



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

### RELEVANTE

#### SALA DE CASACIÓN LABORAL

<b>M. PONENTE</b>	: LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ
<b>NÚMERO DE PROCESO</b>	: 88879
<b>NÚMERO DE PROVIDENCIA</b>	: <a href="#">SL4803-2021</a>
<b>CLASE DE ACTUACIÓN</b>	: RECURSO DE CASACIÓN
<b>TIPO DE PROVIDENCIA</b>	: SENTENCIA
<b>FECHA</b>	: 20/10/2021
<b>DECISIÓN</b>	: CASA TOTALMENTE / FALLO DE INSTANCIA - CONFIRMA TOTALMENTE / FALLO DE INSTANCIA - ADICIONA
<b>FUENTE FORMAL</b>	: Ley 100 de 1993 art. 13 y 271 / Decreto 663 de 1993 art. 97 núm. 1 / Decreto Reglamentario 720 de 1994 art. 10 / Código Civil art. 1604, 1746, 2341 y 2343 / Ley 1328 de 2009 art. 11 lit. b / Constitución Política de Colombia art. 48 y 90

#### ASUNTO:

La accionante solicitó que se declarara la ineficacia y/o nulidad del acto jurídico de traslado de régimen pensional, al migrar del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, regentado por Colfondos SA.

En consecuencia, se ordenara a Colfondos SA, remitir a Colpensiones los saldos, cotizaciones y/o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, con la diferencia entre el valor de lo trasladado por la AFP y lo que hubiere cotizado de haber permanecido en Colpensiones y que, a su vez, se ordenara a ésta, que una vez reciba de la AFP Colfondos SA las sumas y valores mencionados, acepte su traslado pensional del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida.

Mencionó que el 04 de agosto de 1980, se vinculó al régimen pensional manejado por el ISS y el 18 de septiembre de 1995 se trasladó del Régimen de Prima con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado en ese año por Colfondos SA. En el proceso no recibió la

asesoría legal que se requería para esta determinación; no le ofrecieron las proyecciones de su expectativa pensional en los dos regímenes, teniendo como apoyo el mismo salario en ambos cálculos.

El 11 de mayo de 2017 vía correo electrónico a Colfondos SA, solicitó el traslado del régimen de Ahorro Individual, al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, entidad que dio respuesta negativa a la solicitud. Además, si hubiere permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y teniendo en cuenta los mismos salarios devengados y que sirvieron de aval para el cálculo en el Régimen de Ahorro Individual, la prestación al momento de cumplir los 57 años de edad, sería de \$1.168.470, lo cual le representaría un enorme perjuicio, ya que la diferencia entre uno y otro régimen pensional, ascendería a la suma de CUATROCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$430.753), en el momento de la presentación de la demanda estaba afiliada y cotizando para pensiones, en Colfondos SA.

Al dar respuesta a la demanda Colpensiones se opuso a las pretensiones, sostuvo que la afiliación de la actora al RAIS fue válida y que no cumple los requisitos para retornar al RPM; que la posibilidad de declarar la nulidad está prescrita; que no hay lugar a la declaratoria de nulidad y no se presentan vicios del consentimiento. Por su parte, Colfondos SA se opuso a las pretensiones y en su defensa sostuvo que la vinculación a Colfondos fue válida; que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre y ha permanecido en el RAIS por más de 21 años; que nadie puede alegar su propia culpa, en este caso al pedir la nulidad debido al propio descuido de la actora en el manejo de su futuro pensional; que no se presentan vicios del consentimiento ni causal de nulidad; y que la administradora brindó toda la información necesaria para la época del traslado.

**PROBLEMA JURÍDICO:**

Discernir si se equivocó el Tribunal al determinar que no se cumplieron con los supuestos descritos en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, porque lo correcto era que se adelantara la acción de resarcimiento de perjuicios regulada en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

**TEMA: PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INDEMNIZACIONES » INDEMNIZACIÓN TOTAL Y ORDINARIA DE PERJUICIOS » PROCEDENCIA** - Cuando se trata del afiliado el mecanismo adecuado para plantear la omisión en el deber de información en el acto de traslado de régimen pensional es la acción de ineficacia; sin embargo, también se pueden reclamar perjuicios, siempre que estos se encuentren debidamente demostrados

**Tesis:**



«Y es que la Corte no niega la posibilidad de reclamar perjuicios frente a una eventual declaratoria de ineficacia del traslado, siempre y cuando ellos sean reclamados dentro del proceso y se encuentren debidamente acreditados. Lo que se ha dicho frente otro escenario, distinto en su supuesto fáctico al de que aquí se trata, es que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de quienes ya tienen la calidad de pensionados, porque frente a ese grupo en particular, ya no es posible retrotraer el estado de las cosas al punto en que se encontraban antes del dicho cambio, porque entre otras razones, ya hay situaciones consolidadas y podría afectarse a terceros de buena fe y sólo procedería el resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando, se insiste, se hayan reclamado, probado y no estén prescritos (CSJ SL373-2021).

Ello denota el extravío del Tribunal en su análisis, pues si bien inicialmente identificó el problema jurídico a resolver de manera correcta, luego perdió el rumbo al confundir las regulaciones propias del deber de suministro de información en sus diversas épocas que sirven de fundamento para la declaratoria de ineficacia con base, se itera, en los artículos 43 del CST, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, con aquella que se ocupa de la responsabilidad tanto de los intermediarios o promotores como de las AFP mismas en el sistema general de pensiones que, a no dudarlo, también permitiría la reclamación de perjuicios, si se cumplen las condiciones para ello, pero que en todo caso son temáticas diferentes.

[...]

Así, la selección de la norma para resolver el caso que hizo el Tribunal no resultó afortunada, con lo cual, en efecto, hubo una aplicación indebida del artículo 10 del Decreto 720 de 1994 que condujo a los desatinos denunciados por la censura, en cuanto a la infracción de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en estricto sentido, el pronunciamiento del Tribunal no fue incongruente, en los términos del artículo 281 del CGP, en tanto que la comprobación de dicha disfuncionalidad exige que se confronte la sentencia con las pretensiones y con las excepciones, así como con los fundamentos fácticos de unas y otras, y como bien lo dijo el Colegiado “[...] ninguna condena se realiza por objeto distinto ni se dejó de resolver la pretensión incoada [...]”, lo que ocurrió es que éste, equivocadamente, no encontró subsumidos los hechos alegados en las normas que regulan la materia, dado el muy particular entendimiento y alcance que les dio en la sentencia, lo que lo llevó por un sendero errático al buscar la solución en normas que no era del caso aplicar, por lo que estimó pertinente concluir que “[...] se denegarán los pedimentos del libelo introductor”, pero sin apartarse de ellos».

**PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INDEMNIZACIONES » INDEMNIZACIÓN TOTAL Y ORDINARIA DE PERJUICIOS » PROCEDENCIA** - El pensionado que considera que la administradora del fondo de pensiones incumplió su deber de información y que, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora -las normas que regulan la declaratoria de ineficacia del traslado y la reclamación de perjuicios por incumplimiento del deber de información son diferentes-

**Tesis:**

«Dado que el fundamento del Tribunal fue la aplicación del Decreto Reglamentario 720 de 1994, conviene examinar su alcance y contenido para determinar la pertinencia en la solución del caso sub examine. La nombrada disposición, tiene por epígrafe el siguiente: “por el cual se reglamenta el artículo 105 y parcialmente el artículo 287 de la Ley 100 de 1993”, lo cual, en principio, señala las específicas materias objeto de su desarrollo, esto es, el contenido de los artículos 105 y 287, parcial, de la Ley 100 de 1993, los cuales se refieren a la autorización para celebrar contratos con establecimientos de crédito para las operaciones de recaudo, pago y transferencia de los recursos manejados por las AFP para que dichas operaciones pudieran ser realizadas en todo el territorio nacional, 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.

En particular, el artículo 10 regula lo pertinente a la responsabilidad de los promotores, dentro de un capítulo más amplio que también se ocupa de su organización, obligaciones e identificación frente a terceros, sin que de esta disposición en particular se pueda 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».

**PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA » EFECTOS » ANÁLISIS DE PRUEBAS** - Se encuentra acreditada la ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante, lo cual trae como consecuencias retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, la recuperación del régimen de transición y que el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad deba devolver al sistema los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración

**Tesis:**

«Conforme a los precedentes en cita, el Tribunal, en relación con la señora Nora Lucía Gallego Arango, se equivocó en su forma de abordar y resolver el problema planteado al considerar que no se habían cumplido los



presupuestos sustanciales de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional y, en coherencia con lo discurrido, el cargo prospera.

[...]

Dicho lo anterior, resultan suficientes las consideraciones vertidas en sede extraordinaria para CONFIRMAR la decisión proferida el 29 de mayo de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, la cual será precisada y adicionada en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de la siguiente manera:

Se precisará el ordinal primero de la sentencia, en el sentido de que lo que se declarará es la ineficacia del traslado que la señora Nora Lucía Gallego Arango, identificada con la C. C. No. 42.061.788, suscribió al RAIS, específicamente del Régimen con Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, específicamente a Colfondos SA, por lo expuesto en la parte motiva. En consecuencia, declarará que, para todos los efectos legales, la señora Nora Lucía Gallego Arango nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En virtud de lo señalado en la providencia CSJ SL2877-2020, se adicionará el ordinal segundo de la sentencia en el sentido de que la condena a Colfondos SA incluye, además, trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración 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.

Sin costas en el recurso extraordinario, por cuanto éste prosperó».

**PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA » EFECTOS » ANÁLISIS DE PRUEBAS** - Se confirma la decisión proferida por el a quo, la cual será precisada y adicionada en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, con el fin de declarar que, para todos los efectos legales, la accionante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; que se deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de

administración 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

**PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » REQUISITOS** - El acto de afiliación o traslado de régimen pensional debe estar acompañado de la decisión libre y voluntaria del afiliado, la cual no se limita a la simple manifestación de quien decide trasladarse, sino que debe ajustarse a los parámetros de libertad informada, es decir, la solicitud y trámite de traslado de régimen pensional, debe estar precedida de una información precisa, clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea

**Tesis:**

«Puesta así la controversia, conviene recordar el contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

“b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente Ley; (Subrayas y cursivas de la Sala)

A su turno, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, dispone:

**ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. 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 se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.**

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios”.



En relación con el contenido del precepto en cita, la Sala ya ha manifestado su posición y, por vía de ejemplo, en sentencia CSJ SL12136-2014 asentó 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. En efecto, se dijo en aquella oportunidad:

“A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

[...]

°Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.

[...]

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima”».

**PENSIONES » ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES » OBLIGACIONES** - Evolución del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones: i) Información necesaria, clara y transparente -desde 1993 hasta 2009-, ii) Asesoría y buen consejo -desde 2009 hasta 2014- y iii) Doble asesoría -de 2014 en adelante-

**Tesis:**

«La sentencia CSJ SL1688-2019, efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que desde el comienzo mismo del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las Administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la CN, siendo las dos primeras

actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto.

En la providencia citada en precedencia, se presenta un cuadro-resumen de la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

[...]

En ese orden, para la época en que se produjo el traslado de la actora del ISS a Colfondos, esto es el año 1995, se encontraban vigentes no sólo el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 271 de la misma preceptiva, ya citados, sino, además, el art. 97, numeral 1. ° del Decreto 663 de 1993, en su versión original, que disponía: “1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”, además de las normas constitucionales que gobiernan el derecho a la información, razón por la cual la Sala dedujo de allí que en ese momento competía a las AFP suministrar ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales».

**PENSIONES » ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES » OBLIGACIONES** - Desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de entregar la información suficiente, transparente, cierta y oportuna, que permita al afiliado elegir de entre las distintas opciones posibles aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria precedida del respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público

**SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL » NATURALEZA** - La seguridad social tiene doble connotación: es un derecho irrenunciable y, además, es un servicio público de carácter obligatorio, prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad



**PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA** - Si el afiliado desconoce la incidencia que el traslado de régimen pensional puede tener frente a sus derechos prestacionales, no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, y por tanto, es ineficaz -es necesario que se brinde una información calificada-

**Tesis:**

«[...] el entendimiento de la Corte respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información, no de cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador».

**PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA** - El examen del acto del cambio de régimen pensional, por incumplimiento del deber de información, 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 - se avanza del mero estudio del consentimiento y de la prueba de uno de sus vicios: error, violencia y dolo, relacionados con la validez, para llegar al análisis del deber de información y buen consejo, a cargo de las administradoras de fondos de pensiones-

**Tesis:**

«El enfoque de la Corte para abordar el problema, téngase presente, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico en normas que son de orden público, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en avanzar del mero estudio del elemento “consentimiento” sobre la prueba de uno de sus vicios: error, violencia y dolo, atinentes a la validez, para llegar al análisis del “deber de información y buen consejo” que compete a las Administradoras en cumplimiento de normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala de Casación».

**PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA** - Las normas que regulan el traslado de régimen son de orden público y como tales prevalecen frente a pactos que las contradigan

**PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » REQUISITOS » VALIDEZ** - La firma del formulario al igual que las

afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues además de ello, la entidad administradora de pensiones tiene el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado - comprensión de haber recibido información clara, cierta y oportuna-

**Tesis:**

«Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario no suple 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 (CSJ SL1741-2021 en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017)».

**PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA » EFECTOS** - La declaratoria de la ineficacia del traslado trae como efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido -la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador-

**Tesis:**

«En criterio de la Sala, en verdad 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, entre otras, la de que “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”».

**PENSIONES » AFILIACIÓN » TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL » INEFICACIA » EFECTOS** - La declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del régimen de prima media el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima -trasladar estas sumas no es una responsabilidad patrimonial resarcitoria de perjuicios, sino que responde al derecho irrenunciable a la seguridad social-

**Tesis:**

«Comentario aparte merece la afirmación del juez colectivo en el sentido de que sobre Colpensiones se ha impuesto una responsabilidad patrimonial “resarcitoria de perjuicios”, derivada de la declaratoria de ineficacia de los traslados del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, lo cual generaría transgresión del artículo 90 Superior y de los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, en tanto dicha entidad cuenta con garantía de la Nación para el pago de las prestaciones económicas que reconozca.



Ha de tenerse presente que 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.

Finalmente, importa recordar lo expuesto en la sentencia CSJ SL2877-2020, en la que sobre los efectos de la declaratoria de ineficacia de actos como el aquí se discute, se adoctrinó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda

vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es 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”».

**PENSIONES » SISTEMA GENERAL DE PENSIONES » RÉGIMENES PENSIONALES » SELECCIÓN DE RÉGIMEN** - Conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y al literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 la prohibición de atentar o menoscabar el derecho de los afiliados de elegir el régimen pensional abarca a cualquier persona natural o jurídica, lo que incluye no solo a los empleadores, sino también a las administradoras de fondos de pensiones -en caso de existir divergencia hermeneútica frente a tales preceptos, esta debe fundarse en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permitan un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales, no en argumentos que las restrinjan-

**Tesis:**

«Se recuerda, el Tribunal esgrimió en su decisión que los aludidos artículos contienen un hecho generador de la ineficacia que debe provenir de un sujeto calificado, el empleador, “[...] o cualquier persona afín con esa denominación, es decir, de alguien que pueda usurpar la voluntad del trabajador por tener una posición subordinante frente a esto, director de sus actos”, de lo cual derivó que las AFP no podrían incurrir en esa conducta y que, por tanto, si hubo alguna omisión o error en la entrega de información, ello sólo es litigable por la vía del resarcimiento de perjuicios de que trata el artículo 10 del Decreto Reglamentario 720 de 1994.

Como el Tribunal anunció en su providencia que se apartaba de la línea trazada por esta Sala de Casación, es necesario recordar cual es esa senda jurisprudencial que se ha trazado respecto de la ineficacia del traslado del régimen pensional, cuando el fundamento de ésta recae en el hecho de que el afiliado aduce no haber recibido la información pertinente para tomar una decisión adecuada a sus intereses, y si la argumentación ofrecida resulta ser



suficiente para mantener la doble presunción de legalidad y acierto de que se halla revestida toda sentencia que es objeto de impugnación en esta sede extraordinaria.

Se recuerda, es factible que los jueces se aparten del precedente jurisprudencial, pero para ello se requiere esgrimir una argumentación suficiente, tal como lo explicó la Sala en la sentencia CSJ SL440-2021:

“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)”.

[...]

Para la Corte resulta claro con lo hasta aquí dicho, que el supuesto de hecho que el Tribunal echó de menos está en las normas que regulan el caso y debieron aplicarse, y que de la lectura de los pluricitados 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, como se ha sostenido jurisprudencialmente y se ha explicado a lo largo de este proveído.

Así, la hipótesis contemplada en el numeral (iv) de la sentencia atrás citada, que sería la aplicable al caso, es decir, una divergencia hermenéutica del Tribunal en relación con los mentados preceptos de la Ley 100 de 1993, no pareciera configurarse, pues el sentido que el juez colectivo le dio a los

preceptos, no precisamente permitiría “un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales”, al contrario, los restringiría en desmedro de los afiliados, que verían imposibilitada la declaratoria de vinculación al régimen pensional al cual creen válidamente tener derecho».

**PROCEDIMIENTO LABORAL » DEBERES, PODERES Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ » PRECEDENTE** - Los jueces laborales de existir un precedente aplicable deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo; si es lo segundo, asumen la obligación de desarrollar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia-; la identificación no excluye la lectura y consideración de las decisiones judiciales de otras corporaciones nacionales e incluso internacionales

**PROCEDIMIENTO LABORAL » PRINCIPIOS » PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA » APLICACIÓN** - Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto

**Tesis:**

«Por ello se ha sostenido 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, como se explicó, entre otras, en la misma providencia que se viene citando:

“En consecuencia, si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita



comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros". (CSJ SL1688-2019).

[...]

En un caso de similares características al que aquí se analiza, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en torno a cuál es la normativa aplicable a los asuntos en que se discute la falta al deber de información por parte de las AFP al momento del traslado de régimen pensional y a quién le corresponde probar el cumplimiento de tal deber, estableciendo lo que a continuación se expone en sentencia CSJ SL3537-2021:

“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 10.º del Decreto 720 de 1994.

Precisamente, por tal circunstancia, el recurrente acierta en el cuestionamiento que propone contra la decisión confutada, pues la Corte Suprema de Justicia es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, tal como lo consagra de manera expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en tanto refiere 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”.

Ahora, si esto es claro, igualmente resultada equivocado sostener que tal normativa está dirigida únicamente a los empleadores, como lo entiende el Tribunal, pues el derecho a afiliarse o seleccionar el régimen pensional, también se menoscaba cuando las administradoras de pensiones incumplen la obligación de obtener un verdadero consentimiento informado por parte del afiliado (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019 y, especialmente, la CSJ SL4360-2019).

Entonces, erró el Tribunal al desconocer que el cambio de régimen pensional sin el cumplimiento del deber de información acarrea como consecuencia la ineficacia del acto, aunado a que tampoco acertó al apartarse del precedente judicial sobre un tema específico -ineficacia del traslado- sin analizar los



elementos estructurales del mismo e inclinando su argumentación sobre una cuestión distinta a la propuesta como objeto de análisis -indemnización de perjuicios-”.

De otra parte, una interpretación integral de esa normativa que regula la materia, en el contexto propio de la Ley 100 de 1993, pero, además, teniendo en cuenta los principios constitucionales y legales que gobiernan el derecho laboral y la seguridad social, es la que ha llevado a la construcción de la línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado del régimen pensional, que resulta ser ya pacífica, en particular, cuando se alega por el afiliado la ausencia de información o la deficiente entrega de la misma por parte de la AFP, quien tiene sobre sí la carga de demostrar el cumplimiento de ese deber, tal como se ha explicado.

En efecto, la Corte en la sentencia CSJ SL5630-2019 determinó en qué casos existirá ineficacia de la afiliación, precisando que tal figura operará cuando quiera que:

“i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional”».

**RECURSO DE CASACIÓN » SENTENCIA DE INSTANCIA** - El quiebre de la sentencia de segunda instancia, en sede casacional, tiene como consecuencia que ésta desaparezca del mundo jurídico, con lo cual corresponde a la Corte ocupar ese lugar y proferir la que corresponda, confirmando, modificando o revocando la de primer grado, al compás de lo solicitado en el alcance de la impugnación

**Tesis:**

«El quiebre de la sentencia de segunda instancia, en sede casacional, tiene como consecuencia que ésta desaparezca del mundo jurídico, con lo cual corresponde a la Corte ocupar ese lugar y proferir la que corresponda, confirmando, modificando o revocando la de primer grado al compás de lo solicitado en el alcance de la impugnación, por lo que corresponde ahora desatar tanto la apelación de las demandadas como el respectivo grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones».

**NOTA DE RELATORÍA:** Esta providencia es relevante en la siguiente temática:

PENSIONES > AFILIACIÓN > TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL > INDEMNIZACIONES > INDEMNIZACIÓN TOTAL Y ORDINARIA DE PERJUICIOS > PROCEDENCIA - Cuando se trata del afiliado el mecanismo adecuado para plantear la omisión en el deber de información en el acto de traslado de régimen pensional es la acción de ineficacia; sin embargo, también se pueden reclamar perjuicios, siempre que estos se encuentren debidamente demostrados

PENSIONES > AFILIACIÓN > TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL > INEFICACIA > EFECTOS - La declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados de pensiones deban trasladar a la administradora del régimen de prima media el capital ahorrado y los rendimientos financieros, así como los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima -trasladar estas sumas no es una responsabilidad patrimonial resarcitoria de perjuicios, sino que responde al derecho irrenunciable a la seguridad social-

PROCEDIMIENTO LABORAL > DEBERES, PODERES Y RESPONSABILIDAD DEL JUEZ > PRECEDENTE - Los jueces laborales de existir un precedente aplicable deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo; si es lo segundo, asumen la obligación de desarrollar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia-; la identificación no excluye la lectura y consideración de las decisiones judiciales de otras corporaciones nacionales e incluso internacionales

**SALVAMENTO / ACLARACIÓN / ADICIÓN DE VOTO:**  
SALVAMENTO DE VOTO: JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN