



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

Magistrada ponente

SL892-2022

Radicación n.º 89258

Acta 10

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil veintidós (2022).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **STELLA GARCÍA QUINTERO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 11 de febrero de 2020, en el proceso que instauró contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Stella García Quintero, promovió demanda contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, la Sociedad Administradora de Fondos de

Pensiones y Cesantías Porvenir SA, y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con el objeto de que se declarara la nulidad de la afiliación que hizo a Porvenir SA y a ING hoy Protección SA, el 1 de abril de 2002 y en octubre de 2005 respectivamente, que es válida y vigente la vinculación a Colpensiones; como consecuencia de lo anterior, se condenara a la última de las citadas a recibirla nuevamente como afiliada cotizante y a las administradoras privadas a liberarla de sus bases de datos y devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e intereses y hacer el respectivo traslado a Colpensiones, lo que resultara demostrado *ultra y extra petita*, al igual que las costas.

Como fundamento sus peticiones, sostuvo que: se vinculó laboralmente al servicio del Municipio de Cali el 17 de julio de 1991 y fue afiliada al sistema de seguridad social al régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones.

Dijo que el 1 de abril de 2002 asesores comerciales de la AFP Horizonte hoy Porvenir SA la visitaron en su sitio de trabajo ofreciéndole los servicios de pensiones en el RAIS, le informaron que al trasladarse se podía pensionar a menor edad, que el ISS estaba próximo a desaparecer, que la prestación pensional podía ser heredada, que de no querer reclamar la pensión podría solicitar la devolución del capital y de su bono pensional, razones por las que se vinculó en

aquella fecha; agregó que sin embargo, tal administradora no le suministró en consentimiento informado en cuanto al comparativo de las proyecciones pensionales, los beneficios y consecuencias del traslado, tampoco se le informó que podía retornar al RMP antes de cumplir los 47 años de edad.

Aseguró que en el mes de octubre de 2005 se trasladó a la administradora de pensiones ING hoy Protección SA entidad a la que continúa realizando aportes, que tiene en su cuenta individual un saldo de \$135.949.768 y contaba con 1111.14 semanas cotizadas, con base en lo anterior se le informó que se pensionaría a los 63 años con una mesada de \$799.648, sin embargo, afirmó que si estuviera en el RPM a la citada edad su mesada sería de \$2.755.133.56.

Concluyó que la administradora en la que se encuentra afiliada, no le informó acerca de los beneficios de pertenecer a dicho sistema y a través de oficio 38941270 Protección respondió un requerimiento, en el que le informó que *«en cuanto a los estudios realizados antes de la afiliación a nuestro fondo es importante tener presente que no registra información al respecto»* (f.º 2 a 22 y 77 cuaderno del juzgado).

Colpensiones se opuso a las pretensiones. De los hechos, aceptó: la vinculación contractual con el Municipio de Cali, la afiliación a esa administradora y el traslado al RAIS. Propuso la excepción de prescripción y la que denominó inexistencia de la obligación demandada.

Manifestó que la actora presentó un traslado aprobado por el entonces ISS a Porvenir desde el año 2002 y luego a Protección a partir de octubre de 2005 lo que tiene plena validez (f.º 92 a 97 cuaderno del juzgado).

Protección rechazó las súplicas, aceptó la afiliación a esa entidad y los aportes. Presentó la excepción de prescripción y las que llamó: validez y eficacia del traslado al RAIS y a Protección, buena fe y confianza legítima, compensación y la *«innominada o genérica»*.

Aseguró que la decisión de la demandante fue la de pertenecer al RAIS, que fue libre, espontánea y sin presiones, que para cuando resolvió trasladarse no tenía derecho o expectativa de pensionarse en el RPM, se le brindó la información necesaria y pertinente para la época previo el traslado de régimen, nunca fue engañada ni se le suministraron datos errados (f.º 136 a 153 cuaderno del juzgado).

Porvenir SA se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación a esa entidad y su posterior traslado a otra administradora privada. Presentó la excepción de prescripción y las que llamó: 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, inexistencia de la fuente de la obligación, inexistencia de la causa por inexistencia de la oportunidad, ausencia de

perjuicios morales y materiales irrogados por parte de la llamada al juicio y afectación de la estabilidad financiera del sistema en caso de acceder al traslado.

Adujo la improcedencia de dejar sin efectos la afiliación al RAIS pues, conforme a los acontecimientos, fue lícita y ajustada a derecho en la medida que la voluntad de la actora fue totalmente consciente, nunca se le indujo en error lo que se refleja en los muchos años que transcurrieron para impugnarlo, no se presentó vicio alguno en el consentimiento y que cualquier solicitud de nulidad estaría prescrita (f.º190 a 222 cuaderno del juzgado).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, en fallo de 6 de junio de 2019 (CD a f.º246 cuaderno del juzgado), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen pensional que se realizó por la señora STELLA GARCÍA QUINTERO el 27 de septiembre del año 2000 cuando suscribió el formulario 5176393 ante Santander.

SEGUNDO: DECLARAR ante esa ineficacia que la señora STELLA GARCÍA QUINTERO queda debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida que para ese entonces estaba en cabeza del Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES dónde debe quedar entonces afiliada.

TERCERO: ORDENAR consecuentemente que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA proceda inmediatamente a devolver todos los saldos que existen en la cuenta individual de la señora GARCÍA QUINTERO ante COLPENSIONES con el detalle pormenorizado de los ciclos cotizados el ingreso base de cotización y empleadores que lo efectuaron.

CUARTO: ORDENARLE a COLPENSIONES que procede entonces a habilitar la afiliación de la señora GARCÍA QUINTERO y una vez obtenga la información que se dispuso debe ser entregada por PROTECCIÓN proceda habilitar la historia laboral debidamente actualizada.

QUINTO: ADVERTIRLE a COLPENSIONES que en el momento en que sea requerida para efectos de atender alguna clase de reclamación que pueda realizar la señora GARCÍA QUINTERO lo haga atendiendo a las disposiciones legales que resulten pertinentes y por supuesto los tiempos que autoriza la ley.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito que fueron propuestas por las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad y la del régimen de prima media con prestación definida, según las explicaciones que vimos anteriormente.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas procesales a la entidad PROTECCIÓN SA a favor de la parte demandante.

OCTAVO: EXONERAR de costas procesales a las demandadas PORVENIR SA y COLPENSIONES.

Disconforme, Porvenir SA apeló.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Para resolver el recurso presentado y en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, profirió fallo el 11 de febrero de 2020 (CD a f.º 294 cuaderno del Tribunal), en el que dispuso:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 6 de junio de 2019 por el juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso promovido por Stella García Quintero contra la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, Protección SA y Porvenir SA para en su lugar denegar las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandante a favor de la parte demandada.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el *ad quem* precisó que previo a resolver la inconformidad presentada debía verificar si en este asunto se comprobaban los supuestos fácticos para reclamar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen contemplada en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 conforme fue pretendida por la parte activa.

Aseguró que si bien las decisiones de esta Sala de Casación por regla general eran de obligatorio acatamiento, excepcionalmente el funcionario judicial podía apartarse de ellas con razones fundadas que lo llevaran a tomar tal determinación, lo anterior por cuanto frente al tema de la ineficacia del traslado entre administradoras, esta Sala había sostenido que cuando un trabajador se trasladaba de régimen con ocasión a la indebida información suministrada por parte de la administradora, procedía la acción de ineficacia del mismo.

Dijo que si bien con anterioridad compartía esa interpretación lo cierto era que a partir de un nuevo análisis detallado de tal normativa, de la lectura integral de la Ley 100 de 1993 y su Decreto reglamentario 720 de 1994, esa Sala se apartaba de la tesis que actualmente expone ésta Corporación, pues a su juicio cuando un afiliado a una administradora la acusa de maniobras engañosas, defraudatorias, omisivas o erróneas en el ofrecimiento de la

información que lleven consigo al traslado de régimen pensional, la acción judicial que debía entablar correspondía a un resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia de la afiliación, pues la citada codificación alude al empleador o cualquier otra personas afín a dicha calidad, como la única persona que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador afiliado.

Agregó que conforme las normas a que hizo referencia, no se podía hacer un símil para derivar de allí un supuesto que el legislador no contempló, que ninguna otra interpretación podría derivarse de dichos artículos y que luego de la creación de las administradoras privadas, de haber querido regular el comportamiento de ellas lo hubiere referido expresamente, entonces consideró que las AFP no atentan contra el derecho libre y voluntario del trabajador de elegir el régimen pensional pues estos sólo buscaban la afiliación y para ello ponían de presente las características, beneficios y riesgos del sistema de ahorro individual.

Expuso que la posición descrita de ninguna manera desprotegía a los afiliados que se trasladaron de régimen debido a la presunta omisión del deber de información y que posteriormente reclamaron inconformes con el monto de su mesada pensional, pues acorde a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 se contemplaba la acción de resarcimiento de perjuicios.

Resaltó que esta Sala de Casación descargó en Colpensiones sujeto ajeno a la omisión el deber de

información, los efectos de suministrarla, lo que dijo, trasgrede tanto la cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial (art. 90 CN), como el régimen resarcitorio de perjuicios del Código Civil, así que si la citada entidad no participó de la información otorgada al trabajador no tendría por qué resarcirlo.

Manifestó que el supuesto de hecho de la demanda se dirigió a probar que la AFP omitió o erró en la información otorgada para que eligiera el régimen pensional al que quería pertenecer y esto le ocasionó un perjuicio por el valor de la mesada que sería otorgada en el RAIS, entonces la acción que debía emprender no era la de ineficacia de la afiliación sino el resarcimiento de perjuicios.

Memoró que la actora pretendió la nulidad del traslado realizado del RPM al RAIS con Horizonte hoy Porvenir, del que da cuenta el formulario suscrito el 1 de abril de 2002, sin embargo, obraba un traslado entre regímenes pensionales anterior de fecha 27 de septiembre de 2000 a Santander ING, que se confirma tanto con la certificación de Asofondos (fº 225), como el formulario suscrito en dicha fecha (fº 166), no obstante lo dicho, el sustento descrito con anterioridad daba al traste con las pretensiones pues los supuestos fácticos correspondían a una acción diferente a la invocada, razón por la que revocó la decisión de primera instancia.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Reclama que esta Sala de la Corte case la sentencia acusada y actuando como Tribunal de instancia confirme la proferida en primera instancia.

Con tal propósito formula un cargo por la causal primera de casación, que mereció réplica y que se estudia a continuación.

VI. CARGO ÚNICO

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

Asegura que la inscripción al régimen pensional debe ser libre y voluntaria, lo que supone una información completa, veraz y oportuna, si no se llegan a reunir tales condiciones las consecuencias son la imposición de una multa y la ineficacia de la afiliación, que esta Sala de

Casación en múltiples decisiones se ha pronunciado en torno al tipo de información que deben suministrar las administradoras en materia de traslados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL4360-2019), agrega que el solo hecho de firmar un formulario no libera a las entidades administradoras de fondos de pensiones de ofrecer la asesoría profesional, completa, veraz, transparente y oportuna.

Manifiesta que el colegiado erró en sus afirmaciones, pues antes de cualquier cosa lo que debió fue indagar si las AFP cumplieron en forma completa, clara, oportuna y suficiente su deber de información, carga probatoria que como también lo ha dicho esta Corporación le corresponde asumir (CSJ SL, 9 sept. 2008 rad. 31989, CSJ SL, 9 sept. 2008 rad. 31314 y CSJ SL12136-2014), que el deber de información existe desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 y no se acaba con la simple elaboración o procesamiento de datos sino en una verdadera asesoría que permita al afiliado tener un contexto claro de las condiciones y diferencias de abandonar el régimen de prima media.

Afirma que en la actualidad existe doctrina probable en relación con la ineficacia de los traslados de regímenes cuando no se brinda la información suficiente, así desde la sentencia CSJ SL, 9 sept. 2008 rad. 31989 y mas recientemente en las CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CASJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, se ha determinado el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones estableciendo su

ineficacia y la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, la conclusión de la sentencia cuestionada en cuanto a que procede es el resarcimiento de perjuicios, contradice los precedentes de esta Sala de la Corte.

Expresa que es obligación de las entidades de seguridad social operar con los más altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud de su gestión pues se trata del servicio público de la seguridad social lo que trae como consecuencia que la acción de ineffectividad se pueda adelantar en cualquier momento, la indemnización de perjuicios que plantea el fallo acusado sitúa al afiliado en una condición de inferioridad frente a la AFP, por cuanto la carga de la prueba recaería en la demandante en tanto que en la ineffectividad está en cabeza de la administradora.

Concluye que no hay discusión en cuanto a que en este asunto existió una insuficiente y deficiente información y cuando esa premisa se da, lo que genera es el pago de los perjuicios correspondientes por parte de la AFP, así lo ha ratificado esta Corporación en los diversos pronunciamientos entre otros, los que se han enunciado con anterioridad, lo dicho deja sin piso la decisión del colegiado razón por la que procede casar la sentencia cuestionada.

VII. RÉPLICA

Porvenir SA asegura que basta con lectura del formulario que suscribió la actora para concluir que recibió una ilustración suficiente para poder adoptar la

determinación de trasladarse, no existieron vicios del consentimiento que la afectaran, es comprensible que 16 años después de tal decisión no recuerde fielmente cuál fue la información que se le brindó, la actora tuvo la oportunidad legal de regresar al RMP y no lo hizo, para la fecha del traslado era imposible determinar el monto de la pensión que le correspondería; se refirió al salvamento de voto en el «*radicado 68852*» y dijo que la información no es exclusiva de las administradoras pues los afiliados deben concurrir ilustrados sobre sus expectativas económicas.

Colpensiones asegura que la voluntad de la actora de trasladarse de régimen quedó plasmada en el formulario que firmó, la señora García Quintero quien no tenía expectativa alguna de pensionarse bajo los lineamientos de la Ley 100 de 1993, se le suministró la información necesaria previo al cambio de régimen y de presentarse error en el trámite el mismo es de derecho que no vicia el consentimiento, concluye que los potenciales pensionados antes del traslado de régimen tienen el deber de asesorarse si no tienen comprensión plena de los regímenes jurídicos pensionales sobre los cuales van a decidir.

Protección SA reproduce apartes de la sentencia CC C-1024-2004 que examinó el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que era improcedente casar la sentencia cuestionada pues con ello se violaría el artículo 243 de la CN en materia de cosa juzgada constitucional, la instrucción brindada por el RAIS fue idónea y así lo confesó en la demanda inicial al igual que con la suscripción del formulario, no existieron vicios del

consentimiento en la voluntad de cambiarse de régimen, es natural que luego de 16 años no recuerde cual fue la información que se le suministró por la administradora, tuvo la oportunidad legal de regresar al RPM y no lo hizo, para la época en que se trasladó era completamente imprevisible determinar el monto de la pensión, concluye que conforme al salvamento de voto en el «*radicado 68852*» la información no es exclusiva de las administradoras.

VIII. CONSIDERACIONES

La recurrente cuestiona que el Tribunal omitió aplicar el precedente jurisprudencial que determina que este tipo de negocios debe abordarse bajo la lupa de la ineficacia por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora de pensiones a quien le correspondía demostrar que la brindó previamente a la afiliación de la recurrente y que la sola firma del formulario no acredita la decisión libre y voluntaria de pertenecer al RAIS.

Así las cosas, corresponde a la Sala resolver si el fallador de alzada incurrió en los desafueros endilgados, al desconocer los precedentes jurisprudenciales como expresamente lo adujo en la decisión que es objeto de reproche.

En efecto, resulta oportuno insistir que los funcionarios de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, así

lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también la garantía de la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.

Es sabido que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores, pero ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.

En consecuencia, las reflexiones del Tribunal en cuanto a que no acoge el criterio de esta Sala de Casación por considerar que lo pertinente es adelantar una acción de resarcimiento de perjuicios, resulta equivocada y no atiende justificadamente la posición retirada de tiempo atrás por parte de esta Corporación, pues tal postura no solo menoscaba el derecho pensional de los afiliados sino las condiciones de vida justas.

En tal orden de ideas, el colegiado conforme a los planteamientos de la demanda debió examinar si la actuación de la administradora privada dispensó la asesoría necesaria con el fin de que la afiliada tomara una decisión informada, para establecer lo anterior, resulta pertinente recordar que esta Sala de Corte en repetidas oportunidades ha insistido en que la elección del régimen pensional debe ser libre, voluntaria y precedida de una orientación clara y veraz sobre las ventajas o desventajas del cambio de régimen, sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL12136-2014, CSJ SL12447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y últimamente en la sentencia CSJ SL373-2021, en la que dijo:

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la Corte puntualizó que la obligación de dar información *necesaria* en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia *«a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado»*.

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, *«los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios»*. Según esta Sala, *«la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro»* (CSJ SL1452-2019).

También ha sido lo suficientemente clara esta Corporación, al explicar que cuando se cuestiona la validez del acto de traslado, el estudio en sede jurisdiccional *«debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC)»* (CSJ SL3199-2021). Esto, por cuanto en criterio de la Corte, la consecuencia o respuesta del ordenamiento jurídico a la transgresión del deber de información es la *ineficacia*, esto es, la exclusión de todos los efectos jurídicos del acto de traslado.

Además, como lo ha enseñado esta correspondía al fallador de alzada adentrarse a verificar la configuración de un consentimiento informado para el traslado de régimen:

De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

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

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en

forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

(CSJ SL1688-2019)

Además de lo que se acaba de decir, esta Corporación ha puntualizado que no es viable entender que la sola firma en el formulario pueda sustituir la entrega de información que solo compete a las administradoras. Sobre lo dicho, resulta pertinente traer a colación las reflexiones vertidas en la sentencia que acaba de citarse:

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

[...]

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento

informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (negrilla del texto).

En consecuencia y sin discutir el contenido de los documentos de afiliación adosados al expediente, queda claro que las expresiones allí contenidas, en el sentido de que la vinculación era libre y voluntaria, no generan convicción acerca del cumplimiento del deber de información que correspondía exclusivamente a la AFP accionada.

También es pertinente recordar, que esta Corporación ha enseñado que no resulta necesario que, al momento del cambio de régimen, el afiliado cuente con un derecho adquirido o expectativa legítima para ser amparado por el ordenamiento jurídico (CSJ SL2611-2020), pues lo relevante para ello, se ha insistido, es la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional.

Así las cosas, el Tribunal se equivocó de la manera indicada, en la medida que se apartó de los precedentes que sobre el tema y de tiempo atrás ha venido sosteniendo esta Sala de Casación.

Así, la acusación resulta fundada y por ello se casará la sentencia. Sin costas en el trámite extraordinario, dada su prosperidad.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

El *a quo* concluyó en que era ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la actora el 27 de septiembre de 2000, cuando suscribió el formulario 5176393 ante Santander, fundamentó la decisión en que a ella no se brindó la información correcta, clara, veraz y oportuna sobre las ventajas y desventajas de cambiarse de régimen, lo anterior dijo, conforme a la progresiva jurisprudencia de esta Sala de la Corte que en torno al tema ha venido siendo constante desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 entre otras muchas y más recientemente en las CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL3496-2018, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, agregó que la firma del formulario no era suficiente para establecer que se brindó la información suficiente.

Porvenir SA apeló, afirma que las pretensiones de la demanda hacen alusión únicamente a la nulidad pero no a la ineficacia del traslado, señala que la jurisprudencia estableció «*sofismas de distracción*» en punto al tema de la carga de la prueba pues las administradoras siempre demuestran que brindaron la información suficiente a sus afiliados, que las decisiones que sustentan el fallo, 15 años después crearon una serie factores o elementos probatorios que resultan imposibles de acreditar por las administradoras de pensiones, lo anterior, no obstante que en el proceso reposa el interrogatorio de parte y la firma del formulario con las cuales se demuestra que a la afiliada se le suministró la

información pertinente previo a la decisión del traslado de régimen y no se le indujo en error.

Para resolver la inconformidad presentada y en grado jurisdiccional de consulta, basta con remitirse a lo decidido en sede extraordinaria, con la confirmación en punto a que esta Sala tiene establecido que la trasgresión al deber de información cuando se realiza un cambio de régimen pensional debe abordarse desde la institución de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia, pues si se atenta contra el derecho a la libre afiliación, la misma quedará sin efecto, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL1452-2019 - CSJ SL4360-2019).

A lo anterior se debe adicionar, que desde el inicio de la vigencia del sistema general de pensiones, conforme lo ordenaron la Ley 100 de 1993 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993 num. 1.º art. 97), las AFP privadas estaban obligadas a entregar **información clara, suficiente, comprensible y oportuna sobre las particularidades del RAIS y el RPM** y las consecuencias de migrar del segundo al primero y, que sobre ellas, gravitaba la carga de acreditar la asesoría oportuna y veraz al actor, lo que no fue demostrado; además, es preciso recordar que no se requiere la existencia de un derecho adquirido o expectativa legítima para que proceda la declaratoria de ineficacia.

Ahora bien, el hecho de haberse producido un traslado entre administradoras de fondos de pensiones del régimen de

ahorro individual, de Porvenir SA a Protección SA, no permite concluir que se cumpliera con el deber de asesoría, pues de acuerdo con el formulario de afiliación a esta última (f.º 174) lo que se evidencia, como se advirtió en sede extraordinaria, son los datos e información general que el asegurado suministró. Por consiguiente, tal actuación no ratificaba el deseo de permanecer en ese régimen ni significaba una convalidación en la omisión del deber de suministro de información suficiente, veraz y oportuna a que se ha venido haciendo alusión. Sobre tal tópico, en sentencia CSJ SL2877-2020, se expuso:

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

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

Así las cosas, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual, en consecuencia, las AFP demandadas también deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración, comisiones,

primas para seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos (CSJ SL5292-2021).

Lo anterior, se itera, teniendo en cuenta que, en criterio de esta Sala, lo que se deriva del incumplimiento del deber de información, es la ineficacia, que no la nulidad; es decir, la exclusión de todos los efectos jurídicos del acto de traslado, por manera que el estudio *«debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC)»* (CSJ SL3199-2021).

Esto dijo la Corte:

También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tal razón, esa declaratoria conlleva no solo la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular y sus rendimientos, como lo dispuso el *a quo*, sino también, la devolución de los bonos pensionales y, como se advirtió en

precedencia, el reintegro de los valores cobrados por las administradoras de fondos privados Porvenir SA y Protección SA, a título de gastos de administración y comisiones, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que les corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020).

De esta manera, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se modificará y adicionará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, para imponer a cargo de Protección SA, que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de García Quintero y sus rendimientos, traslade los bonos pensionales y, debidamente indexadas y con cargo a sus propios recursos, las sumas percibidas a título de gastos de administración y comisiones, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que demandante permaneció en tal administradora.

De igual forma, compete a Porvenir SA, trasladar a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos e indexados, los dineros que cobró por cuotas de administración, comisiones, los valores utilizados para pago de primas de los seguros previsionales y lo destinado al fondo de garantía de

pensión mínima, causados mientras la actora estuvo afiliada a esa administradora de fondos de pensiones.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

Se confirmará en lo demás el fallo de primer grado

Costas en la alzada a cargo de Porvenir SA.

X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 11 de febrero de 2020 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso adelantado por **STELLA GARCÍA QUINTERO** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en cuanto revocó el fallo de primer grado y absolvió íntegramente a las demandadas.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR el numeral tercero del fallo de primera instancia, así:

Tercero: Ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA** trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos, sumas adicionales, bonos pensionales, y con cargo a sus recursos, lo cobrado por comisiones y gastos de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, durante todo el tiempo que Stella García Quintero estuvo afiliada a dicha entidad, sumas que deben pagarse debidamente indexadas.

Ordenar a Porvenir SA que proceda a trasladar a Colpensiones, con cargo a sus recursos, las cuotas de administración, los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, sumas todas que deben pagarse debidamente indexadas, causadas durante el término de afiliación de la demandante a esa administradora de fondos de pensiones.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, el 6 de junio de 2019.

TERCERO: Costas como se dijo en la parte motiva.

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

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ