



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

**IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**

**Magistrado ponente**

**SL2480-2022**

**Radicación n.º 88874**

**Acta 14**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintidós (2022).

La Corte decide el recurso de casación que **MARÍA NANCY ESCALANTE MEJÍA** interpuso contra la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira profirió el 15 de julio de 2020, en el proceso ordinario que promueve contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

## **I. ANTECEDENTES**

La accionante requirió que se declare «*nulo e ineficaz*» su traslado del régimen de prima media con prestación definida –RPM- al de ahorro individual con solidaridad –RAIS-. En consecuencia, solicitó que se ordene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Protección S.A remitir a Colpensiones «*la totalidad de los aportes realizado[s]*» y, a esta última, que acepte el traslado, lo que se pruebe ultra y extra *petita* y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, relató que nació el 3 de noviembre de 1961; que el 25 de agosto de 1998 suscribió el formulario de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la administradora de pensiones privada –AFP- Colmena S.A., hoy Protección S.A., pues la persona que la asesoró le dijo que «*tendría una pensión de vejez no solo anticipada sino superior a la que obtendría si se mantuviera en el régimen de prima media (...) y con derecho a excedentes de libre disposición*», pero no le brindó información sobre el retorno al RPM, ni sobre el monto superior de la pensión de vejez que recibiría en dicho régimen.

Expuso que no presentó ante la AFP el documento de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; que presta sus servicios a la Notaría Cuarta del Círculo de Pereira, y que hasta el 1.º de septiembre de 2017, tenía 1706 semanas cotizadas.

Indicó que mediante oficio de 10 de octubre de 2017, la AFP le comunicó que en el RAIS tendría derecho a una pensión mínima, mientras que en el RPM sería de «*1.576.680*», a los 57 años de edad. De modo que, afirma, la asesoría que le brindó la AFP fue engañosa y lesiva para sus intereses.

Refirió que el 11 de agosto de 2017 requirió a la AFP Protección S.A. que la trasladara a Colpensiones; no obstante, a través de oficio CAS-1388951-D7C7K4 de 5 de septiembre siguiente, la entidad no accedió a lo pretendido; que el 10 de agosto de esa anualidad formuló ante Colpensiones igual solicitud; sin embargo, mediante comunicación BZ2017\_8305822-2116650 de ese mismo día, esta negó el traslado con fundamento en que le faltaban menos de diez años para adquirir el derecho pensional. Expuso que contra dicha decisión interpuso recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación, sin que a la fecha de presentación de la demanda se hubiera resuelto al respecto (f.º 3 a 26).

Al contestar el escrito inaugural, Colpensiones se opuso a las pretensiones. En cuanto a los supuestos fácticos en que se fundamentan, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la solicitud de traslado, la respuesta negativa a su petición y la interposición de recursos contra dicha determinación; respecto a los demás, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y la innominada o genérica (f.º 83 a 86 y 193 a 199).

Al contestar la demanda, Protección S.A. se resistió a las peticiones de las mismas. En cuanto a los hechos en que se soportan, admitió la fecha de nacimiento de la actora y que esta se trasladó y está afiliada a dicha entidad, que

solicitó su traslado de régimen y la respuesta negativa al requerimiento de la actora; los restantes no los admitió o afirmó que no le constaban.

Como medios exceptivos, formuló los que denominó validez y eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción, buena fe, confianza legítima y la «*innominada o genérica*» (f.º 110 a 127).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo de 4 de octubre de 2018, la Jueza Segunda Laboral del Circuito de Pereira decidió (f.º 211 y 212 y CD):

1. *Declarar nulo e ineficaz el traslado de régimen que (...) MARÍA NANCY ESCALANTE MEJÍA (...) suscribió al RAIS específicamente del RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS específicamente a la AFP COLMENA hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (...).*
2. *En consecuencia, CONDENAR a (...) Protección S.A. a trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a (...) Colpensiones, de conformidad con lo estipulado en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993*
3. *CONDENAR a (...) Colpensiones que una vez la AFP Protección S.A. dé cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado de (...) MARÍA NANCY ESCALANTE MEJÍA, sin solución de continuidad del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.*
4. *Condenar en costas a Protección (...) y a (...) Colpensiones.*
5. *De no ser recurrida esta decisión se ordena [que] se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.*

### III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de las demandadas y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, mediante sentencia de 15 de julio de 2020, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira revocó el fallo de primer grado; en su lugar, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y condenó a la accionante al pago de las costas en ambas instancias (f.º 1 a 15 del Cuaderno del Tribunal).

Para los fines que interesan al recurso extraordinario, el *ad quem* señaló que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si se probaron 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.

El Tribunal afirmó inicialmente que, en aplicación del principio de autonomía judicial, un análisis detallado de la «*normativa invocada*», de la Ley 100 de 1993 y de su Decreto Reglamentario 720 de 1994, le permitía apartarse de la jurisprudencia de esta Sala atinente a la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, máxime cuando el criterio jurídico de esta Corporación sobre el tema no es consolidado, pacífico ni unificado.

En esa perspectiva, luego de elaborar un recuento de algunas decisiones que esta Sala ha adoptado sobre el particular, aludió al artículo 167 del Código General del Proceso y explicó que según el artículo 271 de la Ley 100 de

1993, los únicos que pueden coartar el derecho a la libre elección de régimen pensional son los empleadores o cualquier otra persona natural o jurídica con una posición dominante sobre el trabajador y sus actos y, por tanto, con la capacidad de «*usurpar*» su voluntad.

En esa perspectiva, afirmó que en las normas invocadas, el supuesto de hecho exige un sujeto calificado que «*desconozca, impida o atente contra el derecho libre y voluntario del trabajador de elegir el régimen pensional*»; actos que, a su juicio, no puede ejecutar el promotor de la administradora de pensiones, en tanto lo que este persigue es «*una afiliación al sistema de seguridad social, vinculación o traslado y para ello, está obligada a exponer las características, beneficios y riesgos del sistema de ahorro individual*».

Destacó que en los términos del artículo 31 del Código Civil no es posible hacer analogías de normas prohibitivas y, por lo mismo, tampoco realizar un «*símil*» para establecer una sanción no prevista por el legislador. Asimismo, indicó que las AFP son el nuevo actor de la Ley 100 de 1993; de ahí que si el legislador hubiera querido regular su comportamiento en ese sentido, pudo incluirla expresamente como generadora de la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, como sí lo hizo con el empleador.

Por otra parte, adujo que la coexistencia del régimen de ahorro individual con solidaridad y del régimen de prima con prestación definida se estructura bajo el principio de libre

competencia; por tanto, ambos brindan distintas ventajas a sus afiliados, sin que eso implique que uno sea mejor que el otro, pues ello imposibilitaría la subsistencia de alguno. En ese contexto, afirmó que no es válido que después de mucho tiempo de realizar aportes, el afiliado a un fondo privado alegue la ineficacia de su afiliación por estar inconforme con la mesada pensional que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pero no con los restantes beneficios de dicho régimen.

Así, afirmó que para estos casos el legislador contempló una acción diferente a la de la ineficacia del traslado, consistente en el resarcimiento de perjuicios descrito en el artículo 10.º del Decreto 720 de 1994, y que no puede olvidarse el principio de interpretación del ordenamiento jurídico *«que exige la aplicación de la norma especial sobre la simple general»*.

De manera que cuando un afiliado a una AFP acusa a esta de maniobras engañosas, defraudadoras, omisivas o erróneas en el ofrecimiento de información que conlleve el traslado de régimen pensional, la acción procedente es la de *«resarcimiento de perjuicios»* y no la de *«ineficacia»*, en tanto esta última, *«de ninguna manera contempla la omisión o error de información por parte de la AFP»*.

Refirió que esta Corporación *«ha descargado en Colpensiones, sujeto ajeno del deber de información para la época de los traslados entre regímenes, los efectos patrimoniales de las ineficacias de los mismos con lo cual*

*transgrede tanto la cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial, como el régimen resarcitorio de perjuicios contenido en el Código Civil»,* porque las órdenes judiciales tendientes a trasladar los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros y gastos de administración, son insuficientes para cubrir el perjuicio que debe asumir Colpensiones para sufragar las pensiones de personas que no contribuyeron, por lo menos, durante los últimos 10 años, al fondo común que compone el régimen de prima media.

Adujo que como Colpensiones no participó en la información otorgada al trabajador, no tendría por qué resarcirlo, pues las obligaciones nacen del concurso real de voluntades, de los contratos o del daño inferido a otro.

Así, al analizar si en este asunto era procedente declarar la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, el *ad quem* puntualizó:

*[...] María Nancy Escalante Mejía pretende la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado el 25/08/1998 (fl. 4 c. 1), del que da cuenta el formulario suscrito dicho día ante Colmena – hoy Protección S.A. - (fl. 48 c. 1). Ahora bien, en los hechos de la demanda señala a Protección S.A. y no a su empleador u otra persona afín a tal calidad, como el sujeto que la hizo incurrir en error o engaño para efectos de obtener dicho traslado y del que adujo derivar un perjuicio en tanto su mesada pensional allí apenas ascendería a un salario mínimo, cuando en Colpensiones sería por lo menos del doble.*

*Así las cosas, conforme viene de discurrirse, 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 (sic) actor (sic) en su demanda y respecto de la que no hubo uso de facultades extra y ultra petita por el a-quo.*

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

El recurso extraordinario de casación lo interpuso la demandante, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

La recurrente pretende que la Corte case la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, confirme la decisión de la *a quo*.

Con tal propósito, por la causal primera de casación formula tres cargos, que fueron objeto de réplica.

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

Acusa la sentencia de trasgredir por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea de «los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993; artículo 10 del Decreto 720 de 1994 en relación con los artículos 137 y 281 del Código General del Proceso y los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, lo que la que (sic) condujo a violar por infracción directa los artículos 13 y 53 de la Constitución Política; los artículos 21 y 340 del Código

*Sustantivo del Trabajo; los artículos 114 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994».*

Manifiesta que el *ad quem* erró al considerar que ante la falta de información o de información errada por parte las AFP, a través de sus promotores, lo procedente es la acción de resarcimiento de perjuicios, sin que el afiliado «*engañado o malinformado*» pueda solicitar la ineficacia o «*nulidad*» del acto jurídico de traslado.

Lo anterior, por cuanto, afirma, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 no establece que el sujeto pasivo de la pretensión de ineficacia es «*únicamente*» el empleador como lo entendió el *ad quem*, por el contrario, la norma prescribe que «*cualquier persona natural y jurídica*» puede incurrir en la conducta allí descrita, de modo que, ante la claridad normativa no le es dable al intérprete su modificación en perjuicio del afiliado.

Expone que el inciso 1.º del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 ratifica el 13 *ibidem* y que esta Corporación ha señalado que «*si la norma establece que la afiliación quedará sin efecto, lo que se produce es la ineficacia y no la sola reparación de los perjuicios*», como erradamente lo concluyó el Tribunal.

Respecto al criterio jurídico del Tribunal en cuanto a que la declaratoria de ineficacia constituye una violación al régimen de responsabilidad patrimonial y un detrimento de

los recursos de Colpensiones, afirma que el artículo 48 de la Constitución Política no le otorgó facultades a la jurisdicción *«para que, pretextando una simple regla fiscal de sostenibilidad financiera, la aplique en contra de los trabajadores o destinatarios de derechos de la seguridad social»*.

Sobre la ineficacia del traslado y del deber de información de las administradoras de fondos de pensiones, transcribe apartes de la sentencia CSJ SL, 3 sept. 2014, rad. 46292 y CSJ STL5888-2020.

Asimismo, refiere que el formato de traslado de régimen pensional se emplea indebidamente, pues además de pretenderse derivar de él la autorización de dicho acto, su simple suscripción significaría la declaración de voluntad de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, lo cual constituye una *«inducción tendenciosa»*, de ahí que el traslado de régimen pensional no puede ser eficaz al amparo de la sola firma de tal documento.

Por último, manifiesta que el juez plural vulneró el principio de congruencia, pues se apartó del objeto del litigio y de lo debatido entre las partes.

## **VII. RÉPLICA DE COLPENSIONES**

Manifiesta que la demandante no demostró la existencia de un vicio en el consentimiento para que proceda la

ineficacia del traslado y tampoco probó el perjuicio que ocasionó su afiliación al RAIS en lo relativo al acceso a la pensión de vejez.

Señala que para la data en que la actora se vinculó a la AFP -1998- estaba vigente el Decreto 663 de 1993, que obligaba a las administradoras de fondos de pensiones *«únicamente 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 acreditó con el formulario de afiliación suscrito por aquella, del que se desprende que el traslado de régimen pensional se efectuó de manera libre e informada, además de que no se tachó de falso.

Luego de transcribir los artículos 13 de la Ley 100 de 1993, 97 del Decreto 663 de 1993 y 11 del Decreto 692 de 1994, explicó que la normatividad financiera y pensional vigente para la fecha de traslado de la demandante, establecían:

*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 la obligación de realizar una asesoría bajo el presupuesto de la *«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 1.º de julio de 2010, por tanto, es a partir de ese momento que puede exigirse a las administradoras brindar la información a sus usuarios bajo esas premisas.

Asevera que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no es aplicable al presente caso, pues allí se regula el régimen sancionatorio para el empleador que atente contra el derecho del trabajador a elegir libremente a su afiliación y selección de régimen.

### **VIII. RÉPLICA DE PROTECCIÓN S.A.**

Manifiesta que conforme a la sentencia CC C-1024-2004, de acceder a lo pretendido por la recurrente, se desconocería lo previsto en los artículos 243 de la Carta Magna, 48 de la Ley 270 de 1996 y 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005.

Afirma que la actora se trasladó de régimen en forma libre, espontánea, sin presiones y debidamente informada sobre las consecuencias de sus actos, tal como lo confesó en el interrogatorio de parte que absolvió y se desprende del respectivo formulario de afiliación, en el que, además, se dio

aviso que contaba con cinco días hábiles para retractarse de su determinación, lo cual no hizo. Asimismo, aduce que la actora no probó la existencia de vicios en el consentimiento. Sobre este punto transcribe apartes de la sentencia CSJ SL6436-2015.

Alega que si una persona manifiesta que la información que se le suministró no fue satisfactoria, ya no se trata de una negación indefinida, pues tácitamente reconoce que sí fue instruida, de manera que debe demostrar *«qué fue lo que no se le dijo para poder controvertir lo afirmado por la contraparte en el sentido de que la asesoría dada sí fue suficiente»*.

Asevera que cualquier proyección que se hubiere hecho a la actora no coincidiría con la realidad actual en tanto sería un *«simple pronóstico o vaticinio cuyas bases de análisis podrían variar sensiblemente»*, sin que ello constituya un engaño y mucho menos un argumento contundente para que se case la decisión del Tribunal, como quiera que *«saber cuál sería la pensión en el RPM faltándole mínimo veinte años más de vida y cerca de dieciséis años de cotizaciones (el 44%) para reunir el número de semanas exigidas para lograr el otorgamiento de una pensión de vejez en el RPM haría imposible fijar al menos un valor aproximado»*.

Por último, señala que los jueces de segunda instancia pueden apartarse de la jurisprudencia de esta Corporación, sin que ello sea un motivo para casar sus providencias, además que en el presente caso operó el fenómeno de la

prescripción

## **IX. CONSIDERACIONES**

No es materia de debate que la actora se afilió al ISS y que el 25 de agosto de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colmena S.A., hoy Protección S.A.

Así, corresponde a la Corte determinar si el Tribunal se equivocó al señalar que la falta al deber de información en el acto de traslado de régimen pensional no da lugar a la ineficacia del mismo, pues tal omisión habilita al afiliado únicamente para adelantar la acción de resarcimiento de perjuicios establecida en el artículo 10.º del Decreto 720 de 1994.

Sea lo primero precisar que esta Corporación ha considerado que desde la implementación del sistema integral de seguridad social en pensiones, que incluyó la creación de las AFP, se estableció a cargo de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de los dos regímenes pensionales a fin que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL2611-2020, CSJ SL4806-2020, CSJ SL1062-2021).

La Sala también ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un

mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula el tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Entonces, de acuerdo a la fecha en la que la actora migró al régimen de ahorro individual con solidaridad -25 de agosto de 1998-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

En consecuencia, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, la AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible 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.

Ahora, para esta Sala de la Corte, la consecuencia o respuesta del ordenamiento jurídico respecto a la transgresión del deber de información es la «ineficacia», esto es, la pérdida de todos los efectos jurídicos del acto de traslado. De modo que dicho examen debe abordarse desde



la institución de la ineficacia en sentido estricto (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1465-2021).

Ello, en armonía con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra expresamente que el desconocimiento del derecho a una afiliación libre del trabajador es la ineficacia.

En esa perspectiva, cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto, y ciertamente, una de las formas de atentar o violar los derechos de aquellos es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Igualmente, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala que *«El empleador o cualquier persona natural o jurídica»* que desconozca el derecho del afiliado a la libre escogencia del régimen pensional, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1.º del artículo 271 *ibidem*.

Así, de las normas en cita se advierte que el legislador empleó de manera genérica la expresión *«cualquier persona natural o jurídica»*, de modo que, contrario a lo señalado por el *ad quem*, no solo los empleadores pueden coartar el derecho de los trabajadores de seleccionar el régimen pensional que estimen conveniente, pues las AFP también pueden ser sujeto activo de dicha transgresión, en tanto son las principales interesadas en captar afiliados y generar lucro

por su labor de gestión de los ahorros. En ese orden, «*si la intención del legislador hubiera sido la de sancionar con la ineficacia de la afiliación únicamente la conducta impropia de los empleadores, no habría utilizado una expresión genérica como la referida o, en su defecto, se habría limitado a mencionar a los empleadores*» (CSJ SL3871-2021).

Al respecto, en sentencia CSJ SL3611-2021, esta Sala expuso:

*En efecto, la norma en cita no establece que el empleador o sus representantes son los únicos que tienen la posibilidad de violar el derecho a la libre elección de régimen pensional. Dicho precepto tiene un alcance mucho más amplio, pues quien lesiona la referida prerrogativa, puede hacerlo de «cualquier forma», es decir, a través de facultades subordinantes con el uso de presiones indebidas, o bien por parte de las AFP en el marco de una relación precontractual mediante el incumplimiento del deber de información. Es más, el sujeto pasivo de la conducta lesiva tampoco se contrae al trabajador subordinado; igualmente cubre a los independientes, y en general, a los afiliados obligatorios y voluntarios al sistema de seguridad social integral.*

En el presente caso, el Tribunal fundó su decisión en el artículo 10.º del Decreto Reglamentario 720 de 1994, que regula lo pertinente a la responsabilidad de los agentes comerciales; no obstante, de esta disposición en particular no puede derivarse, como regla, la existencia de una acción única y específica para aquellos casos en los cuales el error u omisión del promotor de la AFP en la información brindada al afiliado al momento del traslado de régimen pensional le genere perjuicios (CSJ SL4803-2021).

Sobre la interpretación que del citado precepto realizó el Tribunal de Pereira, esta Corporación en la citada sentencia CSJ SL3611-2021 indicó:

*Dicha disposición establece básicamente que las AFP deben responder por los perjuicios causados por sus agentes comerciales a los afiliados; de ahí la posibilidad para demandar el resarcimiento de los daños sufridos en el proceso de afiliación. Sin embargo, esta no es la única herramienta de defensa judicial que brinda el ordenamiento jurídico cuando la AFP omite el cumplimiento del deber de información. Por regla general, el asegurado también puede demandar la ineficacia del acto, buscar la aludida compensación o bien encausar su demanda con ambas alternativas.*

Bajo ese contexto, es claro que cuando se alega la falta al deber de información por parte de la AFP en el acto de traslado, además de la acción de resarcimiento de perjuicios, el afiliado puede demandar la ineficacia del cambio de régimen pensional e inclusive demandar de manera conjunta tales pretensiones.

Por otra parte, en cuanto a la exclusividad de la acción indemnizatoria que plantea el Tribunal, conviene resaltar que tal postura jurídica podría salir avante en tratándose de *pensionados*, pues, en esos casos, existe una situación jurídica consolidada que no es posible revertir para restablecer la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, como si el traslado de régimen no se hubiese efectuado; no obstante, al tratarse el presente caso de una «*afiliada*» la acción de ineficacia sí es procedente, sin que ello excluya la posibilidad de pretender complementariamente la indemnización de perjuicios,

cuando estos se encuentren debidamente demostrados. Así se expuso en sentencia CSJ SL3781-2021.

De manera que el Tribunal incurrió en 3 equivocaciones al señalar que: (i) la falta del deber de información para el traslado de régimen no trae como consecuencia la ineficacia del acto; (ii) solo el empleador puede vulnerar el derecho de libre escogencia en la selección del régimen pensional, como quiera que este también se transgrede cuando las AFP incumplen la obligación de obtener un verdadero consentimiento informado por parte del afiliado, y (iii) la única acción que podía adelantar la demandante era la reparación de perjuicios.

Por último, es pertinente indicar que si bien los jueces puedan apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional, para que ello sea válido es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de identificación del precedente en la decisión y de la estructuración de una carga argumentativa suficiente y válida, toda vez *«que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella»* (CC SU-354-2017 y CSJ SL3537-2021).

Sobre este punto, en la sentencia CSJ SL440-2021, la Corte explicó:

*Ahora, es cierto que los jueces del trabajo deben considerar en sus sentencias el precedente judicial vertical que emana de la Sala de Casación Laboral. En efecto, al ser esta el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, sus decisiones tienen fuerza vinculante en virtud de los principios de igualdad, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, pero siempre que tengan la capacidad de responder adecuadamente a la realidad fáctica del asunto concreto, así como la social, económica y política del momento (CC C-836-01 y CC -621-2015).*

*En este sentido, de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia-, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del derecho (CC T-446-2013), o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015).*

De ahí que si las percepciones, convicciones o divergencias de los jueces respecto a una cuestión jurídica no se canalizó a través de válidos 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.

La hipótesis contemplada en el numeral (iv) de la sentencia en cita, que sería la aplicable al caso, es decir, una divergencia hermenéutica del Tribunal en relación con los mencionados preceptos de la Ley 100 de 1993, no se configura, pues el sentido que el juez colectivo le dio a los preceptos, no permiten «un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales», al

contrario, los restringe en desmedro de los afiliados, que verían imposibilitada la declaratoria de vinculación al régimen pensional al cual creen válidamente tener derecho.

En consecuencia, el Tribunal incurrió en los errores que le endilga la censura y el cargo es fundado. Debido a tal resultado, la Sala se abstiene de estudiar el segundo y tercer cargo que perseguían idéntico fin.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

## **X. SENTENCIA DE INSTANCIA**

Con el fin de resolver los recursos de apelación que interpusieron Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor esta última, además de lo expuesto en sede de casación, la Sala abordará los siguientes puntos: (i) ¿la ineficacia del traslado solo procede cuando el afiliado es beneficiario del régimen de transición?; (ii) la carga de la prueba cuando se alega incumplimiento del deber de información en el acto de traslado entre regímenes pensionales, (iii) si al momento de la afiliación de la actora al RAIS, la AFP cumplió el deber de información y, en caso negativo, determinará los efectos de la ineficacia derivada de tal omisión, y (iv) de la excepción de prescripción en estos casos.

**(i) ¿La ineficacia del traslado solo procede cuando el afiliado es beneficiario del régimen de transición?**

En su escrito de apelación, la AFP insiste en que la ineficacia de traslado procede únicamente en aquellos casos en que el afiliado es beneficiario del régimen de transición. Al respecto, basta reiterar 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.

Antes bien, esta Sala ha establecido sin ambigüedades que *«la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»*, de manera que elementos tales como la pertenencia a la transición pensional o la proximidad respecto a la adquisición del derecho no constituyen prerequisites sustanciales para demandar y eventualmente declarar la ineficacia del cambio de régimen (CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4373-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL1467-2021, CSJ SL1465-2021 y CSJ SL4064-2021).

En consecuencia, no le asiste razón a la demandada en su reparo.

**(ii) La carga de la prueba cuando se alega incumplimiento del deber de información en el acto de traslado entre regímenes pensionales**

Alega la demandada AFP Protección S.A. que la actora no acreditó que no se le hubiera brindado la información suficiente cuando decidió trasladarse, pues no aportó ningún elemento material probatorio que diera cuenta de ello, más que su dicho.

Al respecto, es dable memorar que en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada, entre otras, en CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019 y CSJ SL373-2021, la Corte sostuvo que a las administradoras de pensiones les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información. Precisamente, en esa oportunidad se señaló que exigir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación<sup>1</sup>.

Asimismo, afirmó que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que 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.

Por último, no es razonable invertir la carga de la prueba contra la otra parte de la relación contractual, toda

---

<sup>1</sup> En tal sentido, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.



vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009).

En consecuencia, no le asiste razón a la demandada en su reparo.

**(iii) ¿La AFP acreditó el cumplimiento del deber de información? Efectos de la ineficacia derivada de tal omisión**

Revisado el expediente, la Sala advierte que a folio 48 obra el formulario de afiliación a la AFP privada suscrito el 25 de agosto de 1998; no obstante, del análisis del mismo solo logra extraerse la fecha de su diligenciamiento y los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la administradora de pensiones privada cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

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

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

Ahora, si bien en el interrogatorio de parte, la actora aceptó que firmó el formulario de afiliación, lo cierto es que aclaró que ello obedeció a que «*confió*» en las recomendaciones que recibió por parte de la asesora de la administradora de pensiones, quien le indicó que «*el seguro social iba a desaparecer, que se iba a quedar sin nada, que en Colmena se podía pensionar anticipadamente, que se iba a pensionar muy bien y que iba a recibir unos excedentes*». Lo anterior en nada desdibuja o atenúa el deber de información predicable de los fondos de pensiones, quienes, se reitera, están obligados por ley a brindar las orientaciones

pertinentes y suficientes a sus afiliados sobre su perspectiva pensional, sin distinciones.

Y se recibieron los testimonios de Alba Lucía Franco y Marta Lucía Vásquez, decretados a favor de la demandante, quienes manifestaron que también asistieron a la reunión general que realizó la asesora de la AFP y fueron contestes en señalar que no les informaron ninguna desventaja sobre dicho régimen, ni que la mesada dependía de las fluctuaciones del mercado, ni las implicaciones o consecuencias de tal acto. Además, que se les manifestó que el ISS «*se iba a acabar*», que el formulario lo diligenció la asesora y ellas solo lo firmaron.

Entonces, comoquiera que no hay evidencia de que la AFP demandada cumpliera con el deber de información que le correspondía, el traslado de régimen pensional de la actora se torna ineficaz tal como lo declaró la *a quo*. Sin embargo, se modificará el numeral primero de su parte resolutive pues también indicó que aquel acto era *nulo*, cuando el efecto jurídico pertinente es la ineficacia, como se explicó en casación y se reitera en instancia.

Ahora, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre).

Por tal motivo, ante esta declaratoria, la AFP debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, los bonos pensionales que recibió junto con sus rendimientos. Asimismo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL4062-2021).

En esa medida, habrá de modificarse el fallo de primer grado, en el sentido de condenar a Protección S.A. a trasladar los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor junto con sus rendimientos y los conceptos reseñados a Colpensiones, entidad que a su vez deberá recibirlos. Asimismo, al momento de cumplirse esta orden, tales valores deberán aparecer discriminados con sus respectivos montos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

#### **(iv) De la excepción de prescripción**

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, se resalta que la acción de ineficacia del

traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible. En efecto, a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción. Por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación, en la medida que esta declaración tiene como objetivo *comprobar* o *constatar* un estado de cosas -carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento- surgido con anterioridad al inicio de la *litis* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1421-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4360-2019 y CSJ SL373-2021).

Las demás excepciones formuladas quedan resueltas con lo explicado anteriormente.

Las costas de primer grado estarán a cargo de las demandadas; las de segunda instancia a cargo Protección S.A.

## **XI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira profirió el 15 de julio de 2020, en el proceso que **MARÍA NANCY ESCALANTE MEJÍA** promueve contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

En sede de instancia, **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la decisión que la Jueza Segunda Laboral del Circuito de Pereira profirió el 4 de octubre de 2018, en el sentido que lo que se declara es la ineficacia del traslado que efectuó **MARÍA NANCY ESCALANTE MEJÍA** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la decisión que la Jueza Segunda Laboral del Circuito de Pereira profirió el 4 de octubre de 2018, el cual quedará así:

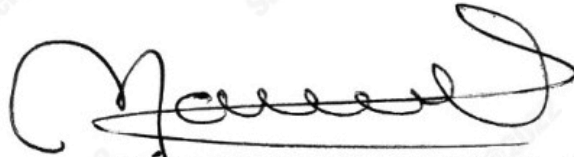
**SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES**, además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los bonos pensionales que recibió junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

*Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia. Asimismo, COLPENSIONES deberá recibir los citados conceptos que traslade y devuelva PROTECCIÓN S.A.*

**TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones que formularon las demandadas.

**CUARTO: COSTAS** como se indicó en la parte motiva.

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



**IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**

Presidente de la Sala



**GERARDO BOTERO ZULUAGA**

**FERNANDO CASTILLO CADENA**

(Impedido)



**LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**



**OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR**