



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2

CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

Magistrado ponente

SL3440-2022

Radicación n.º 88717

Acta 33

Valledupar, catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **ÓSCAR LEONEL RAMÍREZ RAMÍREZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el quince (15) de julio de dos mil veinte (2020) en el proceso que le instauró a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.**, a **COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS S. A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

Se acepta el **impedimento** manifestado por la Magistrada Cecilia Margarita Durán Ujueta.

Se reconoce personería para actuar a la sociedad Arellano Jaramillo & Abogados SAS y a Francisco José Cortés

Mateus para que obren en nombre y representación de Colpensiones y Colfondos S. A., respectivamente. En igual forma, *se acepta la sustitución al mandato conferido a la Dra. Martha Cecilia Rojas Rodríguez y al Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza*, con la finalidad de que actúen como mandatarios judiciales de la primera y de Protección S. A.

I. ANTECEDENTES

Óscar Leonel Ramírez Ramírez llamó a juicio a Protección S. A., a Colfondos S. A. y a Colpensiones, para que se declarara la «*nulidad*» de su afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordenara a las dos primeras trasladar al régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) los aportes efectuados por él y, a la última, tenerlo como su afiliado sin solución de continuidad, más lo probado y las costas.

Narró que nació el 7 de septiembre de 1958; que inició su vida laboral el 1º de junio de 1984 y cotizó a Cajanal; que se afilió al ISS el 3 de abril de 1989 y realizó aportes de forma ininterrumpida desde esa fecha; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 36 años; que el 1º de febrero de 1997 «*cuando [...] ingres[ó] a laborar*» se trasladó a la AFP ING, luego a Protección S. A., después a Colfondos S. A., cuando tenía 39 años y, en el año 2016, retornó a la segunda AFP mencionada.

Contó que al momento de asegurarse en el régimen privado se le ofrecieron varios beneficios, pero no se le

suministró información clara y fehaciente respecto a las consecuencias legales y económicas de su traslado.

Aseveró que cuenta con 1600 semanas cotizadas en toda su vida laboral.

Manifestó que el 9 y el 26 de abril de 2017 solicitó ante Colfondos S. A. y Protección S. A., respectivamente, la anulación de su vinculación al régimen de ahorro individual; que esa petición no ha sido resuelta por la primera y fue negada por la segunda, mediante Resolución n.º CAS-879182-C1K2P9, porque no podía realizar traslado alguno en consideración a la edad – 58 años.

Dijo que también pidió ante Colpensiones la nulidad de su traslado al RAIS, pero a través de Oficio n.º BZ2017_5075149-1291803, le resolvió desfavorablemente aduciendo que se encontraba a menos de 10 años para pensionarse (f.º 2 a 4, cuaderno principal, expediente digital).

Colpensiones confrontó los pedimentos. Aceptó la fecha de nacimiento del accionante, su afiliación a esa entidad, la reclamación realizada ante ella y su contestación.

Agregó, que los demás no le constaban por tratarse de hechos ajenos a ella.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la

innominada y prescripción (f.º 82 a 83, *ibidem*).

Protección S. A. se resistió a las súplicas y negó todos los hechos de la demanda.

Sostuvo que el 30 de agosto de 1995 el actor suscribió el formulario de afiliación a la AFP Colmena de forma libre, espontánea y sin presiones y que se le informó sobre todas las características propias del RAIS, sus diferencias con el RPMPD y las consecuencias del cambio de régimen; que luego se trasladó a la AFP Colfondos S. A. y después a la AFP Protección S. A.

Precisó que las semanas cotizadas en toda la vida laboral fueron 955.71 y que no tenía la competencia legal para declarar la nulidad de un acto jurídico, por cuanto era del resorte de la justicia ordinaria.

Propuso como excepciones de fondo las de «*validez de la afiliación Protección S. A. e inexistencia de vicios en el consentimiento*»; subsanación de una eventual nulidad, prescripción, buena fe e innominada o genérica (f.º 135 a 148, *ib*).

Colfondos S. A. se opuso a las pretensiones. Negó los supuestos fácticos del gestor por ser ajenos a ella o por considerarlos no susceptibles de ser probados mediante confesión.

Planteó como excepciones de fondo las de «*validez de la*

*afiliación a Colfondos e inexistencia de vicios del consentimiento», subsanación de una eventual nulidad, pago, compensación, prescripción, buena fe y la innominada (f.º 175 a 188, *ibidem*).*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, el 10 de octubre de 2018, negó las pretensiones y condenó en costas (f.º 232, del cuaderno 2, expediente digital del juzgado).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, por mayoría, al decidir el recurso de apelación del accionante, el 15 de julio de 2020, confirmó la primera decisión.

Dijo que debía determinar si se acreditaron los supuestos fácticos para declarar la ineficacia de la afiliación contemplada en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Afirmó que si bien las decisiones de la Corte, por regla general, eran de obligatorio acatamiento, por excepción, el juzgador podía apartarse de ellas con razones fundadas que lo llevaran a tomar tal determinación; que, para el efecto, bajo los criterios de las sentencias CC C836-2001 y CC C621-2015, se apartaría de la línea jurisprudencial expuesta sobre

el particular, porque aún bajo el amparo de la doctrina probable o del precedente judicial, gozaba de un cierto margen de interpretación normativa.

Memoró que la Corte, con fundamento en el literal b) artículo 13 y el inciso primero del 271 de la Ley 100 de 1993, ha establecido: *i)* que cuando un trabajador se traslada de régimen pensional, sin la debida información, procede la ineficacia de la vinculación; *ii)* que en ese escenario, debe ordenarse el retorno al sub sistema al que pertenecía; *iii)* que, además, si era beneficiario de la transición, se invertía la carga de la prueba.

Expuso que, sin embargo, a su juicio,

[...] cuando un afiliado a una administradora de fondos de pensiones acusa a ésta de maniobras engañosas, defraudadoras, omisivas o erróneas en el ofrecimiento de información que lleve consigo el traslado de régimen pensional, la acción judicial que debe entablar [...] corresponde a un resarcimiento de perjuicios y no la ineficacia de la afiliación, puesto que esta última acción de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la administradora de fondo de pensiones como el supuesto de hecho que ha de probarse para dejar ineficaz su negocio jurídico.

Aclaró que lo anterior era así, porque las normas en reflexión contemplaban la sanción de ineficacia respecto del actuar del empleador o a cualquiera que tenga esa posición; que, así las cosas, él sería la «[...] *la única persona que puede infringir o coartar los derechos de libre escogencia del trabajador afiliado*» y, por tanto, evidentemente, la imposición de esa institución exigía un sujeto calificado para incurrir en esa afrenta, por ser quien cuenta con capacidad de direccionar los actos del trabajador.

Explicó,

1. Que cuando la norma se refería a «*cualquier otra persona*», no podía extenderse ese término a las administradoras pensionales, porque el artículo 31 del CC, prohíbe la analogía de leyes prohibitivas.

2. Que, además, aquella comprensión tenía un fundamento histórico, pues en la exposición de motivos de la Ley 100 de 1993, se anunció que, a partir de su vigencia, habría un nuevo actor administrando los derechos pensionales, por lo cual, bajo esa claridad, de haberse querido sancionar el actuar de la AFP privada, así habría sido dispuesto.

3. Que, «*[...] solo se realizarán tales conductas [atentatorias] cuando una persona ajena al trabajador sustituya su voluntad y ponga la suya al escoger el régimen, lo que el promotor de la administradora de fondos de pensiones no puede ejecutar, pues él representa la otra parte contractual*».

Denotó que ninguno de los regímenes puede predicarse mejor que el otro, porque ello imposibilitaría su coexistencia en un escenario de libre competencia; que, así las cosas, cada sub sistema busca la obtención de nuevos afiliados, garantizando a cada uno de ellos, sus propios beneficios, por ejemplo, en el RAIS una garantía de pensión mínima con 1150 semanas y, en el RPMPD, una prestación por vejez

después de acumular 1300.

Precisó que ese entendimiento, no desconocía las garantías de los trabajadores que después de 20 años advierten su inconformidad con la pensión que recibirían, pero no con las restantes prerrogativas del sistema que les resultaba aplicable; que, por eso, *«[...] el legislador contempló una acción diferente como es el resarcimiento de perjuicios [del] artículo 10º del Decreto 720 de 1994 [...] que establece la responsabilidad de los promotores [de los fondos administradores de pensiones]»*.

Concretó que en esa acción confluye: *i)* que se hubiere presentado un error u omisión, el cual puede consistir en la información otorgada para realizar la elección; *ii)* que esa falencia provenga de la AFP o su empleado y, *iii)* que se cause un daño, esto es, un perjuicio al afiliado, igual a la diferencia del valor de la mesada a obtener entre uno u otro régimen o del tiempo que costaría acceder al derecho en un subsistema y no en su homólogo.

Resaltó que, según las reglas de hermenéutica normativa, la última disposición era de aplicación preferente sobre la general; que la solución de la jurisprudencia trasgrede los artículos 90 de la CP; 1494, 2341 y 2343 del CC, porque sólo está obligado a resarcir el daño quien lo causa; que, así las cosas, Colpensiones, no podría acarrear las consecuencias de esa infracción contractual y, menos, procede sancionar a todos los que han permanecido fieles al RPMPD con las aportaciones al fondo común.

Acotó que, por lo anterior y de conformidad con las pretensiones y los hechos de la demanda, esto es, debido a que el reclamante perseguía la nulidad del acto de vinculación al RAIS, sin haber señalado que fue su empleador quien infringió su derecho de elección, sino que fue la AFP privada, que omitió el suministro de información y que esto le ocasionó perjuicios, *«[...] la acción a emprender no era la ineficacia de la afiliación, sino la de resarcimiento de perjuicios, sin que a través de esta se permita la nueva elección de régimen pensional [...].»*

Puntualizó que,

«[...] el supuesto de hecho contemplado en el literal b) del artículo 13 y 271 de la Ley 100/93 apenas contempla el desconocer, atentar o impedir la libre elección del trabajador, a cargo del empleador o sujeto afín a tal calidad, nunca a la AFP. De manera tal que cuando se plantea en la demanda tal omisión de información por parte de la AFP, en realidad el actor está evidenciando un supuesto de hecho diferente al contemplado en los pluricitados art. 13 y 271 de la Ley 100/93.»

Concluyó que,

«[...] la parte demandante no acreditó los supuestos fácticos que contempla la norma invocada – literal b) del art. 13 y 271 de la Ley 100/93 –, sino que se limitó a enunciar los propios de la acción prevista en el artículo 10 del decreto 720 de 1994, sin que en este momento resulte posible estudiar probatoriamente los hechos invocados en el libelo introductor bajo la última norma anunciada, pues estos, de resultar probados, no darían lugar a la declaración de ineficacia, sino a una consecuencia diferente, a la que no aspiró el actor en su demanda y respecto de la que no hubo uso de facultades extra y ultra petita por el a-quo (archivo n.º 10, 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 la sentencia [...] acusada, y revoque la decisión emanada de la Sala laboral del Tribunal Superior de Pereira [...] reconociendo la ineficacia del traslado [...]*» (f.º 25, cuaderno digital de la Corte).

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados por las convocadas y que pasan a estudiarse de manera conjunta, pues si bien se encausaron por sub motivos diferentes, persiguen idéntico fin.

VI. CARGO PRIMERO

Denuncia que el Tribunal vulneró la ley por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; 3º del Decreto 3800 de 2003; 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del 13 y 33 de la Ley 100 de 1993; 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990; 48 y 53 de la CP; 177 del CPC «*norma que se trae a colación por así permitirlo el art. 145 del [CPTSS]*».

Endilga al juez plural la comisión de los siguientes yerros fácticos:

1. No dar por demostrado, estándolo que PROTECCION S.A, y posteriormente COLFONDOS S.A, engañó y asaltó en su buena fe al demandante para que se trasladara del Régimen de Prima

Media administrado por el ISS ahora COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual al que pertenece dicha administradora.

2. No dar por demostrado, estándolo que PROTECCION S.A. y posteriormente COLFONDOS, mintió al demandante [...] al decirle que la pensionada [sic] con una pensión muy superior a la que le correspondía en el régimen de prima media con prestación definida y además le devolverían parte del capital como excedente de la libre disponibilidad.

3. Dar por demostrado sin ello ser cierto, que el traslado de la [sic] demandante al RAIS fue de manera libre, espontánea y voluntaria, aduciendo, además de manera ligera, que no existe prueba alguna de haber sido engañada [sic].

4. La declaración judicial de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, procede siempre que el afiliado haya ejercido el derecho al retracto o haya solicitado el cambio, 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse.

Señala que el sentenciador de segunda instancia apreció con error las siguientes pruebas:

A. Las aportadas en la demanda con la cual se dio el presente proceso.

B. Contestación de la demanda por parte de las dos demandadas.

Agrega que no apreció las «*documentales (en especial el formulario de traslado)*».

Dice que «*en el hecho 7 y en el interrogatorio de parte*», se pudo evidenciar el engaño por parte del promotor de las AFP accionadas; que las documentales aportadas, en especial el formulario de afiliación, que no fueron valoradas, son contundentes en indicar que fue ilusionado y/o engañado con una mesada pensional alta y una devolución del excedente del capital como libre disponibilidad, a fin de que se trasladara a Protección S. A., pues esa «*simple propuesta ventajosa con datos reales y precisos [lo] llevaron a cambiarse de régimen, [...] con la firme convicción de que lo*

propuesto se cumpliría [...]».

Asevera que el análisis de la anterior prueba calificada es suficiente para demostrar los yerros fácticos y pide que se tengan en cuenta las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019.

Sostiene que del formulario de afiliación suscrito en «febrero de 1997» no aflora que recibiera la información necesaria, clara y oportuna respecto de la incidencia de su decisión, esto es, la pérdida de una pensión de vejez y de una buena mesada.

Refiere que la carga de la prueba estaba en cabeza del fondo privado de pensiones, al que le correspondía demostrar que cumplió con el deber de información y no era él quien debía acreditar que no la recibió, pues la jurisprudencia tiene dicho que cuando el afiliado alega que no le fue suministrada la información debida, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede probar materialmente al tenor del artículo 167 del CGP y de acuerdo con el precepto 1604 del CC, preceptiva última que prevé que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlos.

Indica que el juez de la apelación se equivocó al exigirle evidencia de su intención de hacer uso del derecho de retracto antes de cumplir los 52 años, lo que fue desatinado porque la demanda no se instauró porque se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media, sino que el objeto del litigio gravitó en torno al incumplimiento del deber

de información por parte del fondo privado al momento del traslado, de manera que a la jurisdicción lo que le correspondía era dilucidar si la información necesaria y completa se le suministró y no si, con posterioridad al traslado, ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones (f.º 20 a 24, demanda de casación, cuaderno digital de la Corte).

VII. CARGO SEGUNDO

Confronta el fallo confutado *«por error en vía de hecho, por la violación al precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral»*.

Manifiesta que el Tribunal consideró que, como para la época del traslado no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, no podía considerarse que fue víctima de engaño alguno o falta de información, lo que es equivocado, pues ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido dicho requisito para la procedencia de la ineficacia del traslado.

Plantea que,

[...] la regla jurisprudencial identificable en las sentencias de la Corte Suprema en su Sala Laboral: CSJ SL 31989 del 9 de sep. 2008, CSJ SL 31314 del 9 de sep. de 2008, y CSJ SL 33083 del 22 de nov de 2011, así como en las proferidas recientemente CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 17595-2017, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964 -2018, CSJ SL 4989-2018, y CSJ SL 1452 -2019, CSJ SL 1688-2019, CSJ SL 1689-2019, y CSJ SL 3463-2019, consiste en que, por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondo de pensiones deben suministrarles oportunamente, información

clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, “sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está o no próximo a pensionarse dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo” (f.º 24 a 25, *ib*).

VIII. RÉPLICA

Colpensiones estima, respecto del primer cargo, que no demuestra la existencia de un vicio en el consentimiento que hiciera procedente la pretensión de ineficacia del reclamante, puesto que no acredita el dolo o el error inducido por parte de la AFP y tampoco el perjuicio ocasionado con su afiliación al RAIS.

Añade que el interrogatorio de parte no es prueba calificada en casación, sino que lo es la confesión de que de él se desprende, tal y como lo ha señalado esta Sala en sentencia CSJ SL3221-2020, sin que en el embate se indique cual fue la confesión inadvertida por el Tribunal respecto del interrogatorio de parte absuelto «*por el fondo privado*».

Argumenta que, para la época del traslado, «8 de julio de 1997», regía el Decreto 663 de 1993, que obligaba a las administradoras a «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen*», lo que se demuestra con el formulario de afiliación, que no fue tachado de falso y que contiene la información exigida en el Decreto 692 de 1994.

Refiere que las normas vigentes para el momento del cambio de régimen del impugnante son los artículos 13 y 97 de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994, a cuya literalidad acude y de las cuales extrae: *i)* que el documento en el que se registra y hace constar la selección y vinculación libre y voluntaria del afiliado a un régimen pensional es la suscripción del formulario de afiliación; *ii)* no determinaron ninguna exigencia adicional, en cabeza de los fondos, dirigida a demostrar o soportar la voluntad libre de vicios del afiliado; *iii)* no exigieron la realización de una proyección pensional en la que se exhibiera el monto de la pensión de vejez en cada uno de los regímenes, como requisito para efectuar el traslado, ni como componente de la información mínima a entregar por parte de las administradoras y, *iv)* tampoco contemplaron que la asesoría debía estar documentada, ni que existiera obligación de archivar soportes de la información suministrada.

Resalta que, por lo anterior, el formulario de afiliación suscrito por el acudiente en casación demuestra su voluntad libre e informada.

Acota que la obligación de realizar una asesoría con base en «*información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras [...]*» se consagró en el Decreto 2241 de 2010, que entró en vigencia el 1º de julio de 2010, por lo tanto, solo

a partir de esa fecha era exigible frente a las AFP.

Expresa, en perspectiva de la segunda acusación, que presenta falencias técnicas consistentes en que: *i)* aunque está dirigido por el sub motivo de la interpretación errónea, no establece cuál es la lectura equivocada de la norma, cuál es la correcta y cuál es su incidencia en el fallo y, *ii)* se realizan manifestaciones fácticas y probatorias, sin argumentación jurídica que permita evidenciar error protuberante a la hora de entender o aplicar la ley sustancial.

Manifiesta que, si se hiciera caso omiso de lo anterior, bajo cualquier circunstancia, la impugnación carecería de prosperidad, en razón a que la decisión fustigada se profirió conforme a lo preceptuado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en lo relativo a la libertad de escogencia de régimen.

Sostiene que en sentencia CSJ SL1421-2019, la Corte orientó que,

[...] para romper los yerros que se le endilgan a los fallos de tribunales, se reviste de gran importancia acreditar el engaño por parte de los fondos de pensiones, relacionados con la deficiente información en el traslado del régimen, lo cual no podrá ser ignorado por los jueces de instancias, dada por la trascendencia del derecho pensional que está de por medio.

Destaca que los jueces cuentan con autonomía y libertad a la hora de formar su convencimiento, a lo cual debe sumarse la presunción de legalidad y acierto de los fallos judiciales, siendo del resorte del recurrente desvirtuarla y evidenciar los yerros que ameriten la intervención de la Corte

(f.º 58 a 63, cuaderno digital de la Corte).

Protección S. A. aduce que el primer embate no controvierte adecuadamente los argumentos del juez de segunda instancia, puesto que las razones de éste no fueron de índole fáctico, sino que se centraron en el análisis jurídico que realizó frente a la acción procedente en este tipo de casos, de lo que concluyó que la que debió instaurarse fue la de indemnización de perjuicios.

Dice que el estudio de los medios de convicción hubiese resultado infructuoso, pues todos estaban encaminados a demostrar la ineficacia, pero no los perjuicios a indemnizar.

Asegura que esta Sala ha explicado que no puede existir un desacierto evidente de hecho cuando el fallador decide no estudiar las pruebas del proceso, toda vez que, en tal caso, no adelanta ningún ejercicio de valoración probatoria, es decir, si deliberadamente no examina una prueba no puede incurrir en un error al no apreciarla.

Agrega que el ataque le imputa al Tribunal afirmaciones que no hizo, a saber: *i)* concluir que el traslado del actor se hizo de manera libre y voluntaria; *ii)* echar de menos la prueba de la información por parte del demandante; *iii)* exigirle a éste demostrar los hechos en que fundamentó su pretensión, *iv)* exigirle la evidencia de su intención de retornar al régimen de prima media y, *v)* concluir que no hizo uso del retracto.

Discute, respecto del segundo cargo, que carece de proposición jurídica, por cuanto no se indica ninguna norma sustancial de seguridad social infringida, incumpléndose el requisito formal exigido por el artículo 90 del CPTSS y conllevando al rechazo del ataque, en tanto la Corte no puede subsanar tal deficiencia.

Recalca que al fallador plural se le atribuyen conclusiones a las que no arribó, concretamente la relacionada con que,

[...] “...también sustentó (sic) su decisión revocatoria de la sentencia de primera instancia, en que ‘como quiera que el demandante para la época que solicitó el traslado de régimen no había reunido los requisitos para acceder a la pensión de vejez’, en el régimen de prima media con prestación definida, no es posible concluir que fue víctima de engaño o falta de información que le ocasionaron un perjuicio en el reconocimiento de sus [sic] pensión como lo había considerado la CSJ, en estos casos”.

Precisa que lo anterior no se dijo en el fallo confutado, pues este se basó en la interpretación de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, de donde se concluyó que las preceptivas solo hacen alusión al empleador y no a las AFP, por lo que la acción que debió impetrarse fue la de indemnización de perjuicios y no la de ineficacia.

Colige que la acusación se cimienta en supuestos falsos y, por ende, deja libre de cuestionamiento los verdaderos pilares de la sentencia de segunda instancia (f.º 94 a 98, *ibidem*).

Colfondos S. A. aduce que el primer cuestionamiento debe ser desestimado, en tanto el Tribunal no se centró en el

análisis del material probatorio recaudado, sino que sus fundamentos fueron netamente jurídicos y relacionados con la aplicación e interpretación de los artículos 13, literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993 y del Decreto 720 de 1994, artículo 10º, ampliamente expuestos en la sentencia de segundo grado.

Arguye que, en consideración a lo previo, el ataque debió dirigirse a atacar el fallo por la vía directa, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Apunta que igual suerte debe correr el segundo cargo en atención a que su proposición jurídica no es completa, pues no se señaló la norma sustancial que se considera quebrantada, tornándose en un yerro insubsanable acorde con el artículo 90 del CPTSS y el 51 del Decreto 2651 de 1991.

Agrega que, según la jurisprudencia (CSJ SL2265-2019), las decisiones judiciales no pueden integrar la proposición jurídica, en la medida que no corresponden a normas sustanciales de orden nacional, sino que son decisiones con fuerza vinculante.

Aclara que la decisión controvertida no desconoce el precedente de la Corte, sino que sustenta, con suficiencia, los motivos por los cuales se aparta del mismo.

Señala que no se definió el alcance de la impugnación,

motivo adicional para desestimar la impugnación en su conjunto (f.º 110 a 115, *ib*).

IX. CONSIDERACIONES

Empieza la Sala por advertir que no asiste razón a la oposición en las falencias técnicas que adjudica a la acusación, pues, en aplicación de los artículos 228 de la CP; 16 y 55 de la Ley 270 de 1996 y 48 del CPTSS, que exigen interpretar la demanda, de ella se extrae un conflicto de legalidad bien definido.

Tal afirmación, en primer lugar, en tanto de la redacción del alcance de la impugnación es dable colegir que lo que se pretende que haga esta Sala, en sede de instancia, es que revoque la sentencia absolutoria de primer grado para, en su lugar, acceder a las pretensiones del libelo.

Adicionalmente se comprende que el impugnante, en conjunto, denuncia: *i*) la *aplicación indebida* del artículo 177 del CPC en relación con el artículo 145 del CPTSS y, *ii*) la *interpretación errónea* del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 48 y 53 de la CP.

En efecto, a pesar de que la acusación menciona la *aplicación indebida* del citado canon 13, de lo que se duele es de que el Tribunal se apartara de la línea jurisprudencial de la Sala y que, con ello, comprendiera con equivocación aquella norma.

Así las cosas, en perspectiva del esquema argumentativo que propone el ataque, importa memorar, que el juez colegiado consideró que:

i) El artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en relación con el literal b) del artículo 13 *ibidem*, regula la ineficacia del acto de vinculación al régimen pensional, cuando en su elección se ha vulnerado el derecho a la libertad del trabajador por parte del *empleador*, caso en el cual, aquél retornara al subsistema en el que se encontraba antes de su decisión.

ii) El artículo 10º del Decreto 720 de 1994 determina de forma *especial*, la acción que se puede emprender contra la AFP que, con su omisión u error, hubiere generado algún perjuicio pensional al afiliado, encontrándose obligada a indemnizar el daño, por ejemplo, con la diferencia dineraria entre la mesada que hubiere percibido en el régimen al que se afilió y, la que recibe en el que se encuentra.

iii) En ese contexto, después de realizar una interpretación histórica y restringida (no analógica) de esas normativas, se apartaba de la línea jurisprudencial de la Corte sobre el particular, que permitía declarar la ineficacia frente a las AFP.

iv) Como el recurrente pretendió «*la nulidad*» de su migración al RAIS por la omisión de la administradora pensional, en suministrarle la información necesaria, aduciendo que ello le causó una lesión en su derecho a acceder a la prestación por vejez, debió emprender la

reclamación indemnizatoria de que trata el segundo de esos preceptos, aun cuando este camino no permite el regreso al régimen anterior.

v) No obstante, como no dirigió sus súplicas en ese norte, por virtud de los derechos de contradicción y defensa e, inclusive, en aplicación del principio de congruencia, no podía solventar esa equivocación.

En relación con iguales razonamientos a los expuestas por el juez de la apelación y a semejantes críticas a las realizadas por la censura, la Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, así:

1. De la vulneración del precedente judicial en asuntos de ineficacia de traslado entre regímenes:

En la sentencia CSJ SL5442-2021 proferida por esta Sala de decisión, con referencia en los artículos 4º de la Ley 169 de 1896; 7º del CGP; 29, 228, 230 y 235 CP y de los pronunciamientos de constitucionalidad CC C836-2001; CC C816-2011 y CC C621-2015, sobre la doctrina probable y el acatamiento del precedente, en asuntos como el discutido, razonó que,

[...] 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 [...] 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, [...] 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** (negritas fuera del original).

2. De la comprensión de los artículos 271 de la Ley 100 de 1993 y 10º del Decreto 720 de 1994:

En la decisión CSJ SL655-2022 tras memorar el contenido de ambas normas se puntualizó: *i)* que la información *precisa*, es un elemento esencial para pregonar que hubo *libertad* en la toma de la decisión, lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su acogimiento (CSJ SL12136-2014); *ii)* que el deber de otorgar esa ilustración corresponde a la administradora pensional (CSJ SL1688-2019); *iii)* que,

[...] existe toda una batería normativa de carácter especial que reguló la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debe precederla, lo cual concatena, además, con el argumento ya pacífico en la Sala, de que en estos casos hay inversión de la carga de la prueba, en favor del afiliado.

Y, *iv)* que de conformidad con los artículos 13 del CST, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y, entre otros, el 97 del Decreto 663 de 1993, el enfoque otorgado por la jurisprudencia para resolver problemas en los que se discute

el acatamiento de ese deber, es la ineficacia, la cual, «[...] apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico en normas que son de orden público, que [...] trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley».

Ahora, en perspectiva del artículo 10º del Decreto 720 de 1994, se resaltó, que en relación con el objeto que regula y su ubicación en la ley, es evidente que trata un asunto distinto de la ineficacia de la afiliación que se genera por la omisión de información, a cargo de la AFP, porque:

i) ese precepto «reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993», sobre la autorización para celebrar contratos con establecimientos de crédito para las operaciones de recaudo, pago y transferencia de los recursos manejados por las AFP y las actividades de los intermediarios de las entidades de seguridad social para regular su organización, responsabilidades, vigilancia y sanciones a las cuales estarán sujetos.

ii) dicha norma se encuentra dentro del capítulo que se ocupa de la organización, obligaciones e identificación frente a terceros, por lo que, de ella «[NO] se puede derivar, como regla, una acción única y específica para aquellos casos en los cuales el error u omisión del promotor, por virtud del traslado de régimen pensional, genere perjuicios al afiliado».

Allende a que, la reclamación de indemnización de los perjuicios, en los asuntos de ineficacia del acto de migración,

está concebida en favor de los pensionados, porque frente a ese grupo poblacional, no es posible retrotraer el estado de las cosas, al punto en que se encontraban antes del traslado (CSJ SL373-2021 y CSJ SL3871-2021).

En ese contexto, la Corte concluyó, que incurre en error el juez colegiado que confunde las regulaciones propias del deber de suministro de información, con la que se ocupa de la responsabilidad de los intermediarios o de los promotores como de las AFP, porque, aunque, sin duda *«[...] también [se] permitiría la reclamación de perjuicios, si se cumplen las condiciones para ello, [...] en todo caso son temáticas diferentes»*.

Ahora, en relación con las consideraciones del colegiado para apartarse de la línea jurisprudencial, en la decisión que se comenta se apuntó que:

i) *«[...] no hay una suerte de extensión indebida por analogía de unas normas de tipo sancionatorio, como lo mencionó el juez plural, sino que las administradoras de fondos de pensiones son destinatarias directas de las mismas y de las consecuencias que allí se prevén por su violación»*.

ii) *de los «[...] artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, no se infiere que sólo el empleador o quien funja como tal es el único que puede desconocer el derecho de libre elección de régimen pensional por parte del afiliado, pues la falta de información de la AFP puede afectarlo»*.

iii) no es posible concebir la imposición de responsabilidad estatal o a cargo de Colpensiones, con ocasión de las declaraciones de ineficacia, porque,

[...] la fuente constitucional para tales declaratorias, cuando ellas sean procedentes, resulta ser el artículo 48 de la CP que garantiza a todos los habitantes *el derecho irrenunciable a la seguridad social*, y las órdenes emitidas frente a Colpensiones en el sentido de activar la afiliación, percibir las sumas trasladadas por la AFP y tener por vinculado al afiliado como si nunca se hubiese separado del RPM, no son condenas a título de indemnización o de resarcimiento de perjuicios, como equivocadamente pareciera entenderlo el Tribunal, sino que responden a ese derecho irrenunciable a la seguridad social ya mencionado, que se enfoca en que la persona obtenga una cobertura en los riesgos de IVM en el régimen en el cual se le tenga por válidamente afiliado, derivada del fruto de su trabajo y reflejada en los tiempos servidos o en las cotizaciones efectuadas al sistema.

3. De la vulneración del principio de congruencia en asuntos de ineficacia pensional, cuando no se califica adecuadamente el problema jurídico:

En la decisión CSJ SL4849-2020, en punto del principio de congruencia de las decisiones laborales, se recordó, que al tenor del artículo 50 del CPTSS, conforme lo considerado en la CSJ SL17741-2015 reiterada en las CSJ SL2495-2018 y CSJ SL3209-2020, aquel axioma impone al juez de primera y segunda instancia, la obligación de resolver la controversia sometida a su análisis, dentro de los precisos límites de lo pedido y lo controvertido, entendiendo que, en cualquier escenario, están incluidos en ese margen de competencia bienes de categoría superior, como los derechos ciertos e indiscutibles o los mínimos irrenunciables.

Adicionalmente, con referencia en la sentencia CSJ

SL2010-2019, en aquella oportunidad, se concluyó que «[...] en el proceso laboral ser congruente y coherente es una exigencia de primerísimo nivel, exigible tanto a los juzgadores como a las partes»; que, por tal motivo, los contradictores deben comportarse en el litigio de forma solidaria y de buena fe y, al funcionario le está vedado invadir derechos o cargas procesales o, desconocer la iniciativa de aquellos, determinada en la fijación del tema del conflicto.

En ese escenario, se consideró que, es incongruente la sentencia que decide «con total prescindencia del objeto litigioso», esto es, en casos como el presente, en los que se pretende la ineficacia de la afiliación, regulada por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y el juez busca «[...] la solución del asunto en otras fuentes con consecuencias disímiles».

Bajo semejantes consideraciones, en torno a un caso de iguales aristas fácticas y jurídicas al presente, recientemente en la sentencia CSJ SL3537-2021, se destacó:

Claro lo anterior, se tiene que, en el sub lite, la pretensión de la demandante se dirigió a obtener la «nulidad» de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – y la consecuente migración, de Protección S. A. a Colpensiones, de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales recibidas con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados-, con fundamento en una premisa fáctica primordial: el incumplimiento del deber de información, a cargo de Protección S. A., al momento de su afiliación.

Por su parte, el ad quem consideró pertinente apartarse de la jurisprudencia que esta Sala ha elaborado en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional, pese a que en ningún momento analizó ese elemento esencial sobre el que se erigió la petición de la accionante, pues se ocupó de un asunto distinto, cual es, la normativa que debe observarse en aras de adelantar una acción de responsabilidad dirigida a obtener la

satisfacción de perjuicios por parte de la AFP y las razones que, en su criterio, justifican su pertinencia; aspiración aquella que, si bien puede válidamente proponerse -al amparo del derecho de acción-, no hizo parte del petitum inicial en este asunto.

Así, para esta Sala, **es evidente que el Tribunal equivocó el entendimiento del problema jurídico que le correspondía analizar, pues estructuró su decisión sobre una cuestión no discutida en el proceso; esto es, el tipo «de acción» que considera deben adelantar los afiliados en aras de obtener el resarcimiento de perjuicios causados por «infracción, error u omisión» de las AFP, tal como lo establece el artículo 10º del Decreto 720 de 1994** (negritas fuera del original).

4. Del conflicto de legalidad:

Conforme los criterios normativos y jurisprudenciales, previamente expuestos, es claro que el Tribunal:

i) vulneró el principio de congruencia, al aducir que lo pertinente era haber encaminado la acción elegida a partir de un instituto normativo distinto, a pesar de que eso no fue tema de controversia.

ii) aplicó indebidamente el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, por cuanto este no regulaba el asunto y lo pretendido por la reclamante era el reingreso al RPMPD, no la indemnización de perjuicios causados.

iii) interpretó con error el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, al deducir que la ineficacia solo era atendible respecto de violaciones del derecho a la libertad de elección del trabajador, en el que incurriera el *empleador*.

iv) infringió el derecho a la igualdad concretado en el respeto del precedente, en razón a que, no adujo alguna de

las circunstancias normativas válidas para apartarse del mismo y, como su comprensión no «[...] permitiría “un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales”, [sino que por el] contrario, las restringiría en desmedro de los afiliados, que verían imposibilitada la declaratoria de vinculación al régimen pensional al cual creen válidamente tener derecho», debió atenerse en su integridad a la línea decantada por la Corte, de la forma en que se reflexionó en la sentencia CSJ SL655-2022.

Por tanto, se casará la segunda decisión y no se condenará en costas al recurrente.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

Para resolver la apelación interpuesta por el demandante contra la decisión del primer juez, debe indicarse que éste consideró que no era posible acceder a la ineficacia por cuanto: *i)* no demostró que la AFP le hubiera dado una «*información mañosa*» o que le hubiere hecho tomar una decisión cimentada en un engaño; *ii)* no hizo uso del derecho de retracto, ya que después del 30 de agosto de 1995, cuando eligió el RAIS, decidió mantenerse afiliado y efectuando migraciones horizontales entre AFPs y, *iii)* debía acreditar el perjuicio causado, lo que no hizo, pues aunque sus pedimentos se basaron en una sentencia de tutela de la Sala, en ella se hacía referencia a beneficiarios del régimen de transición, que no era su caso y por eso no tenía una expectativa ni perdió ninguna prerrogativa con su migración.

Respecto de lo anterior, cumple indicar:

1. De la normativa aplicable a las solicitudes de ineficacia de traslado de régimen.

El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y 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**».*

Sobre el particular, en la decisión CSJ SL4360-2019, también se precisó, que existen diferencias entre la nulidad absoluta y relativa del acto jurídico en el régimen general de obligaciones del artículo 1740 del CC y la ineficacia del acto jurídico que prevé como sanción especial el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la cual no está condicionada a la existencia de un vicio del consentimiento, sino que establece que *«cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional [...]»*.

Lo anterior trae de suyo, que el afiliado no está en obligación de demostrar la existencia de un vicio en su asentimiento para sacar adelante sus pretensiones y que la ausencia de información clara, precisa y suficiente por parte de la AFP, no pueda considerarse como un error de derecho, teniendo en cuenta que la norma de seguridad social impuso a su cargo dicha obligación, lo que apunta a brindar mayor efectividad a los derechos constitucionales de dignidad y libertad en la toma de decisiones que afectan derechos sociales del sistema de aseguramiento en pensiones.

Así se explicó, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL2279-2021, en la que se dijo:

[...] sirve la misma reflexión para controvertir la tesis de la improcedencia de la nulidad por error de derecho, con base en el artículo 1509 del Código Civil, que frente a lo expuesto debe ceder, pues como se ha explicado, existe toda una batería normativa de carácter especial que reguló la materia en cuanto a la afiliación en seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP

que debe precederla, con lo cual, tal regla general se ve desplazada por la preceptiva particular y específica mencionada, en punto a la ineficacia deprecada [...].

2. De los legitimados para pretender la declaración de ineficacia del acto de vinculación a determinado régimen.

Sobre el punto, huelga precisar que «*ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que el afiliado deba sufrir un perjuicio, ni ser titular del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*», de la manera en que se indicó en la sentencia CSJ SL3049-2021, que reitera las reglas de las CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL1467-2021 y CSJ SL1465-2021.

Así las cosas, cualquier persona, con independencia de las condiciones pensionales que tenía para el momento de la migración, que sienta que ha sido vulnerado en su derecho a la información, puede pretender la declaración de ineficacia.

3. De la carga de la prueba.

En lo atinente a la carga de la prueba y su inversión, en el fallo 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 a lo cual 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 desfavor de los consumidores financieros.

4. Del alcance y sentido del 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 adocinado 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:

4.1 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.

4.2 Suministrado, como se indicó en la providencia CSJ SL1452-2019 en un lenguaje claro, simple y comprensible, *«[...] los elementos definatorios 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»*.

5. De lo probado

Ninguna de las pruebas arrimadas al proceso, permite tener por cumplidos los principios de necesidad y transparencia sobre la información suministrada al actor para el momento de la vinculación al RAIS, como se reflexionó en la sentencia CSJ SL373-2021, porque: *i)* el formulario que suscribió el 20 de agosto de 1995 a Colmena hoy Protección S. A. (f.º 150, cuaderno del juzgado); *ii)* el rubricado por aquél con Colfondos S. A. el 23 de mayo de 1997 (f.º 190, *ibidem*); *iii)* el firmado con Protección S. A. el 27 de mayo de 2016 (f. 160 *ib*) y *iv)* el formato dirigido a su entonces empleador, ESE Hospital San Jorge de Pereira (f.º 151, *ibidem*), son insuficientes.

Efectivamente, no basta con la manifestación expresa de haber seleccionado el régimen libre, espontánea y voluntariamente; así como tampoco, haber recibido cierta información general o únicamente los beneficios del RAIS, pues, con ello *«[...] claramente [se] produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno»*.

Además, nótese que en el interrogatorio de parte, si bien el señor Ramírez Ramírez adujo que recibió información por parte de los asesores de los fondos y que no fue presionado por parte del promotor comercial para firmar el formulario, también fue espontáneo en indicar que solo le indicaron los beneficios del RAIS, es decir, que obtendría altos rendimientos, incluso si solo cotizaba sobre el salario mínimo, que se podía pensionar por vejez de manera anticipada y más joven; y que podría retirar en cualquier momento su ahorro.

Sin embargo, esta probanza tampoco contiene datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o en el privado de pensiones para el momento del traslado y en perspectiva a sus condiciones particulares; además toda la información que se le brindó gravitó sobre el propio régimen privado y en sus aspectos favorables, situación que claramente produce un sesgo en el afiliado por ignorancia o desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional público alterno.

Por tanto, olvidó el juez de la instancia que el deber en reflexión no se concreta en brindar «*cualquier información*», sino una «*calificada*», según se explicó en la sentencia CSJ SL3778-2021, por lo que haber derivado de la suscripción del formulario y de los traslados horizontales entre AFPs que deseaba permanecer en el RAIS, no trasluce ni siquiera como indicador de haber recibido ilustración clara, completa y

calificada, por ejemplo, en torno a los beneficios y desventajas de ambos regímenes.

Ahora, en torno a los cambios de administradoras de pensiones y la permanencia en el RAIS, de manera reciente esta Sala se pronunció en sentencia CSJ SL2379-2022, donde a su vez se citan las decisiones CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, en la que se orientó que tales circunstancias,

[...] no contribuyen a esclarecer si la demandante contó con la debida ilustración al momento de trasladarse al RAIS. De hecho, en sentencias CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021, reiterada en la CSJ SL1055-2022, esta Sala explicó que «argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión».

En este sentido, se indicó que «los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad».

En ese contexto, con acopio a los argumentos esbozados en casación y en esta sede se colige que el primer juez, desatinó al absolver a las accionadas, por lo cual, se revocará su decisión y, en su lugar, se declarará la ineficacia de la afiliación efectuada por el reclamante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 20 de agosto de 1995 y, en consecuencia, que el afiliado nunca se trasladó a dicho régimen.

Lo último, debido a que los efectos de esa declaratoria, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones.

Ahora bien, importa resaltar que de la contestación de la demanda efectuada por Colpensiones, concretamente al hecho tercero, quedó claro que la afiliación del accionante al otrora Instituto de Seguros Sociales, se dio el 3 de abril de 1989 y, aunque en el segundo supuesto fáctico del gestor se asevera que al inicio de su vida laboral -1º de junio de 1984- estaba efectuando aportes a Cajanal y dicha hipótesis no quedó clara en el trámite, ello no impide considerar que siempre ha estado afiliado al régimen de prima media, puesto que, el previsional, de conformidad con los artículos 11, 12, 15 y 151 de la Ley 100 de 1993; 3º, 4º, 6º y 34 del Decreto 692 de 1994, de todas formas *«[...] quedó incorporado al régimen de prima media con prestación definida»*, por lo que, según se precisó en la sentencia CSJ SL2817-2019,

«[...] ante la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, debe entenderse que ésta siempre estuvo sujeta al RPMPD, pues, como se indicó en precedencia, con la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en pensiones, todo el régimen previsional quedó derogado y/o incorporado al último, contexto en el cual, ante la cesación de la obligación pensional de la ex empleadora pública, en los términos del inciso 4º del artículo 4º del Decreto 692 de 1994, «quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales».

En consecuencia, en aras de lograr, *«[...] el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de*

los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado» (CSJ SL2877-2020), se dispondrá la devolución de los recursos acumulados en la cuenta individual del afiliado de forma plena y retroactiva a Colpensiones.

Así las cosas, se dispondrá que Protección S. A. devuelva a Colpensiones lo depositado en la cuenta de ahorro individual del solicitante, a saber, aportes y bonos pensionales si a estos hubiese lugar, junto con sus rendimientos financieros y, a ésta y a Colfondos S. A. que con cargo a sus propios recursos entreguen: *i)* las comisiones y gastos de administración, *ii)* los valores utilizados en seguros previsionales y, *iii)* los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, durante todo el tiempo que el actor permaneció en el RAIS.

Tal pronunciamiento, de conformidad con lo expuesto en las sentencias CSJ SL17595-2017; CSJ SL4989-2018; CSJ SL1688-2019 y CSJ SL8777-2020, a las cuales se remite la Corporación en apoyo de su decisión.

Para efectos de la actualización monetaria se tendrá en cuenta la siguiente fórmula

$$VA = V_h * \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ inicial}}$$

De donde:

VA = corresponde al valor de la suma a actualizar.

VH = Valor histórico a indexar

IPC Inicial= IPC mes en que se efectuaron las apropiaciones

IPC Final= IPC mes en que se realiza el pago a Colpensiones

Al momento de cumplirse estas órdenes, 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.

Adicionalmente, en el marco del principio de congruencia, precisa indicar que, aunque lo solicitado por el promotor de la acción fue la declaratoria de nulidad de su afiliación al RAIS, en sede de instancia se declara la ineficacia de la misma, en consideración a que esta Corporación 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).

En punto de las excepciones no es posible tener por prescrita la acción, por cuanto la Sala tiene adoctrinado, 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»* (CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3199-2021).

Allende a que los demás medios exceptivos que pretendían demostrar la eficacia del traslado, se tienen por resueltos implícitamente.

Costas de ambas instancias a cargo de las convocadas en favor del señor Ramírez Ramírez.

XI. 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 dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el quince (15) de julio de dos mil veinte (2020), en el proceso que instauró **ÓSCAR LEONEL RAMÍREZ RAMÍREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS S. A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, 10 de octubre de 2018, en cuanto absolvió a las demandadas y en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** del acto de vinculación al régimen de ahorro individual, realizado por **ÓSCAR LEONEL RAMÍREZ RAMÍREZ** a la **ADMINISTRADORA DE**

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A., el 20 de agosto de 1995.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A.** remita a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** lo depositado en la cuenta de ahorro individual del reclamante, a saber, aportes y bonos pensionales si a estos hubiese lugar, junto con sus rendimientos financieros y que con cargo de sus propios recursos entregue lo recaudado por concepto de: *i)* gastos de administración, *ii)* los valores utilizados para seguros previsionales y, *iii)* los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, conforme la fórmula indicada en la considerativa, durante todo el tiempo que el reclamante permaneció en el RAIS.

TERCERO: ORDENAR a **COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS S. A.** que con cargo de sus propios recursos entregue lo recaudado por concepto de: *i)* gastos de administración, *ii)* los valores utilizados para seguros previsionales y, *iii)* los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, conforme la fórmula indicada en la considerativa, durante todo el tiempo que el reclamante permaneció afiliado a dicho fondo.

CUARTO: Al momento de cumplirse cada una de las anteriores condenas, los conceptos económicos de retorno a

Colpensiones deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** tenga al demandante como afiliado al régimen de prima media con prestación definida, por lo indicado en la motiva.

SEXTO: Se declaran no probadas las excepciones de mérito planteadas.

SÉPTIMO: COSTAS como se dijo en la parte considerativa.

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



SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

**IMPEDIDA
CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA**


CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO