



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2

CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

Magistrado ponente

SL5442-2021

Radicación n.º 86077

Acta 41

Bogotá, D. C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **HÉCTOR FABIO ZAPATA CALDERÓN**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019), en el proceso que le instauró a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S. A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

I. ANTECEDENTES

Héctor Fabio Zapata Calderón llamó a juicio a Protección S. A. y a Colpensiones, para que se declarara que el traslado al régimen de ahorro individual, que realizó, es

nulo e ineficaz y que, por ende, su afiliación al de prima media con prestación definida siempre estuvo vigente.

Solicitó que, en consecuencia, se condenara a la administradora del RAIS a trasladar a la del RPMPD los aportes realizados, junto con lo que resultara probado y las costas.

Narró que nació el 2 de septiembre de 1956; que laboró para Colon y CIA Ltda. del 2 de febrero de 1982 al 15 de diciembre de 1982 y para el Ingenio Risaralda, ininterrumpidamente, desde el 10 de febrero de 1983 hasta la presentación de la demanda; que en total cuenta 1812.72 semanas aportadas al subsistema pensional.

Dijo que después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, recibió una visita de un empleado de Colmena hoy Protección S. A., quien lo convenció que, si se trasladaba al régimen de ahorro individual, tendría una pensión anticipada y superior a la que llegaría a recibir en el de prima media y con derecho a excedentes de libre disposición.

Señaló que creyendo que esa información era veraz y que el cambio de régimen le resultaba benéfico, el 29 de abril de 1999, de conformidad con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, suscribió formulario de afiliación al RAIS; que, durante su vinculación a esa entidad, no recibió asesoría sobre el retorno al RPMPD, con el agravante que la que le suministraron fue falsa y claramente lesiva.

Adujo que, en efecto a través de «Oficio CAS-1348252-Z8Q2T0 del 17 de agosto de 2017», Protección S. A. le informó que a los 62 años tendría derecho a una pensión de \$1.032.605, la cual representaba el 67.7 % de la que hubiere percibido en el RPMPD, a razón de 1704 semanas, en cuantía de \$1.534.101.

Afirmó que, por lo anterior, el 3 de agosto de 2017 solicitó la declaratoria de invalidez e ineficacia de la migración; que, sin embargo, en Comunicado «CAS-1348252-Z8Q2T0 del 17 de agosto de 2017», la administradora del RAIS, le indicó que su reclamación solo era procedente por virtud de orden judicial y que, en Oficio BZ2017_8061147-2054374, del 3 de agosto de esa anualidad, Colpensiones rechazó su regreso porque le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional.

Añadió que interpuso los recursos de reposición y apelación contra la última determinación, pero que no le fueron resueltos (f.º 1 a 25, cuaderno del Juzgado).

Colpensiones se resistió a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 2 de septiembre de 1956; que cotizó al régimen de prima media, pero que lo hizo entre el 2 de febrero de 1982 al 7 de junio de 1995, un total de 878.57 semanas; que en agosto de 2017 solicitó la nulidad del traslado al RAIS; que también requirió su regreso al RPMPD; que negó tal reclamación; que aquél interpuso recursos contra esa determinación y no los ha resuelto.

Dijo que los demás fundamentos no le constaban, especialmente, porque la selección del régimen «[...] es única y exclusiva del afiliado» y los fondos de pensiones no podían direccionar esa voluntad.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y prescripción (f.º 106 a 110, *ibidem*).

Protección S. A. se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, puntualizó: *i)* que el accionante contaba con 1612 semanas de las cuales 951.48 fueron aportadas en el régimen que administra; *ii)* que para abril de 1994 no reunía 15 años de aportes o servicios, por lo que no puede «recuperar automáticamente la transición»; *iii)* que, ciertamente, se afilió al RAIS en la fecha que contó, pero fue de forma libre, voluntaria, sin apremio o coacción alguna.

Aclaró que no le constaban las condiciones de la asesoría, porque se trata de un hecho que se remonta a esa época; que, sin embargo, la información sobre la pensión anticipada, no fue falaz, pues en realidad la normativa así lo permitía; que, aunque la proyección pensional suministrada, arrojó la cuantificación descrita en la demanda, ella está sujeta al momento en que se cumpla con la totalidad de requisitos.

Expuso que «[...] Las diferencias que puedan existir en ambos regímenes respecto del monto de la mesada pensional

son imputables única y exclusivamente al legislador y no a las entidades de régimen privado» y que, ciertamente, el accionante reclamó la ineficacia del traslado, pero que la negó.

Propuso como excepciones meritorias las de prescripción, buena fe, compensación, exoneración de condena en costas, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, falta de legitimación en la causa y/o ausencia de personería sustantiva por pasiva de Protección S. A., inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de perjuicios morales y materiales irrogados al actor, afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado (f.º 126 a 156, *ibidem*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 25 de octubre 2018, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el señor **HÉCTOR FABIO ZAPATA CALDERÓN**, realizado el 29 de abril de 1999, con efectividad a partir del 1º de junio de 1999, a través de COLMENA (hoy PROTECCIÓN S. A.)

SEGUNDO: ORDENAR a **PROTECCIÓN S. A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** todos los aportes y rendimientos que posee el señor **HÉCTOR FABIO ZAPATA CALDERÓN** en su cuenta de ahorro individual, esto es traslado de los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, adicionales y sus respectivos frutos e intereses, por ser esta última AFP la entidad a la cual se encuentra afiliado el accionante para los riesgos de IVM.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a proceder sin dilaciones a aceptar el traslado y recibir todos los aportes y rendimientos que posee el señor **HÉCTOR FABIO ZAPATA CALDERÓN**.

CUARTO: CONDENAR en costas en un 100 % a favor de la parte actora (acta f.º 228, en relación con CD f.º 229, *ibidem*).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, a través de decisión mayoritaria, el 2 de julio de 2019, al resolver la apelación de las demandadas, revocó la primera sentencia y condenó en costas de ambas instancias al accionante.

Dijo que debía determinar si Protección S. A. desconoció el derecho del reclamante a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional deseado.

Precisó que la jurisprudencia, entre otras, en las sentencias CSJ SL9464-2018; CSJ SL1452-2019; CSJ SL1688-2019, con base en los artículos 13 literal b) y 271 inciso 1º de la Ley 100 de 1993, ha considerado: *i)* que las AFP desde su creación tenían el deber de informar a sus afiliados sobre el sistema, para que tomaran una decisión libre y consiente sobre su futuro pensional; *ii)* que tal obligación pasó a la de asesoría y buen consejo y, finalmente, a la de doble asesoría y, *iii)* que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el cumplimiento de esos compromisos.

Exaltó que, sobre lo último, la Corte razonó, *iv)* que previo a la suscripción de ese formulario debe haber una ilustración de «las “*características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado*”»; *v)* que la demostración de esa obligación corresponde a la demandada, en razón a que, cuando se afirma que no se recibió información veraz y suficiente, ello implica una negación indefinida que debe ser desvirtuada por el fondo, quien cuenta con las pruebas en su poder.

Indicó que en esa doctrina, también se ha expuesto, *vi)* que en perspectiva del artículo 1604 del CC, la accionada es quien debe demostrar que realizó las actuaciones necesarias para que el afiliado conociera las implicaciones de su traslado; *vii)* que la acción para obtener el traslado de régimen es la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico de ese acto, por lo que es errado abordar su estudio a través de las nulidades y más exigir la prueba del error, la fuerza y el dolo y, *viii)* la ineficacia es insubsanable por el paso del tiempo, sin parar mientes en que el afiliado tenga o no un derecho consolidado, o sea beneficiario o no de la transición pensional.

Adujo que, aunque los precedentes de la Corte son de obligatorio acatamiento, es viable apartarse de ellos si se hallan razones fundadas para el efecto; que, bajo ese contexto, se encontraba de acuerdo con la línea jurisprudencial descrita, pero parcialmente, porque no compartía las consideraciones esgrimidas en los numerales

iii), v) y vi).

Consideró que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en relación con el artículo 271, *ibidem*, establecen que el trabajador puede elegir libremente, por escrito, entre regímenes; que, de no hacerlo en esa forma, podrá seleccionar, nuevamente, el sub sistema al que desea pertenecer, «[...] sin que por eso recobre vigencia la afiliación anterior, pues ello no es el efecto jurídico de la ineficacia que trae el canon citado».

Puntualizó que, en ese panorama, la carga de la prueba no puede ser exclusivamente de la AFP, por cuanto ha sido inexacto el entendimiento que se ha proporcionado del artículo 1604 del CC, debido a que este es respuesta a quien en acatamiento del artículo 167 del CGP, ha acreditado *«la obligación incumplida para que se presuma que se dio por culpa de la contraparte, quien en réplica de tal cuestionamiento tendrá la carga de acreditar la diligencia o cuidado en la obligación pactada. Solo así, podrá distribuirse la obligación probatoria»*.

Anotó que ocurre algo diferente cuando las pretensiones del proceso de ineficacia de la afiliación, se fundan en una negación indefinida, es decir, cuando se concreta en la ausencia total de información, *«sin que la configure el que la parte actora exprese que “la AFP no suministró información veraz y suficiente” como se aduce en las sentencias de la Corte [...]; expresión que lleva implícita que si se le dio alguna información, solo que resultó engañosa e insuficiente»*, porque

en ese evento, el actor deberá exponer qué fue lo que se le comunicó, para establecer en dónde radicó el engaño, *«todo ello para trasladar la carga de probar a la AFP»*.

Concluyó que,

[...] en los procesos tendientes a dejar sin efecto una afiliación hecha a cualquiera de los dos regímenes, con el propósito de volver a elegir el que desee, esta vez, en forma libre y espontánea, deberá el afiliado demostrar imperativamente que la AFP a la que se afilió incumplió en la etapa precontractual con su obligación principal, consistente en brindarle la información oportuna, adecuada, completa y veraz para tomar una decisión bajo el principio de la libertad informada, y en esa medida, poder dar rienda suelta al art. 1604 del C.C., pues la presunción allí establecida no es el incumplimiento de la obligación, sino la culpa en tal incumplimiento, iterase, una vez probado este.

En ese sentido, probado que la AFP incumplió tal obligación corresponderá a ésta, para efecto de exonerarse de la consecuencia negativa impuesta en el art. 271 de la Ley 100 de 1993, acreditar su diligencia y cuidado en tal suministro de información.

Expuso que la demostración del deber de diligencia, en el último evento, ha de ser riguroso, puesto que la actividad de la AFP es habitual, masiva, lucrativa; que, en relación con la carga de información inicial, ha de entenderse que este se circunscribe a la ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, lo que incluye, de ser el caso, la existencia de la transición o la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Aseguró que, no obstante, tal obligación no despoja al trabajador de un mediano empeño en participar de la elección de su régimen, menos cuando dicho comportamiento, debe ser valorado por la necesidad de

garantizar la sostenibilidad del sistema, en aras de evitar la descapitalización del régimen de prima media.

Explicó que,

[...] permitirle a una persona adoptar[lo], en razón a la supuesta ineficacia, sin hacerse responsable de sus decisiones, contando con menos de 10 años, para alcanzar la edad para pensionarse, por lo mismo que no contribuyó con dicho fondo y por ende, no fue tenida en cuenta para efectos de establecer las sumas de dinero que representarían el pago de su pensión en el futuro, pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable de los demás cotizantes; además de trasgredir la cláusula constitucional contenida en el artículo 95 y el principio de eficiencia pensional.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-1024/2004, a propósito de la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 797/2003 que limita el traslado entre regímenes.

Lo dicho adquiere más significado, si en cuenta se tiene que al sancionarse con la ineficacia el negocio jurídico de afiliación celebrado entre el actor y una AFP, quien realmente sufre los efectos es Colpensiones, tercero que no participó tan siquiera en la etapa precontractual indispensable para que el afiliado fuera debidamente informado, y quien además, deberá asumir la carga impositiva que deviene de un nuevo afiliado, para lo cual deberá echar mano de los recursos habidos en el fondo común en el que participan todos los afiliados al RPM y que puede llegar a poner en riesgo la garantía del derecho pensional de los actuales y futuros afiliados que sí han contribuido a formar el fondo común, al permitir que sus aportes por más de 10 años hayan contornado las pensiones de otros afiliados. Todo lo anterior en tanto a nadie le está permitido abusar de sus derechos.

Consideró que, si en gracia de discusión, se acogiera la tesis sobre la inversión de la carga probatoria, atendiendo las reglas de justicia sobre las que la jurisprudencia la construyó, por virtud de las cuales, no es viable exigirle al demandante la acreditación de un hecho que no está en posición probatoria de acreditar, debía tenerse en cuenta, que al tenor del artículo 167 del CGP, era imprescindible distribuir aquella obligación, oportunamente, es decir, con

anterioridad a la sentencia.

Razonó lo último, en especial, porque para la primera etapa del deber de información, ninguna norma exigía a las AFP dejar registro del proceso de asesoría, distinto del formulario, motivo por el cual la jurisdicción contravendría el artículo 6º Constitucional, al exigir a la AFP allegar una prueba que no tenía la obligación de tener.

Apunto, frente a los reparos restantes a la línea jurisprudencial, que no puede desconocerse que el formulario de afiliación se presumía auténtico; que no fue tachado de falso; que de él es válido inferir, a la luz de los artículos 244 y 269 del CGP, que se brindó una información suficiente y veraz, en específico porque:

i) esa documental cumplió con las directrices del Decreto 692 de 1994, cuyo artículo 11, plantea que la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias del mismo,

[...] lo que necesariamente supone que se le brindó la información para llegar a adoptar tal decisión, pues la regla de la experiencia enseña que se acepta lo que se conoce; de tal manera que esa firma constituye un indicio de que la AFP, a través de sus asesores, dio cumplimiento a su obligación de información; por lo tanto, el formulario firmado es la prueba indiciaria del cumplimiento de las AFP, y no como lo afirma la Sala de Casación laboral de la Corte, que solo da cuenta de que fue libre y voluntaria, pues con ello se desconoce el artículo antes referido y las reglas que se fijaron para cumplir tal acto jurídico.

ii) el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, requiere como requisito para que ocurra el traslado, únicamente, que el

afiliado presente a la administradora la comunicación escrita de haber seleccionado el régimen de forma libre, espontánea y sin presiones.

Refirió que, en realidad, pretende hacer ver que la búsqueda de la verdad no se atribuye a una única persona, pues la actividad probatoria debe estar permeada del principio de la comunidad de la prueba, de tal manera que, una vez allegadas los elementos a conocimiento del juzgador, sin detenerse en el sujeto procesal que los introdujo, cuentan con un único propósito.

Memoró que el demandante pretendió la nulidad o ineficacia del traslado (f.º 2, cuaderno del Juzgado); que de esa migración da cuenta el formulario suscrito ante Colmena hoy Protección S. A. (f.º 53 y 157, *ibidem*); que escudriñando si fue asesorado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos del régimen pensional, para determinar si tomó una decisión consciente y libre, debía advertir que la selección del RAIS estuvo precedida de la asesoría debida y oportuna.

Consideró que lo último se desprende de la firma impuesta en la solicitud de vinculación al fondo; en el interrogatorio de parte, en el que confesó, que recibió asesoría en un aula de capacitaciones de la empresa, a la que asistieron 30 o 35 personas; que allí le explicaron que sus ahorros tendrían rendimientos; que eran circulados en la bolsa; que el ISS se liquidaría y que en los fondos privados podría pensionarse antes de tiempo, además de las

declaraciones de María Luney Montoya Taborda y Luz Piedad Betancur Botero, quienes ratifican esos dichos.

Infirió que,

[...] Héctor Fabio Zapata Calderón contaba con la información de las características del RAIS, presupuestos indispensables para tomar una decisión basada en las condiciones y beneficios que le reportaría desde su traslado a este en el año 1999, pues aceptó que conocía los pormenores de este, en tanto sabía de la posibilidad de acceder a la pensión de forma anticipada y de la forma en que obtendría los rendimientos para acceder a la subvención, además que dicha información la recibió de manera contrastada con las del ISS; régimen del que tenía conocimiento pues había permanecido allí afiliado por más de 18 años interrumpidamente (11.28 c. 1).

En segundo lugar, de las declaraciones de sus compañeras de trabajo se desprende que durante la asesoría realizada por la AFP recibieron la información sobre las características del RAIS y si bien les indicaron que el ISS se extinguiría, dicha información 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, tanto así que se dio paso a una nueva entidad - Colpensiones - y pese a ello permanecieron en el RAIS.

De otro lado, Luz Piedad Betancur Botero señaló que el cambio de régimen también estuvo precedido de una confianza general, porque el gerente general y financiero se había trasladado.

Adujo que tan cierto era que el demandante tenía la información necesaria, suficiente y veraz frente a las características del RAIS que permaneció en él desde 1999 y solo en el 2017, solicitó la ineficacia (f.º 32, *ibidem*), porque una de sus compañeras no recibió la pensión esperada, doliéndose de ello, solo después de 20 años, a pesar de que conocía que el monto de su prestación dependía de los ahorros realizados en toda su vida laboral.

Señaló que,

[...] encontrándose frente a una persona que no fue beneficiaria del régimen de transición y que estuvo afiliada al ISS por más de 18 años interrumpidamente (fi. 28 c. 1), permite deducir su conocimiento del RPM, por lo que mal podía exigírsele a la AFP privada desanimar en un primer momento al demandante de su traslado al RAIS, máxime que tanto este como el RPM están concebidos en la misma Ley 100/93, sin que uno sea mejor que el otro, sino diferentes como pudo el mismo demandante percibir al poder comparar las características, condiciones y ventajas que venía recibiendo en el RPM, con las que recibiría en el RAIS; pues la certeza del monto pensional que otorga el primero se recompensa en el RAIS con la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos, los excedentes de libre disponibilidad y que las sumas acumuladas en la cuenta individual hagan parte de la masa sucesora.

Así, dependiendo de las circunstancias particulares del afiliado al final de la vida laboral o de presentarse un siniestro, es que se podrá precisar cuál de los dos es más conveniente; antes de ello solo es partir de meras conjeturas y vaticinar la vida de la afiliada 20 años.

Insistió que la obligación demandada, no podía examinarse en relación con la de buen consejo, por cuanto la misma emergió fue con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 y ello sería usurpar la voluntad del afiliado, única persona que podría determinar, que le resulta adecuado para su proyecto de vida y que tampoco era viable cuestionarla, a partir de la diferencia en los montos pensionales, pues la obligación de realizar cálculos y proyecciones devino con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Agregó que el hecho de que en la actualidad la mesada no corresponda con la que obtendría en el RPMPD, no configura una ausencia de información, porque en todo caso esa afirmación está respaldada en meras conjeturas, al basarse en hechos futuros; que, en síntesis, el actor

pretendió «[...] condicionar una versión que se ajustara a los presupuestos legales que regulan la ineficacia del traslado entre regímenes, para corregir su pasividad e incuria con el propósito de retomar al RPM, pues se le brindó la información completa para que tomara su decisión» (acta f.º 6, en relación con CD f.º 8, cuaderno del Tribunal).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el 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 sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, confirme la de primer grado (demanda de casación, expediente digital).

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados por Colpensiones y Protección S. A., los cuales serán estudiados conjuntamente, porque, aunque se dirigen por sendas de ataque distintas, persiguen igual propósito.

VI. CARGO PRIMERO

Denuncia la vulneración de la ley por la vía directa, por interpretación errónea de los artículos 13, 114 y 271 de la Ley 100 de 1993; 10º del Decreto 720 de 1994; 11 del Decreto 692 de 1994, en relación con los 167 y 281 del CGP y 60 y

61 del CPTSS, «*lo que condujo a violar por infracción directa*» de los artículos 13 y 53 de la CP; 21 y 340 del CST; 272 de la Ley 100 de 1993 y 4º del Decreto 656 de 1994.

Afirma que el cargo está orientado a razonar, en el marco de las normas enlistadas, que el conocimiento profesional de la AFP le exigía informar al afiliado, no solo lo favorable, sino todo aquello que pudiera afectarlo; que de acuerdo al principio de la carga dinámica de la prueba, esa entidad tenía la obligación de demostrar las afirmaciones y negaciones indefinidas planteadas en la demandada y que no le bastaba a Protección S. A., acreditar la suscripción del formulario.

Destaca que el Tribunal reprochó las decisiones de la jurisprudencia de la Corte, considerando que es equivocado adoctrinar que quien debe demostrar la diligencia y cuidado en la asesoría no es el afiliado; que, sin embargo, de los artículos 13 – b, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y 10º del Decreto 720 de 1994, que cimentan su raciocinio, no se infiere que la falta de información o la asesoría errada de las AFP, no conlleve a la ineficacia del traslado, de la forma en que lo reflexionó.

Sostiene que, por el contrario, este es la consecuencia lógica y objetiva a esa omisión; que, en efecto, así lo consagra el primero de los preceptos, cuando se presenta la vulneración a la libertad del afiliado de trasladarse de régimen; que, en consecuencia, el fallo desconoce el sentido

claro de la norma, según la cual, en estos eventos, no recobra vigencia la afiliación anterior.

Recuerda que las disposiciones jurídicas no pueden interpretarse en contra del afiliado, so pena de vulnerar el artículo 53 de la CP; que tampoco es posible consultar su espíritu, cuando no son oscuras, como procedió el juzgador y que era menos oportuno, conforme el artículo 31 del CC, extender su aplicación o intelección en lo desfavorable u odioso de la misma.

Afirma que de las normas citadas no se desprende el alcance que le otorgó el fallador de la apelación, porque:

i) el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo que determina es que cualquier persona que atente contra el derecho del trabajador a seleccionar el régimen en seguridad social al que se afiliará, se hará acreedor a unas sanciones, que no fueron objeto del trámite;

ii) el artículo 171 *ibidem* impera que «[...] la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente [...]» y,

iii) el artículo 10º del Decreto 270 de 1994, ratifica la responsabilidad de las AFP.

Refiere que no puede perderse de vista que el interesado en el traslado no es el trabajador, como lo dice el colegiado, a menos de que se le hubieren ofrecido alguna prebenda para

que esa migración se produjera; que los que obtienen beneficios de ese acto son las AFP; que no por otra razón buscan sacarlos del RPMPD; que, en ese contexto, el Tribuna desconoció que el principio de favorabilidad imponía interpretar las normas era en beneplácito de aquellos y no de los fondos.

Concluye, después de transcribir los artículos 11 del CGP, 272 de la Ley 100 de 1993 y 4º del Decreto 656 de 1994, que su contenido,

No se presta a interpretaciones extensivas, excluyentes o limitativas que permitan al operador judicial, con el pretexto de descifrarlas, dejarlas de aplicar, pues resultaría ilógico, por demás pretender encubrir unos efectos en contra del recurrente y a favor de la persona jurídica que buscó y logró el traslado con la firma del formulario pro forma que se le presentare.

Argumenta que la posición de la sentencia atacada, asume una defensa en favor de Colpensiones, a quien considera la perjudicada, pero que si ello fuera así, se aceptaría que los afiliados al RPMPD incorporan al sistema un detrimento patrimonial, porque no alcanzan los aportes de los afiliados para financiar las pensiones del fondo común y la Nación tendría que atenderlo con su patrimonio; que, sin embargo, esa visión no puede ser patrocinada judicialmente, por ser contraria al principio de solidaridad.

Plantea que denegar el traslado, justificándose en el principio de sostenibilidad financiera, también constituye una errada intelección de la norma; que la afectación del sistema por el reconocimiento de derechos en el primer régimen, *«constituye una verdad oculta con la expedición de la*

Ley 100 de 1993»; que, por tanto, había que buscar migraciones que impidieran la concesión de pensiones a cargo del sector público, pero que el artículo 48 de la CP no otorgó facultades a la jurisdicción para pretextar una simple regla fiscal en contra de los afiliados, menos porque a la luz del inciso 7º del Acto Legislativo 01 de 2005, esa limitación esta impuesta es al legislador.

Expone que, en igual norte, el artículo 334 de la CP, deja a salvo los derechos fundamentales de esa regla sobre sostenibilidad; que la ineficacia de los traslados ha sido un tema ampliamente debatido en la jurisprudencia como por ejemplo en las decisiones CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, destacando la necesidad de que las AFP, para ese efecto, brinden información completa y comprensible, con sus beneficios e inconvenientes, a tal punto de desanimar al interesado de tomar una decisión que le perjudique.

Explica que el Tribunal *«no tuvo en cuenta»*, que el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, exige una comunicación escrita, elaborada por el afiliado de forma libre y voluntaria que respalde el cambio de régimen; así como tampoco, que esta no puede entenderse suplida con una pro forma en la que se inserta una leyenda uniforme, que no realizó; que ese formato no solo autoriza el traslado, sino que debe enseñar la declaración documental.

Apunta que, por lo último, la documental es precaria, porque se utilizó un manuscrito en letra más pequeña y se indujo a firmar el traslado con la misma signatura de esa

declaración; que en ese aspecto el colegiado «*justifica la leyenda citada para derivar de su contenido un efecto adverso [...] al señalar el cumplimiento del artículo 11 del Decreto 692 de 11994*», pero que inexplicablemente no estudia ese precepto junto con sus incisos 3º, 4º y 5º.

Precisa que, así por ejemplo, la norma en referencia hace alusión a la necesidad de referir los datos del cónyuge, compañero o compañera; así como los hijos o beneficiarios del afiliado, so pena de no tener por válida la vinculación; que, sin embargo, el formulario sustituyó esa expresión por «*Los de ley*» y la AFP no demostró haber subsanado esa falta; que, por ende, contrario a la deducción del Juez de la apelación, en relación con la norma en cita, debió declararse la ineficacia o invalidez del acto.

Exalta que la colegiatura desconoció la jurisprudencia de la Corte al respecto, promoviendo la contradicción y la desigualdad en la decisión de casos semejantes, en contra de los intereses de los afiliados; que, así por ejemplo, inicialmente, declaraba la prescripción; que, posteriormente, aplicaba la línea de la Sala, pero, respecto de beneficiarios del régimen de transición y que, finalmente, adoptó la posición que se controvierte, según la cual los afiliados deben probar el engaño en la migración pensional.

Reitera que la interpretación del segundo Juez contraría lo que armónica y pacíficamente se ha reiterado, entre otras, en las sentencias CSJ SI4964-2018; CSJ SL1452-2019; CSJ SL1421-2019; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, lo cual

constituye una vulneración de los derechos a la igualdad, al debido proceso y a la finalidad del recurso extraordinario de casación, por cuanto aquél insiste en desconocer el precedente sobre la materia.

Concluye que,

La evidente e injustificada vacilación en las consideraciones y argumentos empleados por el Tribunal [...] para desconocer a la Corte destruye el principio de igualdad, equidad, favorabilidad y de primacía de la realidad.

No es pues dable al interprete y operador laboral restringir el sentido o alcance de normas de carácter laboral y su interpretación específica surgida de decisiones consistentes del órgano límite de la jurisdiccional laboral, para deducir en contra del destinatario de las mismas una consecuencia adversa o lo que es peor, requisitos, cargas y/o exigencias no previstas ni por las normas ni por la jurisprudencia y menos por la Constitución (demanda de casación, expediente digital).

VII. RÉPLICA

Protección S. A. plantea que la acusación no cumple con el deber de argumentar objetivamente la crítica; que, aunque sus argumentaciones pudieran ser interesantes, no sustentan su cuestionamiento; que, inclusive, no denuncia, de la manera en que debió, la violación medio de las normas procesales que cita, lo cual no es de poca monta, si se tiene en cuenta que la disertación gira en torno a la carga de la prueba.

Sostiene que el principio de favorabilidad y el de sostenibilidad financiera a los que acude la acusación, tienen una cercana relación entre sí, por cuanto uno y otro propenden por la defensa del sistema de seguridad social,

antes que por la protección de los afiliados, en la medida que, entre ellos, prima el interés general sobre el particular; que, no obstante, en ese norte no ha trajinado la jurisprudencia; que no es desacertado hacer un llamado para que se empiece a hacerlo y que la alusión al artículo 334 de la CP es desacertada.

Plantea que los argumentos del Tribunal fueron acertados, porque ciertamente:

1. Hay distintas expresiones negativas, pero solamente algunas de contenido *absoluto*; que ameritan la inversión de la carga de la prueba; que las que enseñen cierta parcialidad, no logran ese cambio en el régimen probatorio; que, en efecto, no es lo mismo asegurar que no le dieron información alguna a afirmar que no dieron información completa; que en el último evento la carga de acreditar es de quien realiza dicha manifestación.

2. De acceder al traslado, Colpensiones sufriría injustificadamente, mayores afectaciones económicas, porque tendría que responder por una prestación, sin tener los rendimientos que debieron generarse, de haber recibido en su fondo común, los aportes del demandante por todo el tiempo de la afiliación.

3. Exigirle a la AFP que acredite el cumplimiento de un deber, que para el momento del traslado no estaba contemplado en la ley, es imposible; como también es irrazonable solicitarle que entregue pruebas sobre esos

hechos.

4. La pre impresión del formulario sobre la afiliación libre y voluntaria al régimen, no resta validez a la manifestación realizada por el afiliado.

Agrega que la censura debió hallarse conforme con la totalidad de cimientos fácticos de la segunda sentencia, entre ellos que el traslado al RAIS fue libre, voluntario y consciente, lo que descarta totalmente la prosperidad del cargo (escrito de oposición, expediente digital).

Colpensiones denota que la acusación entremezcla sendas de violación y no establece cuál fue la disposición dejada de aplicar, pero que, de pasarse por alto lo anterior, ha de concluirse que la decisión del Tribunal fue acertada, por cuanto atendió la evolución que ha sufrido el deber de información al tenor del Decreto 663 de 1993 y las Leyes 1328 de 2009 y 2071 de 2015.

Explica que hasta el 2016 los fondos solo tenían la obligación de contar con el consentimiento vertido en el formulario; que si bien es cierto los afiliados deben ser asesorados sobre las diferencias entre los regímenes y que, eventualmente, la omisión en esa comunicación puede viciar el consentimiento, esta regla debe ser analizada respecto de cada caso particular; que la inversión de la carga de la prueba, no procede irrestrictamente, porque no puede considerarse que todos los trasladados son la parte débil e indefensa, conforme se razonó en la sentencia CC T422-

2011, más aún si la ley previó en su cabeza distintos deberes de diligencia.

Sostiene que los argumentos de la censura no están llamados a prosperar, porque no se está ante un régimen de responsabilidad objetiva, en la medida que el acto de afiliación no se halla en la esfera absoluta y exclusiva del fondo; que, por el contrario, el mismo es un acuerdo bilateral, en el que el afiliado tiene la obligación de asesorarse para comprender los efectos pensionales de su decisión (escrito de oposición, expediente digital).

VIII. CARGO SEGUNDO

Cuestiona por la vía indirecta la aplicación indebida de los artículos 13, 48 y 53 de la CP; 1º, 3º, 13, 114, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, en relación con el 21 del CST; 11 y 12 del Decreto 2157 de 1945; 1511 y 1524 del CC.

Atribuye la anterior infracción normativa a la ocurrencia de los siguientes defectos fácticos:

2.2.1. Dar por demostrado sin estarlo, que el señor Héctor Fabio Zapata Calderón no fue inducido a engaño y error para trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena hoy, Protección S. A., y que por el contrario contaba con la información de las características del RAIS y del ISS para tomar la decisión.

2.2.2. Dar por demostrado sin estarlo, que el señor Héctor Fabio Zapata Calderón, fue informado de manera eficaz para adoptar la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

2.2.3. Dar por demostrado sin estarlo, que el señor Héctor Fabio Zapata Calderón fue informado plenamente de las consecuencias del traslado de régimen.

2.2.4. Haber dado por demostrado sin estarlo, que el señor Héctor Fabio Zapata Calderón, seleccionó el régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre, voluntaria y sin presiones simplemente por haber suscrito el formulario.

2.2.5. Haber dado por demostrado sin estarlo, que por el simple hecho de haber estado afiliado el señor Héctor Fabio Zapata Calderón al ISS por más de 18 años, de ello deducir que conocía no solo el régimen de prima media con prestación definida, sino el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Señala que el Juez de la apelación, de un lado, dejó de valorar las afirmaciones y negaciones indefinidas planteadas en los hechos 6º, 7º, 8º, 9º, 10º y 11 de la demanda (f.º 4 y 5, cuaderno del Juzgado) y el Oficio del 13 de septiembre de 2018 (f.º 219 a 221, *ibidem*).

Mientras que, de otro, apreció con error, el formulario de traslado (f.º 53 y 157, *ib*); la historia laboral (f.º 28, *ibidem*); el interrogatorio de parte; los testimonios de María Luney Montoya Taborda y Luz Piedad Betancur Botero (f.º 223, *ibidem*).

Memora que el Tribunal consideró que no demostró los supuestos jurídicos de sus pretensiones, argumentando que lo que buscaba era ajustar el caso a los supuestos de ineficacia, para corregir su pasividad e incuria en el propósito de retornar al régimen de prima media; que, sin embargo, ni la legislación adjetiva, ni la jurisprudencia, han permitido calificar las afirmaciones o negaciones indefinidas del gestor «*en una particular forma*».

Expone que «[...] en la sentencia se hace una discriminación injustificada por demás no prevista en la ley», al considerar que lo dicho en la pieza inicial del proceso, no invierte la carga de la prueba, porque en criterio del Juzgador, quien alega el incumplimiento de la obligación debe demostrarlo.

Arguye que el inciso 5º del artículo 167 del CGP, no hace la distinción que propuso el colegiado, al aseverar que sus negaciones indefinidas carecen de efectos probatorios o que no pueden validarse porque no negó que se le había dado información alguna; que ese razonamiento incumple el principio hermenéutico normativo, según el cual, cuando la ley es clara, no le es dado a su interprete hacer diferencias.

Acentúa que ese planteamiento pasa por alto que en tratándose de derechos laborales y de seguridad social, se impone el criterio de favorabilidad y de efecto útil, al tenor del que es preciso conseguir la finalidad de la norma en la satisfacción o alcance de las garantías de esa naturaleza, de acuerdo con los artículos 53 y 228 superiores y 11 del CGP.

Destaca que el Juez de la apelación en anterior oportunidad, precisamente en una decisión del 5 de junio de 2018, había considerado suficientes las afirmaciones realizadas en la demanda, como prueba para acceder al derecho, por lo cual, el cambio de criterio judicial supone una vulneración a la igualdad y a aquellas prerrogativas constitucionales, porque, además de las manifestaciones que

elevó en el líbello demandatorio, en el caso, sí las acreditó.

Transcribe la decisión previa, para exaltar que, en ella, también se incorporó la sentencia CSJ SL17595-2017, pero que se le dio un entendimiento distinto del establecido en el asunto; que, en ese sentido,

[...] si lo que pretendía era, en virtud del principio de igualdad y proporcionalidad, mantener ese discurso y consideración, debió declarar, con base en el precedente, que la información que le había dado la AFP [...] no había sido eficaz, no solo por no haberlo sido, sino además, por no haberlo demostrado la recurrida.

Razona que, en contraposición a lo que se plantó en la segunda sentencia:

1. La leyenda sobre la afiliación libre, espontánea y sin presiones de folios 53 y 157, cuaderno del Juzgado, es una simple nota que no tiene la virtualidad de concretar o definir que la asesoría hubiera sido oportuna, eficaz, libre de engaños.

2. Los hechos 6º, 7º, 8º, 9º, 10º y 11 de la demanda, no fueron desvirtuados por Protección S. A.

3. No puede asegurarse que confesó que la información hubiera sido útil y eficaz para convencerse del traslado y no retornar al RPMPD, pues dijo que se dio cuenta haber vivido en una falacia.

Estima que no es razonable que el Tribunal, en la decisión del 5 de junio de 2018, hubiere calificado como negación indefinida la expresión, según la cual el allí actor

señalaba que no recibió de la AFP el soporte informativo necesario para conocer los riesgos a los que se sometía en el RAIS; pero que hubiere negado esa connotación a lo que referenció en su demanda en los fundamentos 6º, 7º y 11, al decir que:

6. La asesoría de [...] la AFP [...] consistió en convencer al demandante de que si se producía el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendría una pensión de vejez no solo anticipada sino superior [...].

7. Ante la insistencia [...] suscribió formulario de traslado con el convencimiento de que la información suministrada era veraz y que por ende el traslado resultaba claramente benéfico a sus intereses [...].

[...]

11. La información y asesoría de la dependiente de Colmena no solo resultaron falsas sino además claramente lesivas a los intereses de mi representado.

Argumenta que referir que en esos dichos no hay afirmaciones y negaciones indefinidas, desconoce el principio de la primacía de la realidad, porque ellas no dependen del estilo de la frase; que, en efecto, según esas manifestaciones, informó que supo que su pensión podía ser anticipada y superior y que tenía derecho a excedentes de libre disponibilidad, pero que eso fue engañoso.

Dice que esa pieza debió apreciarse en conjunto con su interrogatorio, en el que dio a conocer que el representante del RAIS le aseguró que el ISS desaparecería; que sus aportes en ese régimen se multiplicarían, pero que nunca le explicaron lo que *«sucedió en el último tiempo, esto es, que iban a salir con menos dinero»*; que de esas respuestas no era posible deducir que el traslado fue eficaz, por lo que mal hizo

el Juez de la alzada al desvirtuar de sus atestaciones las negaciones del gestor.

Explica que no constituye una asesoría eficiente que se informe sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente o de contar con excedentes de libre disponibilidad, si no se exponen las condiciones para que ello ocurra; que la AFP debía dar a conocer lo que la ley refería sobre el régimen y las implicaciones del cambio; que, por consiguiente, tenía la obligación de exponer los potenciales beneficios y lo que le afectaba, porque ese compromiso era integral.

Insiste que, además de lo que anunció en la demanda, sí acreditó lo necesario, porque los testigos, en oposición a lo derivado por el colegiado de ellos, dieron cuenta que la información que le fue suministrada fue precaria, inclusive, bajo amenazas de que el ISS se liquidaría; que así, por ejemplo:

i) María Luney Montoya Taborda, señaló que los citaron en grupo, se les informó que se podían pensionar cuando quisieran; que el ISS se iba a acabar; que la mesada en el fondo privado sería superior; que ese fue el motivo para trasladarse; que la preocupación de sus compañeros, entre ellos, él, inició cuando la declarante se pensionó con un salario mínimo y,

ii) Luz Piedad Betancur Botero agregó que nunca se les informó que el dinero aportado se cotizaba en la bolsa;

tampoco que por esa razón subía o bajaba y que era volátil.

Añade que, si el Tribunal hubiera valorado su historia laboral, hubiera advertido que para cuando se dio el traslado, tenía el 87.8 % del tiempo requerido para acceder a la pensión vejez del artículo 33 de la Ley 100 de 1993; que no es presumible que las personas tengan conocimiento sobre el sistema; que de contar con ese saber no habría modificado su vinculación.

Reitera que, si por lo menos se le hubiera dicho que con el nivel de salarios de 1999, esto es, de la época del cambio, no tenía derecho a la pensión de vejez con 57 años de edad; que tenía que cotizar tres años más para acceder a la pensión mínima; que el monto de la prestación dependería del mercado, no se hubiera trasladado.

Connota que, en consecuencia, es contrario a la equidad y a la primacía de la realidad, la consideración del juzgador enjuiciado, en el sentido contaba con las características del RAIS y sus beneficios y que conocía los pormenores de su afiliación allí, porque de haber sido así, era lógico y elemental que no se hubiere vinculado a aquel.

Estima que el Juzgador de la alzada se equivocó al considerar que conocía las ventajas del RPMPD en comparación con las del RAIS, por la permanencia que tuvo en ambos; que es inadmisibles coonestar con las AFP que esconden información, promueven traslados esgrimiendo argumentos desleales y utilizan como ganchos supuestos

beneficios, sin aludir a las condiciones para adquirirlos.

Insiste en los argumentos expresados en el cargo anterior, según los cuales, el formulario de vinculación no acredita la obligación de brindar la asesoría plena, completa y coherente, pues es una proforma, por cuanto no cumple con los requisitos de los artículos 11 del Decreto 692 de 1994 y 114 de la Ley 100 de 1993.

Agrega que el colegiado, también debió valorar el Oficio del 13 de septiembre de 2018 (f.º 219 a 221, *ibidem*), en el que se refiere que, en el RAIS, solo podría acceder a la pensión de garantía mínima, pero que en el RPMPD contaría con una mesada de \$1.661.454, pues esa documental ratifica lo dicho en la demanda, es decir, que lo que se le informó para su traslado era inverosímil e irreal (demanda de casación, expediente digital).

IX. RÉPLICA

Protección S. A. exalta que la impugnación denuncia con equivocación que el Tribunal no hubiere leído la pieza principal; que olvida que las afirmaciones que en la demanda se realicen, no constituyen prueba en su favor; que también pasa por alto que el interrogatorio de parte no es prueba calificada; que cimenta el ataque en testimoniales, que no tienen la fuerza para quebrar lo decidido y que plantea, preponderantemente, una crítica jurídica.

Sostiene que de pasarse por alto las anteriores glosas, debe tenerse en cuenta que el Juez de la alzada, no distorsionó el contenido del formulario de vinculación; que por ser un formato pre establecido, no puede restársele validez probatoria; que las críticas sobre el cambio de posición del Tribunal, en nada acreditan los defectos fácticos; que la declaración de parte no fue mal valorada y que los casos relacionados con la ineficacia del traslado, no han de decidirse de forma uniforme y general, sino, como ocurrió, de acuerdo a sus propias particularidades (escrito de oposición, expediente digital).

Colpensiones acota que la censura no demostró los defectos fácticos que adjudicó; que sus cuestionamientos se asemejan más a un alegato de instancia, porque no confrontó lo que decían las pruebas con lo que supuestamente dedujo con error el Tribunal y que, al margen de lo anterior, el impugnante no probó que hubiesen existido errores o vicios del consentimiento en el acto de migración pensional (escrito de oposición, expediente digital).

X. CONSIDERACIONES

El Tribunal dijo apartarse de la línea jurisprudencial que esta Corporación ha construido en torno a las obligaciones del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en perspectiva de la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tras considerar, en el aspecto *jurídico* que, si bien es cierto la vulneración a la libertad de elección de

régimen, que genera la omisión en la información, que está a cargo de las AFP, sobre las condiciones y características, del traslado, implica la ineficacia de la vinculación, también lo es: 1) que la carga de la prueba sobre el cumplimiento de ese deber no puede ser exclusivo de las demandadas y, 2) que la suscripción del formulario, permite apuntalar la existencia de una asesoría suficiente al respecto.

Justificó lo *primero* en:

1.1. que la demanda sobre la falta de información insuficiente no se basa en una negación indefinida absoluta que invierta la carga de la prueba;

1.2. que el artículo 1604 del CC, solo se invoca para exonerar la culpa, después de acreditado el incumplimiento;

1.3. que al afiliado le asiste un mediano empeño en participar de la elección en comento, en especial, respecto de la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema y de la obligación constitucional de no abusar del derecho.

Apuntaló lo *segundo* en:

2.1. que los artículos 11 del Decreto 692 de 1994 y 114 de la Ley 100 de 1993, no obligaban a las administradoras a registrar el proceso de asesoría, sino a contar con el formulario allí regulado;

2.2. que imponer la obligación de acreditar algo distinto, contraría el artículo 6º de la CP y,

2.3. que, en todo caso, para exigirlo a la AFP, debió distribuirse la carga de la prueba, al tenor del artículo 167 del CGP, antes de la sentencia de primera instancia.

Por su parte, en el aspecto *fáctico*, halló que por virtud del principio de la comunidad de la prueba, es decir, sin imputar la exclusividad de los medios de convicción a ninguno de los contendientes, había sido demostrado que el recurrente contaba con la información de las características del RAIS y sabía de los beneficios del RPMPD, pues en tal sentido lo había confesado, lo declararon los testigos y se infería de su permanencia en uno y otro régimen; así como también se colegía del formulario de vinculación que suscribió.

A su turno, la impugnación en el primer ataque, que dirigió por la senda jurídica, denunció, en síntesis, que el Juez de la apelación interpretó con error los artículos 13, 114 y 271 de la Ley 100 de 1993 e infringió directamente los artículos 13 y 53 de la CP, en tanto que, al apartarse del precedente de la Corte, no solo acogió un criterio distinto para resolver casos iguales; sino que, además, cimentó su raciocinio en beneficio de los intereses del sistema de seguridad social y no, como debía, del afiliado, con lo cual vulneró sus garantías constitucionales.

En el segundo cargo, en el que eligió la vía fáctica,

cuestionó la aplicación indebida de las normas que citó, tras asegurar que el Tribunal dio por demostrado, sin estarlo, que fue informado de manera eficaz para adoptar la decisión del traslado; que conocía las características de ambos regímenes y que lo que planteó en el gestor no se cimentó en negaciones indefinidas.

Memora la Sala los antecedentes de la segunda decisión, en contraste con los cuestionamientos de la impugnación, para hacer notar a los opositores que prescindiendo de las críticas indebidamente incorporadas¹, es decir, de las fácticas en el embate inicial, por su naturaleza jurídica y, de las últimas, en el segundo, por su carácter probatorio; así como también, de las denuncias que carecen de sustentación², los cargos develan unos conflictos de legalidad bien definidos, que contrastan con las premisas de la segunda sentencia.

Por consiguiente, la Corte se ocupará de ese disenso de la siguiente forma:

1. De la interpretación errónea de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 e infracción directa del 13 de la CP, por desconocimiento del precedente judicial:

Para responder los reclamos de la impugnación,

¹ Conforme se procedió en las sentencias CSJ SL7267-2015, CSJ SL1548-2018, CSJ SL2223-2019, CSJ SL5401-2019 y CSJ SL840-2020

² Como la infracción de las normas procesales que no se cuestionaron a través de la violación medio

importa recordar, por su vinculación con el asunto, que los artículos 228 y 230 de la CP, establecieron como principios estructurantes de la administración de justicia su independencia y autonomía, ámbito en el que el último sujetó las providencias judiciales al «*imperio de la Ley*», pero autorizando a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina como criterios auxiliares de la actividad jurisdiccional.

Tales preceptos han sido objeto de pronunciamientos constitucionales, precisándose, por ejemplo, en las sentencias CC C539-2011, CC C816-2011, CC C284-2015 y CC C621-2015, que:

[...] la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico [...].

En ese contexto, se tiene establecido, entre otras cosas, que la *doctrina probable*, como conjunto de decisiones uniformes que sirven de guía para decidir asuntos que guardan similitud, se constituye como fuente jurídica y su *ratio decidendi* (razón suficiente – razón para decidir), como regla de obligatorio acogimiento, especialmente si se trata de fallos proferidos por los órganos de cierre, que cumplen la función de unificar la hermenéutica y aplicación normativa, conforme a los artículos 235, numeral 1º superiores y 16 de la Ley estatutaria de Administración de justicia.

Lo previo, en razón a que con ello se garantiza la protección y efectividad de principios y valores estructurantes del Estado Social y Democrático de Derecho, entre ellos, los de seguridad jurídica, igualdad y confianza legítima en las decisiones Estatales.

En otras palabras, las reglas descritas por la Sala como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, «goza (n) de fuerza vinculante y, en consecuencia, se torna (n) obligatoria (s) para los jueces inferiores», lo que no significa una imposibilidad absoluta de su no acogimiento, pues, como se indicó en los fallos CC C836-2001 y CC C621-2015, los jueces de instancia pueden apartarse de él, siempre que se cumplan con los principios de transparencia y suficiente argumentación.

Sobre el particular, en la primera de las decisiones, se precisó que corresponde a los jueces, particularmente a la Sala de Casación «[...] como autoridad encargada de unificar la jurisprudencia nacional, interpretar el ordenamiento jurídico»; que, sin embargo, como esa labor es constructiva, «para cumplir su propósito como elemento de regulación y transformación social, la creación judicial de derecho debe contar también con la suficiente flexibilidad para adecuarse a realidades y necesidades sociales cambiantes».

Por lo anterior, aunque es cierto, continúa diciendo la Corte Constitucional, que la doctrina judicial no tiene «un carácter tan obligatorio [...] que petrifique el derecho hasta el punto de impedirle responder a las necesidades sociales»,

también lo es que su variación, en perspectiva de los principios fundantes del estado social de derecho, que exigen al Juez, de un lado, «*tratar explícitamente casos iguales de la misma manera*» y, de otro, «*crear principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales*», imponen que ese ejercicio esté orientado dentro de los mismos objetivos.

Lo último implica para los funcionarios judiciales, que cuando se vayan a apartar de la doctrina probable, estén en la obligación de expresar los motivos por los cuales lo hacen, pero, especialmente, que tales razonamientos, encuentren justificación en las siguientes condiciones:

- 1) que exista un cambio normativo;
- 2) que se avizore una variación social, política o económica que conlleve a una ponderación o comprensión distinta del ordenamiento jurídico o,
- 3) que haya disparidad de criterios jurisprudenciales aplicables.

Efectivamente, al razonar sobre el particular, esa Alta Corporación declaró exequible el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, tras considerar que los jueces adscritos a la jurisdicción ordinaria, podrían separarse de la doctrina probable, esto es, de tres decisiones uniformes proferidas por el órgano de cierre, bajo las siguientes razones:

17. En principio, un cambio en la legislación motivaría un cambio

de jurisprudencia, pues de no ser así, se estaría contraviniendo la voluntad del legislador, y por supuesto, ello implicaría una contradicción con el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder (artículo 113) y vulneraría el principio democrático de soberanía popular (artículos 1º y 3º).

18. Por otra parte, cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante. En esa medida, un cambio en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento tal como lo venía haciendo la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales. Esto impone la necesidad de formular nuevos principios o doctrinas jurídicas, modificando la jurisprudencia existente, [...].

19. Es posible, de otro lado, que no exista claridad en cuanto al precedente aplicable, debido a que la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa. [...]. Ante falta de unidad en la jurisprudencia, los jueces deben hacer explícita la diversidad de criterios, y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley, a partir de una adecuada determinación de los hechos materialmente relevantes en el caso. De la misma forma, ante la imprecisión de los fundamentos, pueden los jueces interpretar el sentido que se le debe dar a la doctrina judicial de la Corte Suprema.

A su turno, en la sentencia CC C621-2015, que declaró exequible el artículo 7º del CGP, el cual regula el tema del precedente, que es diferente del de la doctrina probable, pero que, vinculado con esta, permite dotar de armonía y coherencia a la aplicación e interpretación del derecho, precisó, en relación con su íntima conexión con el derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica, que:

El precedente [...], es verdaderamente una regla de derecho derivada del caso y en consecuencia, las autoridades públicas solo pueden apartarse de la postura de la Corte cuando se “verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto”, o que “existan elementos de

juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más coherente o armónica la institución jurídica”, en cuyo caso se exige una “debida y suficiente justificación”

[...]

3.7.12. Por otra parte, la Corporación ha sido muy clara en recalcar la importancia del principio de igualdad como fundamento de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial, pues el trato diferenciado por parte de los jueces a ciudadanos cuyos casos se fundamentan en iguales cuestiones fácticas, no sería otra cosa que una vulneración al principio de igualdad que es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un eje definitorio de la Constitución Nacional. Al respecto, la sentencia C-816 de 2011 estableció que:

En suma, el deber de igualdad en la aplicación de las normas jurídicas, al ser un principio constitucional, es a su vez expresión del otro principio constitucional mencionado, el de legalidad. [...].

Precisamente, tanto (i) la extensión administrativa de las sentencias de unificación -ordenada en la norma legal demandada- como (ii) la fuerza de los precedentes judiciales, son mecanismos puestos a disposición de los jueces y la administración, para concretar la igualdad de trato que unos y otros deben a las personas.

3.7.13. Queda entonces claro que para la Corte el carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho de la jurisprudencia emanada de las altas cortes en sus respectivas jurisdicciones y de la Corte Constitucional en todo el ordenamiento jurídico, está ampliamente reconocido. Como lo sostuvo en la sentencia SU-053 de 2015 “los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico.”

Mientras que, en el mismo sentido en la providencia CC SU215-2015 al comentar la CC C816-2011 se anotó:

[...] Las decisiones judiciales contradictorias no sólo vulneran el derecho a la igualdad, también comprometen los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe. La sentencia SU-120 de 2003, se refirió al asunto en cuanto a la labor de unificación de jurisprudencia que ejerce la Corte Suprema de Justicia que pretende dar consistencia al ordenamiento jurídico y que debe ser considerada:

“i) como una muestra fehaciente de que todas las personas son iguales ante la ley –porque las situaciones idénticas son resueltas de la misma manera -, ii) como un presupuesto indispensable en el ejercicio de la libertad individual - por cuanto es la certeza de poder alcanzar una meta [sic] permite a los hombres elaborar un proyecto de vida realizable y trabajar por conseguirlo -, y iii) como la garantía de que las autoridades judiciales actúan de buena fe –porque no asaltan a las partes con decisiones intempestivas, sino que, en caso de tener que modificar un planteamiento, siempre estarán presentes los intereses particulares en litigio.”

La Corte ha considerado que la consistencia y la estabilidad en la interpretación y aplicación de la ley tiene una relación directa con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, al menos por dos razones: (i) previsibilidad, pues los sujetos pueden interpretar las decisiones judiciales para obrar libremente y establecer las consecuencias de sus actos; y (ii) confianza en la administración de justicia ya que los ciudadanos esperan fundadamente una interpretación judicial razonable, consistente y uniforme.

Por tanto, si bien es cierto, como lo apuntó el Tribunal, es válido distanciarse de las decisiones de esta Corporación, en razón a que estaba comprometida la doctrina probable que alrededor del tema de la ineficacia de los traslados entre regímenes, ha construido la Sala de forma pacífica, profusa y uniforme, a título de ejemplo, en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314; CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083; CSJ SL12136-2014; CSJ SL17595-2017; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1452-2019; CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019; CSJ SL4360-2019; CSJ SL1217-2021 CSJ SL1465-2021; CSJ SL3778-2021 y CSJ SL1475-2021, al Juez colegiado no le bastaba con esgrimir argumentaciones plausibles que, desde su particular lectura, mejoraran, presuntamente, la línea jurisprudencial.

Por el contrario, además de cumplir con el deber de transparencia, al honrar el contenido de esas decisiones,

mencionándolas y describiendo, como lo hizo, sus razonamientos, debía argumentar las consideraciones de peso que le llevaban a apartarse de forma *justificada* del mismo, entendiendo que dicho cometido, en perspectiva de los principios de igualdad y seguridad jurídica, solo es constitucionalmente admisible, si hubiere encontrado un cambio normativo; una nueva realidad económica, política o social o una discrepancia en los pronunciamientos de la Sala.

Así las cosas, como la sentencia del Juez de la apelación, no fundó su distanciamiento doctrinario en tales motivos, sino en lecturas alternativas de la norma, no es posible concluir que se hubiere apartado válidamente de la línea jurisprudencial de esta Corporación, que ha desarrollado la materia.

Insiste la Corte, alejarse de los pronunciamientos que ha realizado como Juez de unificación, no permite ofrecer simplemente razones en otro sentido, de la forma en que procedió la segunda instancia, por cuanto avalar ese proceder en nombre de la autonomía judicial, conllevaría desmontar la garantía del derecho a la igualdad que garantizan de forma prevalente los artículos 1º, 4º, 13 y 93 de la CP, junto con los artículos 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y 24 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972), entre otras, a través de instrumentos de aplicación normativa de carácter obligatorio, como la doctrina probable o el precedente vinculante.

En un caso semejante al presente, en el que el segundo Juzgador dijo desconocer la construcción doctrinaria realizada en relación con el tema que se discierne, la Sala, en la sentencia CSJ SL4061-2020, exaltó bajo los mismos criterios, que:

[...] aunque los jueces pueden separarse de la [doctrina probable], para ello deben cumplir con una carga argumentativa que no puede ser de cualquier índole sino justificada en razones jurídicamente relevantes y suficientes, como son: un cambio en la legislación, la transformación de la realidad social, política o económica o la falta de claridad frente al precedente aplicable, bien sea porque la jurisprudencia sobre un determinado aspecto sea contradictoria o imprecisa³.

Pues bien, aunque en el presente asunto el Tribunal anunció expresamente que se apartaba del precedente de esta Corporación y pretendió cumplir con la carga argumentativa que ello supone, lo cierto es que no adujo razones jurídicamente relevantes y suficientes para apartarse del precedente vertical, pues si bien fundamentó su particular criterio, lo cierto es que el mero desacuerdo con la doctrina sentada por este órgano de cierre no constituye una razón válida para su desconocimiento.

En consecuencia, está demostrada la infracción normativa adjudicada en el primer cargo, por cuanto el Tribunal, efectivamente, omitió darle alcance a la institución de la ineficacia en los casos de traslado pensional, en clave del derecho a la igualdad, que le exigía, se itera, definir el asunto en aplicación de las reglas vinculantes que la Sala en sede de casación, ha construido para casos semejantes.

De contera, la expresión de consideraciones alejadas de lo precisado por la jurisprudencia, ciertamente, conllevó a que el colegiado incurriera en una intelección equivocada de los mismos, por cuanto, al respecto, la Corte tiene decantado,

³ *ibidem*

sin que en ese sentido lo hubiese abordado aquél, que:

1.1. Es irrelevante, según se puntualizó en las sentencias CSJ SL3778-2021 y CSJ SL1475-2021, adentrarse en el estudio del cumplimiento de las existencias del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3800 de igual anualidad (artículos 1º y 3º), en armonía con las sentencias CC C1024-2004 y CC C062-2010, sobre la posibilidad de retornar al RPMPD para quienes les faltara menos de 10 años para consolidar la pensión de vejez o para quienes contaban con 15 de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones, pues no es objeto de discusión entre las partes, que este litigio gira en torno a la *ineficacia del traslado al RAIS*.

Lo dicho, toda vez que los presupuestos de la norma descrita implican necesariamente la validez del acto de traslado al régimen de ahorro individual, en tanto es sobre esa base que procede el estudio del cumplimiento de las exigencias de conservación del régimen de transición e, incluso, al margen de ese beneficio, la posibilidad de retorno al administrado por el ISS, hoy Colpensiones.

Memórese que la ineficacia presupone que el acto de traslado no surgió a la vida jurídica, mientras que la recuperación y retorno al RPMPD, parten de la premisa que el traslado operó válidamente y produjo efectos.

1.2. El examen del acto del cambio de régimen pensional,

por transgresión del deber de información, según la sentencia CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019.

En esa medida, resulta equivocado exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador, en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagró expresamente la forma como el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, al referir que cuando «*el empleador, y en general **cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto***», lo cual implica que debe «*[...] retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido*».

1.3. «*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 prestación en el régimen anterior al que pertenecía o que estuviere próximo a pensionarse*», de la manera en que se indicó en la sentencia

CSJ SL1217-2021, que reitera las reglas de las CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314 y CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, así como en las proferidas recientemente CSJ SL12136-2014; CSJ SL17595-2017; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1452-2019; CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019.

1.4. En punto a la carga de la prueba y su inversión, en la decisión CSJ SL1688-2019, la Sala explicó que el *deber de información* al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde acreditar a las administradoras de fondos de pensiones, pues si el afiliado alega que no recibió la debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca, sino que al tenor del artículo 1604 del CC, le incumbe probarlo a quien aduce haber actuado con diligencia y cuidado, en este caso, al fondo convocado.

Aunado, se precisó que la inversión de carga de la prueba obedece a una regla de justicia, por cuanto:

[...] 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** (negrita fuera del texto)

Y que tampoco resultaba razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que:

[...] las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia 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.

1.5. En lo que atañe al alcance y sentido de ese deber de información, esta Sala, en las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019 explicó que apareja la obligación de suministrar una asesoría clara, necesaria y transparente al afiliado, toda vez que la decisión de traslado de régimen pensional es un acto trascendente que repercute en la consolidación y acceso a un derecho fundamental como lo es el pensional.

Así mismo, según se ha adoctrinado entre muchas otras en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre varias, en la CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, en perspectiva del numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, expuso que el deber de la AFP consiste en demostrar haber:

i) entregado la información necesaria, esto es,

[...] la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

ii) suministrado, como se indicó en la providencia CSJ

SL1452-2019 en un lenguaje claro, simple y comprensible, «[.../ los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios».

Lo último, porque «la transparencia [exige] la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro», sin que sea suficiente, en consecuencia, una simple manifestación de la voluntad del afiliado de aceptar las condiciones del cambio, al diligenciar un formato o de adherirse a una cláusula genérica.

Así lo concluyó la Corte en la sentencia CSJ SL4964-2018 al referir:

Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Y en la CSJ SL3778-2021, con referencia en la CSJ

SL1741-2021, al exponer que *«[...] el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia»*.

Ahora, aunque esta responsabilidad se ha hecho más rigurosa con el transcurso del tiempo, *«pasando del deber de información necesaria y transparente»* consignado en los preceptos citados, al *«de asesoría y buen consejo»*, de los artículos 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, y *«finalmente al de doble asesoría»* de la Ley 1748 de 2014, artículo 3º del Decreto 2071 de 2015, se ha indicado de manera constante, que los jueces laborales deben evaluar, en todos los casos, el cumplimiento de ese deber *«sin perder de vista que este desde un inicio ha existido»*.

1.6. La aparente desidia del interesado en indagar por las condiciones y características de los regímenes, no es óbice para acceder a la ineficacia pretendida, en tanto que las obligaciones de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993, devienen de normas de orden público, por ser atinentes a la seguridad social, que es un derecho constitucional irrenunciable, que, por tanto, no queda al arbitrio o disposición de los intervinientes en el acto.

Ciertamente, en la sentencia CSJ SL3349-2021, se precisó que *«[...] el desinterés del potencial afiliado, no releva en manera alguna a la AFP del cumplimiento de brindar*

información con la calidad y oportunidad que se ha señalado en la ley y en la jurisprudencia».

2. De la existencia de defectos fácticos protuberantes

Aunque lo expuesto en precedencia, es suficiente para quebrar la segunda decisión, debido a que la lectura distante de las premisas jurídicas que ha sentado la jurisprudencia, llevó a que el Tribunal comprendiera la prueba, también de forma inadecuada, pues imputó la carga de esta al extremo actor, al deducir, con equivocación, que su propio deber de diligencia influía en la elección del régimen, por cuanto le era imperativo obtener la asesoría que extrañaba y no, «[...]/ *condicionar una versión que se ajustara a los presupuestos legales que regulan la ineficacia del traslado entre regímenes, para corregir su pasividad e incuria con el propósito de retomar al RPM*», se impone agregar:

2.1. Que de la *demanda*, no se desprende, como lo dijo el Juez de la apelación, que el actor hubiere pretendido solventar su propia desidia, en tanto que, desde los fundamentos fácticos 6º, 7º, 9º, 10º y 11, anunció: *i)* que la información que recibió no fue veraz; *ii)* que se le dieron a conocer los supuestos beneficios del régimen de ahorro individual con solidaridad, como la posibilidad de pensionarse anticipadamente o el derecho a obtener excedentes de libre disposición, pero que no tuvo conocimiento de las renunciaciones que realizaba con su traslado, en específico, respecto de la manera en que se cuantificaba

su prestación; *iii*) que ello, eventualmente, podría significar una prestación inferior en aquel subsistema a cambio de otras prerrogativas y, *iv*) que tampoco conoció los términos de regreso al régimen de prima media, por lo que fue engañado por la AFP para lograr la migración que cuestiona.

Efectivamente, de esos cimientos, aunque se colige que el actor pretendía acreditar una inducción al error, como en los términos de la jurisprudencia arriba memorada, tal condición no es requisito necesario para que proceda la declaratoria de ineficacia, no había lugar a oponer tales manifestaciones en contra de su intención, en especial porque procedió a demandar cuando conoció los efectos nocivos de no haber tomado una decisión asesorada.

Lo último se infiere de lo que añade el accionante en el acápite que denominó «razones de derecho», a las que debió acudir el sentenciador, en aras de interpretar la pieza inicial, para no distorsionar su contexto, en las que dijo:

[...] Si la administradora no va en busca del actor para que se cambiara de régimen, si le explica de manera clara, detallada y que el nuevo régimen, dada su situación particular lo perjudicaba de manera alguna hubiera accedido a firmar el formulario que le llevaba a renunciar al régimen de prima media

Ahora, es verídico, de la manera en que lo señaló el Juez de segundo grado, que el actor no expresó una *negación absolutamente indefinida* en el gestor, entendiendo que estas son aquellas que no conllevan indirecta o implícitamente ninguna afirmación o negación opuesta; que no son determinables en el tiempo o en el espacio y que, por ende,

no son susceptibles de probar por medio alguno, pues no es posible relacionarla con circunstancias factuales específicas⁴.

Lo anterior, porque no anunció, que *nunca* se le hubiere suministrado información *alguna*; sin embargo, también lo es, que, al señalar que la asesoría no fue suficiente y aportar el formulario de vinculación, acreditó qué fue lo que se le indicó y, consecuencia de lo último, trasladó al extremo demandado la obligación de contraprobar que, para ese momento, sí otorgó con criterios de transparencia la ilustración necesaria, que le hubiera permitido a aquél tomar una decisión libre.

Ahora, lo anterior no implica una distribución desproporcionada o inoportuna de la carga de la prueba, de la manera en que lo consideró el Tribunal, en relación con los criterios de su dinamicidad, porque no se trata de aquellos casos en los que, entre otras, por cercanía de la documental o del medio de convicción, se le exija al extremo demandado, sin tener la obligación de hacerlo, demostrar el supuesto de hecho que se contiene.

Así se dice, en razón a que si el formulario de vinculación, en los términos que lo ha definido la jurisprudencia, no permite acreditar el cumplimiento del deber de asesoría de forma suficiente, debía inferirse que el

⁴ según se ha puntualizado en las sentencias CSJ SL9303-2015; CSJ SL3708-2017; CSJ SL696-2021 e inclusive en las CSJ SC9072-2014 y CSJ SC172-2020

allegado a f.º 157, cuaderno del Juzgado, demostraba los hechos de la demanda, esto es, que no se suministraron los datos que le hubiere permitido al afiliado tomar una decisión razonada de la elección de régimen, pues aquella documental no los contiene.

Por consiguiente, en perspectiva del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP y 1757 del CC, si la demandada pretendía acreditar las excepciones, en especial, las de «*inexistencia de la obligación*», «*falta de causa para pedir*» e «*inexistencia de la fuente de la obligación*», tenía la correlativa obligación de contra probar lo previamente expuesto y, en ese contexto, evidenciar los hechos en los que estaban soportados sus medios de defensa, que no eran diferentes a defender la validez del traslado.

En consecuencia, en relación con la doctrina expuesta, le era imperativo, exáltese, sin necesidad de acudir a criterios de carga dinámica de la prueba, sino desde la distribución normal de esa obligación, según la cual, a quien afirma le corresponde asumir el deber de develar esos hechos, demostrar que suministró, entre otras, el «*[...] parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado*».

Respecto de lo cual se impone anotar, que tal demostración no requiere realizarse a través de determinada prueba, como para exonerar al extremo demandado de su cumplimiento, en el sentido que lo consideró el colegiado,

porque la ley no exigía documentación alguna al respecto, debido a que aquel deber siempre ha hallado respaldo en el ordenamiento jurídico, de la manera en que lo ha expresado la jurisprudencia y, para acreditar su ejecución o concreción, no se impone formalidad alguna.

2.2. La declaración de parte, que se oye entre los min 4:18 a 21:15 CD f.º 227, cuaderno del Juzgado, desde los criterios normativos ampliamente abordados, no contienen confesión, que permita deducir que Colmena, para el 24 de abril de 1999, hoy Protección S. A., hubiere honrado sus obligaciones legales, respectivamente, pues conocer a través de «*charlas grupales*», sobre la posibilidad de pensionarse con anticipación en el sistema que administra esa entidad o de obtener excedentes de libre disponibilidad, únicamente caracterizan, además parcializadamente, el RAIS, pero en nada contrastan esas cualidades con las del RPMPD, caso a caso.

Por tanto, la reflexión del sentenciador en torno al asunto, desconoció: *i)* que esas atestaciones no favorecían al extremo demandado, por lo que no podía calificarlas como confesión, principalmente si se repara en que el accionante insistió, coherente con lo denunciado en el gestor, que no supo cómo se liquidaría su prestación en el régimen que acogió y, *ii)* que, en todo caso, el deber en reflexión no se concreta en brindar «*cualquier información*», sino una «*calificada*», de la forma en que se explicó en la sentencia CSJ SL3778-2021, cuya concreción no se evidencia en esos dichos.

2.3. Aquella conclusión se extiende a las testimoniales (min 22:00 a 49: 13; 50:00 a 01:10:00, *ibidem*) - a las que la Corte acude, porque está demostrado el defecto fáctico con las pruebas calificadas: demanda y formulario de vinculación -, en tanto que, ambas deponentes anuncian con claridad, que en las reuniones para suscribir el formulario de vinculación al RAIS, en las que participaron conjuntamente, como empleados de la misma empresa, nunca se les explicó que el hecho de que sus aportes dependieran del mercado, podría significar que su pensión llegaría a ser igual a un salario mínimo o incluso menor a ese monto y que, por ese motivo, no se podían pensionar con anticipación, como se les prometió.

En ese escenario, es diáfano que el accionante recibió únicamente datos del RAIS, lo cual, como se reflexionó en la sentencia CSJ SL373-2021 «[...] *claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno*».

2.4. No pasa por alto la Sala, que el Juez de la alzada dedujo el conocimiento de las condiciones del RPMPD de la permanencia del señor Zapata Calderón en el mismo; sin embargo, adicional a que esa aseveración, como lo dice la acusación, carece de cimiento probatorio, deviene en inaceptable, por cuanto sería permitir la renuncia tácita por el silencio del titular del derecho a la elección del régimen, que por la naturaleza del mismo, no la permite; así como

cohonestar el incumplimiento de un deber imperativo, sin justificación alguna.

Ahora, en perspectiva de los múltiples criterios normativos aplicables al particular, en relación con la época en que se realizó el acto de vinculación al RAIS, esto es, abril de 1999 (f.º 157, *ibidem*), sin realizar exigencias distintas o superiores a las que comprometían el ejercicio profesional de la administradora pensional demandada, esto es, exigiendo, únicamente, el cumplimiento del deber de información necesario, igualmente emergen en evidente los errores fácticos del sentenciador, al dar por demostrado el acto libre y voluntario de afiliación a Protección S. A., por parte del reclamante.

Consecuencia de lo anterior, se casará la segunda decisión.

Sin costas en sede extraordinaria por la prosperidad del recurso.

XI. SENTENCIA DE INSTANCIA

Las consideraciones expuestas son suficientes para confirmar la primera decisión, que declaró la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual administrado por Protección S. A., el 29 de abril de 1999, con la precisión que a ella se accede, no porque se hubiere demostrado la inducción a error, sino en razón a que no se acreditó la suficiencia de la información suministrada al

actor, para elegir en forma libre el régimen al que se vinculaba.

Lo anterior, porque en lo demás, la Juez inicial cimentó su decisión, con acierto, en las premisas jurídicas decantadas por la doctrina de la Corte a las que se refirió con profundidad al desatar la impugnación extraordinaria, entre ellas: *i)* la carga de la prueba de la AFP; *ii)* el deber profesional de esa administradora, respecto de la información transparente y suficiente y, *iii)* la imposibilidad de que esa obligación se desprenda del formulario de vinculación, en el que únicamente se lee, exclusivamente: «*De acuerdo con el Decreto 692 de 1994 artículo 11, hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones*» (f.º 157, cuaderno n.º 1).

Mientras que, desde lo fáctico, realizó un juicio valorativo equivalente al que esbozó la Corporación al resolver la casación, en lo que toca con las declaraciones testimoniales.

En lo que respecta a los recursos de apelación, interpuestos por Protección S. A. y Colpensiones, en los que solicitan la aplicación de los precedentes del Tribunal (en los que se apartan de la línea de la Corte) y exaltan, sobre: *i)* la necesidad de que el actor hubiere sido beneficiario del régimen de transición; *ii)* la imposibilidad de derivar una inducción a error con base en proyecciones pensionales o en la decisión libre de haber acogido un mayor beneficio, como

lo sería una pensión superior y, *iii)* la prohibición de trasladarse por faltarle menos de diez años para acceder al derecho pensional, se remite la Corporación en su integridad a los criterios doctrinarios memorados en los numerales 1.1, 1.2 y 1.3., por cuanto responden con claridad dichos reparos.

Adicionalmente aclara que la jurisprudencia de la Corporación únicamente ha encontrado límite a la declaración de ineficacia del acto de migración en reflexión, en los casos en los que el afiliado ha consolidado un derecho, esto es, tiene la condición de pensionado, por cuanto en ese evento, *«[...] ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto»*, de la manera en que se reflexionó en la sentencia CSJ SL373-2020, al abandonar *«[...] el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989»*.

De otro lado, en el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones, cumple precisar que no hubo equívoco en la primera decisión al no declarar prósperas las excepciones formuladas por esa entidad, relacionadas con la inexistencia de la obligación, la buena fe, la imposibilidad jurídica para cumplir la obligación y la prescripción.

La última, en concreto, por cuanto la Sala tiene adoctrinado, por ejemplo, en las sentencias CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3199-2021, que la *«declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión*

meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social».

Finalmente, en vista a que hay una imprecisión en la sentencia revisada, relativa a la orden consecencial a la ineficacia, debido a que en la considerativa se anunció que Protección S. A., debía remitir a Colpensiones los aportes junto con los rendimientos, mientras en la resolutive se indicó, con mayor amplitud, que debían ser los primeros, más los saldos, bonos pensionales y sus frutos e intereses, sin precisar a qué se refería con lo último, la Sala modificará el ordinal segundo.

En su lugar, acorde con lo dispuesto en las sentencias CSJ SL4025-2021; CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4075-2021, le ordenará que devuelva los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos e, igualmente, el porcentaje correspondiente a: *i)* los gastos de administración, *ii)* primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, *iii)* el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Lo dicho, pues la Sala recientemente en la sentencia CSJ SL1475-2021, con referencia en la CSJ SL2877-2020, precisó:

[...] Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S. A., de trasladar a Colpensiones

los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, 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 descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Costas de segunda instancia a cargo de los recurrentes.

XII. 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, el dos (2) de julio de dos mil diecinueve (2019), en el proceso que instauró **HÉCTOR FABIO ZAPATA CALDERÓN** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S. A.**

En sede de instancia, **RESUELVE:**


PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, el veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciocho (2018), el cual quedará así:

CONDENAR a **PROTECCIÓN S. A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos. Igualmente, deberá devolver el porcentaje correspondiente a *i)* los gastos de administración, *ii)* primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, *iii)* el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.


SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Costas como quedó en la parte motiva.


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



SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO



CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA



CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO