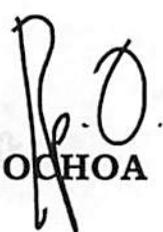
Por otra parte, a mi juicio, amén de las inexcusables falencias técnicas que acusa el cargo primero, planteado por la vía de los hechos, queda claro que las piezas procesales y pruebas valoradas por el Tribunal no fueron abordadas por la censura, de manera que todas las conclusiones fácticas del juzgador —que lucen ponderadas y apegadas al mandato del artículo 61 del CPTSS— quedaron incólumes y, por esa razón, no podrían generar la casación de la sentencia, precisamente porque no fueron combatidas en el cargo.

En particular, no solo los formularios de vinculación a fondos privados fueron objeto de análisis, pues también lo fue la confesión que el *ad quem* encontró en el interrogatorio de parte que rindió la actora, prueba que no mereció ningún comentario en sede casacional y de la que se concluyó que la voluntad de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual (RAIS) fue libre. Por contera, no se podía derruir el argumento central de la sentencia recurrida, que consiste en que no se demostró que la decisión de traslado al RAIS hubiese quedado afectada por el suministro de información fragmentaria o ilusoria, hecho que no fue concretado en pruebas, según el análisis que hizo el *ad quem*, en cuyo desarrollo, se repite, aparece la cabal aplicación de las facultades de libre apreciación que le otorga el artículo 61 del CPTSS.

Todo lo anterior indica que los cargos no debían prosperar, y que debió mantenerse incólume la sentencia del Tribunal, razón por la cual me aparto de la decisión de la mayoría.

Fecha *ut supra*.

**OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA**



40

## SECRETARÍA SALA DE DESCONGESTIÓN LABORAL

---

Radicado Interno Corte: **85557**

En la fecha pasa al despacho de la Magistrada **Dra. Ana María Muñoz Segura**, expediente contentivo del recurso, previa notificación y ejecutoria de la providencia que antecede.

Le informo que se encuentra pendiente realizar la sustanciación de la aclaración de voto, de la sentencia proferida dentro del presente asunto.

Provea el Despacho;

Bogotá, D. C., 04 de febrero de 2022.

  
SERGIO IVÁN RODRÍGUEZ GARZÓN  
Oficial Mayor



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 4

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

**SL5623-2021**

**Radicación n.º 85557**

**ACTA n.º 42**

**Demandante:** Graciela Monsalve Parra.

**Demandada:** Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

**Magistrado Ponente:** Dr. Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez.

Con el debido respeto aclaro mi voto por las siguientes razones.

Sobre la nulidad del traslado, la asimetría de la información entre las entidades y los afiliados y la definición de en quién se encuentra la carga de la prueba, la Corporación ha sentado claramente su posición en los términos señalados en la sentencia respecto de la que aclaro el voto.

Sin embargo, he insistido en que, incluso con ese desarrollo jurisprudencial, de todos modos, este tipo de declaratorias deben ser analizadas en el caso en concreto, pues, a mi juicio, por ejemplo, no es la misma situación la de quienes se trasladaron en la década de los noventa cuando era reciente el establecimiento de los nuevos regímenes pensionales, a quienes lo hicieron en el año 2000 o más recientemente. Ello se predica no solo de las normas aplicables y de las nuevas exigencias, sino de la realidad y el conocimiento que se podía tener del Sistema General de Pensiones por la comunidad y los afiliados en particular.

Así mismo, si bien es cierto en algunos casos resulta conveniente mantener la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se trata de una fórmula permanente, que siempre lleve a la misma conclusión pues las circunstancias particulares del caso pueden definir cuál de los regímenes pensionales resulta aconsejable.

Y en este escenario fáctico, a mi juicio, el hecho de trasladarse entre distintas entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad muestra un contexto diferente de quien lo ha hecho una sola vez. Situaciones en las que hay 2, 3 o incluso más cambios de fondo pensional dentro del mismo régimen implica un conocimiento diferente de quien solo lo ha hecho una vez.

No obstante, la Corporación ha indicado que la falta de información no se ve subsanada con los traslados que

40

posteriormente hagan los afiliados. Esta consideración se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, en donde se manifiesta lo siguiente:

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones 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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

[...]

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales” (subraya la Sala).

Sin embargo, la misma Sala Permanente, acudió a la teoría de los actos de relacionamiento para dar prevalencia a la realidad sobre las formalidades. Es decir, buscó prevalecer la intención del afiliado con observancia a su situación pensional y no los actos o negocios jurídicos que pudieron suscribirse por error o confusión, pero que en nada obedecen a los hechos.

Por ejemplo, dichos comportamientos o **actos de relacionamiento**, en los casos de afiliación, pueden verse traducidos en acciones concretas tales como presentar solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros. Así lo ha establecido esta Corporación en el fallo CSJ SL413-2018, en donde dijo que,

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o

43

traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito *ad substantiam actus* de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

**Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado (negrillas fuera del texto).**

Conforme lo anterior, se tiene que esta idea fue acogida por esta sala en providencias como la CSJ SL413-2018 y CSJ SL2753-2021, siendo la manera de marcar la diferencia entre los distintos afiliados que solo se trasladaron una vez, respecto de aquellos que lo hicieron varias veces o que incluso hicieron otras gestiones que desdibujan esa línea de la asimetría de la información a la que se ha hecho referencia.

A pesar de ello, la sentencia CSJ SL5686-2021 reiteró y generalizó que «[...] una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema».

Así las cosas, aclaro mi voto en el sentido que se da aplicación a la regla imperante en la Corporación, sin

embargo a mi juicio, creo que este tipo de casos deben analizarse bajo los supuestos específicos y no generar una regla en que todas las nulidades de traslado procedan o que siempre es más conveniente el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sobre el de Ahorro Individual con Solidaridad.

Fecha *ut supra*

*Ana María Muñoz Segura*  
**ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA**