OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL3363-2024

Radicación n.° 102951

Acta 042

Bogotá, D. C., doce (12) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**, frente la sentencia proferida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 30 de noviembre de 2023, en el proceso que instauró **GUILLERMO MONTAÑO LOZANO** en su contra, y en la de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**.

AUTO

Se reconoce personería al abogado Brandon Camilo Archila Jaimes, identificado con la cédula de ciudadanía n.° 1.098.817.164, y tarjeta profesional n.º 361.004 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial de la

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, en los términos del poder obrante en el cuaderno digital de la Corte, dispuesto en el Ecosistema Digital de Acciones Virtuales – ESAV.

I. ANTECEDENTES

Guillermo Montaño Lozano llamó a juicio a las accionadas, Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante, Colpensiones), y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA (en adelante Porvenir SA), con el fin de que se declarara la ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (en adelante RPMPD) administrado por el ISS —hoy Colpensiones—, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), administrado por Porvenir SA; de manera que se tuviera por válida la afiliación primigenia al RPMPD, sin solución de continuidad.

En consecuencia, pidió que se condenara a Porvenir a trasladar la totalidad de los aportes efectuados en su cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos, gastos de administración o cualquier otro rubro; y que por parte de Colpensiones se autorizara dicho acto.

Aunado a lo anterior, solicitó que se ordenara a la aludida administradora receptora, que le reconociera y pagara la pensión de vejez a partir del 12 de agosto de 2022, de conformidad con lo estipulado en los artículos 33 y 34 de

la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; de manera retroactiva; junto con los intereses moratorios y la indexación de los valores objeto de condena.

Para fundamentar sus pretensiones, adujo que nació el 25 de enero de 1959; que cotizó al ISS para los riesgos de IVM, desde 1983 hasta 1996, para un total de 555 semanas; que, el 24 de mayo del último año en mención, optó por trasladarse al RAIS, ante la AFP Porvenir SA.

Refirió que, por parte de la administradora privada reseñada en líneas precedentes, no obtuvo una información apropiada, precisa, comprensible y completa sobre las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales; aunado a que, tampoco le fue puesto en conocimiento la diferencia de la mesada que obtendría en el RPMPD o en el RAIS.

Sumado a ello, relató que hasta el 12 de agosto de 2022 cotizó 1839 al SGP; momento en que presentó una petición ante Colpensiones, requiriendo la *«anulación por ineficacia del traslado al RAIS»*, junto al reconocimiento y pago de la pensión de vejez. No obstante, indicó que, el 30 del mismo mes y año, la prenombrada entidad le dio respuesta parcial, remitiendo únicamente la copia de la historia laboral, pero que guardó silencio frente a lo solicitado sustancialmente.

Por último, narró que alcanzó los 62 años de edad el 25 de enero de 2021, y que cumplió ampliamente los requisitos

necesarios para acceder a la prerrogativa pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Porvenir SA, al dar respuesta a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En lo relativo a los hechos, únicamente aceptó lo atinente a la petición presentada ante dicha administradora y la respuesta emitida al actor. Frente a los demás, expresó que no le constaban o que no eran ciertos.

En su defensa, básicamente expuso que el accionante sí fue ilustrado sobre los beneficios y limitaciones de ambos regímenes pensionales, y aseguró que la determinación de traslado que aquel adoptó, fue autónoma, informada y libre de presiones.

Propuso las excepciones de fondo que denominó, prescripción; extinción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

A su turno, Colpensiones, igualmente se opuso a los pedimentos y, en cuanto a los supuestos fácticos, aceptó la data en que nació el demandante; la afiliación de aquel; los aportes efectuados a esa administradora; y la solicitud de anulación de su vinculación al RAIS. Frente a los hechos restantes, indicó que no eran ciertos o que no le constaban, por tratarse de supuestos ajenos a ella.

Afirmó que no había lugar a declarar la ineficacia pretendida por el demandante, dado que el acto jurídico de traslado fue realizado por aquel con plena conciencia; por lo que se imposibilitaba, a su vez, alegar engaños por parte de las AFP. En ese sentido, advirtió que se pondría en un flagrante riesgo a la estabilidad fiscal y financiera del sistema público de la seguridad social, al otorgarle la prestación de vejez a quien no ostentaba la calidad de afiliado activo al RPMPD.

Como medios exceptivos, formuló los que denominó, falta de agotamiento de la reclamación administrativa para el reconocimiento pensional; nadie está obligado a lo imposible – principio general del derecho; inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido; buena fe, y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, a quien le correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 13 de septiembre de 2023, resolvió:

> PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por los entes demandados a través de sus apoderados judiciales.
>
> SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, del señor JOSE EFRÉN TRUJILLO HURTADO acaecido el 24/05/1996, retornando en consecuencia, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta de ahorro individual de GUILLERMO MONTAÑO LOZANO, identificado con C. C. n.º 16.625.039, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, seguros previsionales, bonos pensionales, -si los hubiere constituido-, así como los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, este último rubro correspondiente a todo el tiempo que permaneció afiliado el actor al RAIS.

CUARTO: ORDENAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, reciba la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de GUILLERMO MONTAÑO LOZANO, debiendo recibir la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones; rendimientos financieros; seguros previsionales; bonos pensionales; y los gastos de administración. Como también deberá corregir y actualizar la historia laboral del demandante.

QUINTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a reintegrar, si lo hubiere, a GUILLERMO MONTAÑO LOZANO, los valores aportados por concepto de cotizaciones voluntarias, que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, previo a efectuar el traslado de los aportes a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del señor GUILLERMO MONTAÑO LOZANO, la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de Ley 797 de 2003; prestación que debe ser liquidada, de conformidad con lo dispuesto el artículo 21, con el IBL más favorable, y conforme las disposiciones del artículo 34 de Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de Ley 797 de 2003, aplicándole una tasa de remplazo del 80%, por contar con más de 1909 semanas, por la pasiva al momento en que cesen las cotizaciones de manera definitiva efectuadas por el actor.

SÉPTIMO: ABSOLVER a Colpensiones de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como la indexación, que se solicitaban por la parte actora.

OCTAVO: CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

> CESANTÍAS PORVENIR SA, por haber sido vencidas en juicio, fijando la suma de un (1) SMLMV, como agencias en derecho, a cargo de cada una de las entidades, y en favor de GUILLERMO MONTAÑO LOZANO. […].

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante providencia del 30 de noviembre de 2023, al resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta, a favor de esta entidad, decidió adicionar al numeral *tercero*, de la sentencia primigenia, lo siguiente: *«CONDENAR a PORVENIR SA a trasladar con destino a COLPENSIONES, el saldo de la cuenta de rezago y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con lo dispuesto por el A quo debidamente discriminado y pormenorizado».* Finalmente, confirmó el fallo de primer nivel en lo demás.

Estableció que los problemas jurídicos se orientaban a: *(i)* determinar si era eficaz el traslado efectuado por el iniciador de la contienda desde el RPMPD hacia el RAIS; y, en consecuencia, *(ii)* establecer si era procedente su retorno al régimen público pensional. Para, finalmente, *(iii)* analizar *«si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993, modificada parcialmente por la Ley 797 del 2003; intereses moratorios; indexación; prescripción y costas procesales»*.

Con el fin de desatar la controversia, la colegiatura de entrada hizo énfasis en que la jurisprudencia de la Corte ha interpretado las normas asociadas al deber de información de las AFP, considerándolo como una obligación para ellas ineludible, desde la creación del SGP. Criterio que apoyó en las sentencias CSJ SL12136-2014; CSJ SL17595-2017; CSJ SL19447-2017; CSJ SL1452-2019; CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019; CSJ SL4360-2019; CSJ SL2611-2020; CSJ SL4806-2020, y CSJ SL373-2021. Luego de lo cual, hizo alusión al marco normativo evolutivo que regula la evocada responsabilidad de asesorar; enfatizando en que la carga de la prueba le corresponde a las AFP, quienes *«deben proporcionar la información necesaria al afiliado previo las decisiones que tome frente a su estado pensional»*.

Seguidamente, el fallador plural de la alzada auscultó los elementos de convicción obrantes en el expediente, y evidenció que en el plenario no se demostró haber proporcionado al promotor del juicio la información suficiente y trasparente sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, que le permitiera tomar una decisión libre y consciente en el momento del traslado. En ese sentido, adujo que no era acertado colegir que la vinculación del actor al RAIS hubiere sido voluntaria.

En punto al tema, explicó:

> Respecto del formulario de afiliación como medio de prueba, se ha decantado de vieja data que los formatos preimpresos que utilizan los fondos pensionales son insuficientes para acreditar

> el consentimiento informado por parte del afiliado previo al traslado.
>
> De otro lado, conforme a la Historia de Vinculaciones de Asofondos que obra al plenario, se surtió traslado del RPMPD – ISS hoy COLPENSIONES hacia el RAIS - PORVENIR SA con fecha de efectividad del 01/07/1996, y formulario de vinculación suscrito el 24/05/1996.
>
> Ahora bien, conforme al contexto normativo temporal en la que se ejecutó el traslado de régimen con PORVENIR SA, dicha entidad estaba obligada a proporcionar al demandante: "Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".
>
> Examinado el caudal probatorio encuentra la Sala que el mismo es deficiente y no se logra acreditar por parte de PORVENIR SA el cumplimiento del deber de información para con el demandante, bajo los parámetros legales y jurisprudenciales citados en precedencia al momento de ejecutarse el traslado de régimen, configurándose por todo lo anteriormente expuesto la ineficacia deprecada, por lo que habrá de confirmarse en dicho sentido el fallo de primer grado.

En armonía con lo precedente, el juez plural consideró acertada la decisión adoptada por la primera vara, en lo que respecta a la declaratoria de ineficacia del acto de mutación efectuado por el gestor del pleito; y al estudiar el traslado de los recursos pensionales junto a otro tipo de rubros, acotó que los mismos debían comprender: «*saldo de la cuenta; rendimientos; bonos pensionales; gastos de administración; comisiones; primas de seguros previsionales, y los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a los recursos propios del fondo pensional que quebrantó su deber de información.* Por lo tanto, adicionó el fallo primigenio para incluir la totalidad de los conceptos mencionados.

Sumado a lo anterior, el Tribunal procedió al análisis del reconocimiento pensional deprecado por el actor; y en punto al tema, ratificó lo advertido por el *a quo*, en el sentido de que el accionante no se encontraba desafiliado y/o retirado del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, pues continuaba cotizando como afiliado activo dependiente. Por consiguiente, hizo alusión a la distinción pertinente frente a las figuras de «*causación y disfrute de la pensión*»; para finalmente colegir que:

> Si bien el demandante causó su derecho a la pensión de vejez en el RPMPD a partir del 25/01/2021, calenda para la cual acredita edad y densidad de semanas (62 años de edad y 1788 semanas), también lo es que el disfrute de la prestación solo podrá determinarse una vez se acredite su desafiliación y sean trasladados los recursos del RAIS al RPMPD. Por lo cual habrá de confirmarse lo resuelto por el A quo en lo que respecta al disfrute de la pensión de vejez.

Luego de aquella orientación, el *ad quem* sostuvo que no resulta viable la imposición de los intereses moratorios reclamados por el demandante, en tanto no se podía predicar una tardanza por parte de la entidad pública enjuiciada en el reconocimiento de la pensión de vejez. Y, finalmente, recordó que, de acuerdo con el precedente jurisprudencial establecido por esta corporación, la acción de ineficacia tiene un carácter imprescriptible.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por Colpensiones, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la entidad recurrente que se case el fallo impugnado, para que, en sede de instancia, revoque la decisión del *a quo* y, en su lugar, la absuelva de las pretensiones de la demanda inicial.

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

Previo a ello, para la Sala es importante señalar que el escrito presentado por Porvenir SA, dentro del término de traslado de la demanda extraordinaria, no constituye una oposición real, pues de entrada la evocada entidad señala, expresamente, que *«no tiene razones para oponerse a la casación pretendida por la apoderada de Colpensiones»*.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia atacada de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, de los siguientes preceptos:

> […] los artículos 1604 del CC y 167 del CGP, aplicables al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del CPL, (como medio) respecto de los artículos 13 (literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, numeral 1.° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993; 15 del Decreto 656 de 1994, (de los que también se acusa su interpretación errónea); e infracción directa de los cánones 112 de la Ley 100 de 1993; 1509 del Código Civil, y 11 del Decreto 692 de 1994; lo que condujo a la aplicación indebida de los artículos 21 y 33 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; 13 del Acuerdo 049 de

> 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; todo ello, en relación con el artículo 48 de la Constitución Nacional.

En el desarrollo de la acusación, no controvierte los supuestos fácticos a los que arribó el sentenciador de alzada, pues denuncia que el yerro perpetrado por el Tribunal tuvo lugar, al aseverar que *«era a la AFP demandada a quien le correspondía el deber de probar si en efecto informó al demandante los efectos del traslado de régimen»*.

Por consiguiente, luego de reproducir el contenido de los cánones 1604 del CC y 167 del CGP —que aluden a la institución de la carga dinámica de la prueba—, asegura que la colegiatura interpretó erróneamente dichas disposiciones. Al respecto, sostiene que al promotor del juicio le correspondía la obligación mínima de demostrar la falta de información por parte de los fondos, al momento de la vinculación, pues advierte que *«no es suficiente que se asevere algo para relevarse de la carga probatoria».*

En línea con lo expuesto, afirma que el operador judicial se encuentra facultado para invertir la carga de la prueba y requerir que un extremo litigioso demuestre un hecho en particular, si está en mejor posición para presentar las probanzas pertinentes. En punto al tema, trae a colación las sentencias CSJ SL144-2023; CC C-086-2016, y CC SU-107-2024, y, posteriormente, esgrime:

> En virtud de lo precedente, refulge palmaria la infracción normativa endilgada al colegiado respecto de las normas que contemplan la carga probatoria, en tratándose de ineficacia de traslado de régimen pensional, toda vez que, como se vio, aquella no puede simplemente estar en cabeza de la AFP que llevó a cabo

> el traslado, como erradamente lo sostuvo el colegiado, atendiendo las directrices de esa Sala; sino que, se hace imperioso que sea la misma parte solicitante quien despliegue un ejercicio probatorio teniente a probar su dicho de no haber sido informado al momento del traslado, cuya aserción no puede restringirse a una simple "negación indefinida", y que ella sea suficiente para trasladar la carga de la prueba hacia el fondo de pensiones demandado.
>
> […] Y es que resulta de tal trascendencia que el Juez, antes de proceder a declarar la ineficacia de traslado solicitada, despliegue el ejercicio probatorio correspondiente, exigiendo a la parte actora el cumplimiento de la carga que le asiste, de no hacerlo, conduce a que su decisión imponga a COLPENSIONES, como en el presente caso se hizo, el pago de una pensión que jamás se construyó bajo su imperio, afectando el derecho pensional de quienes integran el fondo público que constituye el régimen de prima media con prestación definida que administra y su sostenibilidad financiera.

En adición a lo anterior, el reparo de la libelista recae en que el cognoscente brindó un razonamiento desacertado de los preceptos 11 del Decreto 692 de 1994; 13, en su literal b), y 271 de la Ley 100 de 1993, al considerar que, al fondo pensional, le correspondía demostrar y cumplir con ciertas obligaciones y responsabilidades que no se encontraban vigentes en el momento en que el demandante llevó a cabo el acto de traslado del RPMPD al RAIS; esto es, según la solicitud presentada el 24 de mayo de 1996.

Luego de reproducir el literal b) del canon 13, de la Ley 100 de 1993, atinente a una de las características del Sistema General de Pensiones, la entidad casacionista destaca que:

> i) Establecía que **el documento –manifestación por escrito- en el que se registra y hace constar la selección y vinculación libre y voluntaria del afiliado a un régimen pensional es el formulario de afiliación**, entendiéndose con su suscripción el cumplimiento de los deberes de las AFP, entre ellos, el de

información;

ii) No determinaba ninguna exigencia adicional, en cabeza de los fondos, dirigida a demostrar o soportar la voluntad libre de vicios del afiliado, riesgos o consecuencias del traspaso, ventajas y desventajas de cada régimen;

iii) Tampoco contemplaron que la asesoría debía estar documentada, ni que existiera obligación de archivar soportes de la información suministrada. (Negrillas del texto original).

Con base en lo precedente, afirma que, durante la época de 1996, y en línea con lo esbozado en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, la única responsabilidad de la entidad administradora para ratificar la anexión libre y voluntaria del actor al régimen privado de pensiones, se limitaba a la simple suscripción del formulario de afiliación; circunstancia sobre la que señala, no hubo dubitación de haberse concretado en el presente asunto; por lo que —asegura— es suficiente para evidenciar la existencia de la información proporcionada por la AFP al momento de la vinculación.

Adicionalmente, indica que el *ad quem* desconoció lo consagrado en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, relativo a que, una vez el afiliado cumple con los requisitos establecidos para optar por el régimen pensional privado, las entidades administradoras no tienen la potestad de rechazar su solicitud de incorporación.

En ese orden, enfatiza:

En el proceso de la referencia, lo único que se evidencia es la intención de un afiliado de mejorar las condiciones económicas de su mesada, después de permanecer más de 20 años afiliado a un régimen del que jamás se interesó por conocer su funcionamiento y que desde su estructuración (de ahorro individual), presenta unas diferencias sustanciales con el

administrado por COLPENSIONES.

La equivocación al seleccionar el régimen pensional no constituye en nuestro sistema jurídico un dislate que genere la invalidez del negocio, en este caso, el traspaso de régimen y la indicación de la demandante (pura y simple) de no haber recibido información, luego de haber firmado el único documento exigido en la década en que se llevó a cabo el traslado para materializar su voluntad - conforme lo dispone el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y el 13 de la Ley 100 de 1993, no debería constituir una causal de ineficacia del acto, pues se itera, de acuerdo con la norma vigente para 1996, es completamente válido y ajustado a las prerrogativas establecidas por el legislador.

Por último, argumenta que no es viable declarar la ineficacia de la afiliación pretendida, ya que la vinculación del demandante al RAIS permanece vigente y es en ese régimen donde debe evaluarse la procedencia del reconocimiento de la pensión de vejez.

VII. RÉPLICA

Guillermo Montaño Lozano, asevera que el cargo no tiene vocación de prosperar, pues advierte que las normas sustanciales y procesales enlistadas en la proposición jurídica, fueron interpretadas por el sentenciador de segundo grado, como corresponde.

En cuanto al fondo del asunto, defiende el entendimiento que el Tribunal les dio a los asuntos relacionados con el deber de información y la inversión de la carga de la prueba, pues señala que le correspondía a Porvenir SA, demostrar en el proceso que efectivamente le proporcionó los datos informativos necesarios al momento del traslado, de manera que le permitiera tomar una decisión

libre y consciente, con plena convicción de las ventajas y desventajas que implicaría la migración de sistema pensional para su futuro. Refiere que dicha intelección fue soportada en el pacífico e inveterado criterio de la Corte, desarrollado a través de la sentencia CSJ SL509-2024; entre otras.

Alega que, en contraste con lo señalado en el recurso, en cuanto a que *«el Tribunal eximió a la parte actora de asumir al menos una mínima carga probatoria dirigida a demostrar la falta de asesoría»*, se pasa por alto que, junto al escrito de demanda inicial, fueron aportados al plenario los elementos de convicción suficientes para acreditar que la AFP privada enjuiciada no cumplió con su deber de información en el momento en que se materializó el traslado de régimen pensional. No obstante ello, también advierte que, de conformidad con el artículo 167 del CGP, se debe tener en cuenta que *«los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba».*

VIII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar que, la sentencia impugnada viene precedida de la doble presunción de acierto y legalidad, propia de este tipo de providencias. Esta se basa en la necesidad social de que, imperen los principios de certeza y confianza legítima, que, generan las decisiones tomadas por un funcionario público investido de jurisdicción y competencia, en ejercicio de las facultades y deberes de orden legal y constitucional.

Sin embargo, dicha conjetura puede ser derruida por la parte que esté asistida del interés jurídico económico para que se le conceda el recurso, siempre que acierte en el planteamiento y en la demostración de sus inconformidades. A tal efecto, su tarea parte de la identificación de los pilares sobre los que está construido el pronunciamiento que se propone combatir, de lo cual dependerán la vía y la modalidad de ataque que deba seleccionar, dada la exigencia del numeral 5.° del artículo 90 del CPTSS.

En el recurso extraordinario de casación se enjuicia la sentencia gravada para establecer si, al dictarla, el colegiado observó los preceptos propios del sistema normativo que estaba obligado a aplicar para solucionar rectamente el conflicto, mantener el imperio e integridad del ordenamiento jurídico y proteger los derechos de las partes. Por ello, en esta sede se confrontan, directa o indirectamente, las normas pertinentes al caso y la sentencia emitida por el juez colegiado y, excepcionalmente, la del fallador unipersonal. Por el contrario, no se ventila el litigio entre quienes actúan como partes opuestas en las instancias.

Así las cosas, el *problema jurídico* que abordará la Sala consiste en determinar, si el Tribunal erró al confirmar la decisión de primer grado, en cuanto consideró procedente declarar la ineficacia del traslado que realizó el actor del RPMPD al RAIS, ante la falta de información brindada por Porvenir SA, sobre los riesgos, beneficios y desventajas asociados al cambio de régimen pensional; y, paralelamente,

si es razonable invertir la carga de la prueba a cargo del afiliado.

Ahora bien, como el reproche fue dirigido por la senda jurídica, los siguientes supuestos fácticos relevantes no son objeto de controversia; entre ellos, que el demandante: *(i)* nació el 25 de enero de 1959; *(ii)* se vinculó al régimen público de pensiones durante el interregno comprendido entre 1983 y 1996, en donde cotizó 555 semanas; *(iii)* el 24 de mayo de 1996, suscribió el formulario de traslado al RAIS, a través de Porvenir SA; y, por último, *(v)* el total de cotizaciones al SGP asciende a 1908 septenarios.

Sentado lo anterior, importa destacar que, la censora acusa la sentencia impugnada de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 1604 del CC y 167 del CGP, aplicables al procedimiento laboral por remisión del canon 145 del CPL, (como medio) respecto de los preceptos 13 (literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, numeral 1.° del 97 del Decreto 663 de 1993; 15 del Decreto 656 de 1994; que repercutieron en la infracción directa y en la aplicación indebida de diversas disposiciones enlistadas en el libelo casacional.

Establecido ese panorama, emerge claro que el aspecto neural debatido en ambas instancias, así como en la demanda de casación, aborda el cumplimiento del deber de información por parte de Porvenir SA al momento de la afiliación al RAIS; junto a los efectos de su omisión, desde la óptica legal que implementó para su decisión el colegiado.

En lo que a ello concierne, vale la pena mencionar que, la responsabilidad de comunicación que recae sobre las aludidas entidades de Seguridad Social, se ha tornado aún más rigurosa, con el paso del tiempo. Tanto es así, que esta corporación en el desarrollo jurisprudencial, ha identificado distintas etapas que, de acuerdo con las normativas que han regido este tema; en este sentido, decantó que se distribuyen en tres periodos: *«el primero desde 1993 hasta 2009; el segundo desde 2009 hasta 2014; y el último, de 2014 en adelante»* (CSJ SL3199-2021).

En relación con este asunto, la Sala, a través de la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en las decisiones CSJ SL1197-2021, CSJ SL552-2022, CSJ SL1663-2022; CSJ SL645-2023; CSJ SL2334-2023; CSJ SL310-2024, entre otras, ha manifestado lo siguiente:

> […] las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.
>
> Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y, además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario** […].

De esta manera, 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado:

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez. Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

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.

Conforme lo anterior, el Tribunal cometió un tercer error jurídico al no imponerle la administradora accionada la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información y, contrario a ello, exigirle al demandante acreditar el ofrecimiento engañoso de mejores condiciones pensionales en la AFP.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado – No es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado:

La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal, según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que

> proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.
>
> De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.
>
> Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no 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. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto (Negrillas del texto original).

Esta transcripción revela que, el Tribunal no incurrió en los errores que le enrostra la AFP censora, pues su argumentación tuvo el propósito de reconocer el deber que, se recalca, lleva impregnado un interés social, que consiste en informar a las personas afiliadas al SGP, de manera clara, cierta, comprensible y oportuna, acerca de las características, diferencias, beneficios, riesgos, ventajas y desventajas de cada sistema pensional.

Por tanto, para la Sala no es válido el reproche formulado por la impugnante al pretender que con la simple suscripción del formulario se encontraba demostrado que la decisión de cambiar de régimen adoptado por el accionante, se realizó en forma libre, espontánea y sin presiones.

De igual manera, no es superfluo recordar que —en línea con las consideraciones vertidas por el fallador plural

de instancia—, mediante el proveído CSJ SL2613-2022, que reiteró lo expuesto en el CSJ SL1019-2022, la Corte delimitó las consecuencias derivadas de la declaración de ineficacia del cambio de régimen pensional; ellas son:

> *i)* la ineficacia declarada involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación económica a que tenga derecho la demandante en el RPM.
>
> *ii)* que ello incluye el reintegro a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones debidamente indexados durante todo el tiempo que la promotora del proceso permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.
>
> *iii)* que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al Sistema General de Pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al RPM, administrado por Colpensiones.
>
> Así, se descarta la afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, se insiste, los efectos de la ineficacia conllevan que las cosas deban retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, de allí que a Colpensiones se le deben reintegrar todos los recursos, los que soportarán financieramente el reconocimiento del derecho pensional (CSJ SL2877-2020); y como así lo ordenó el *a quo*, se debe confirmar la decisión.

Según lo expuesto, las administradoras de fondos de pensiones están obligadas a ofrecer una asesoría suficiente y, por ello, si el afiliado alega que no fue así —como aquí ocurrió— al Tribunal le corresponde centrar su atención a dilucidar si esa carga se satisfizo o no, con pruebas que lo evidencien de forma contundente. Más aún si, tal y como se indicó en el precedente transcrito, las AFP están en mejor posición que los asegurados para demostrar esas

circunstancias. Así pues, para la Sala surge diáfano que en el caso objeto de análisis, el deber de información radicaba en cabeza de la administradora Porvenir SA y no del señor Montaño Lozano, tal como acertadamente lo determinó el *ad quem*, a partir de los textos jurisprudenciales reseñados en la decisión acusada.

Por otra parte, recuérdese que la violación del deber de informar, afecta directamente la validez del acto jurídico de traslado —como lo invoca el colegiado— sin atención a que se hubiera causado una pensión o que se esté consolidando el derecho. De esta manera, dentro de los efectos que conllevan la declaratoria de ineficacia, se encuentran, la devolución de los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales recaudados, además de los rendimientos causados; sin que se afecte la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, al estar plenamente justificada la falta que le corresponde a la AFP del RAIS, esto es, Porvenir SA.

Ahora, no huelga aclarar que, conforme también se anotó en las sentencias de que se valió el colegiado para soportar su decisión, dicho escenario no supone una retroactividad plena, pues han de mantenerse incólumes todas aquellas situaciones consolidadas y que presumieron una buena fe por parte del afiliado, como lo es el otorgamiento de las mesadas pensionales o de los derechos que pudieran haberse causado en el régimen al que retorna; tal como se indicó en la providencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad.

31989, reiterada en las CSJ SL1663-2022 y CSJ SL645-2023; en las que se acotó:

> La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
>
> Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del CC.
>
> Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que solo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.

Y es que precisamente, ante la flagrante vulneración al deber de información por parte de la AFP Porvenir SA, que para ese periodo —memórese, esto es, al 24 de mayo de 1996—, estaba obligada a brindar aquella en los términos del Decreto 656 de 1994 y del artículo 12 del Decreto 720 de 1994, sin inducir en error al usuario o al omitir brindar lo que para la época se le exigía a la entidad administradora, corresponde al sentenciador invertir la carga de la prueba —tal como se adujo en párrafos precedentes—, en aras de no desdibujar la génesis del problema jurídico ni imponer obligaciones improcedentes al extremo más débil de la

relación, para que, una vez implementada la norma aplicable al asunto de forma acertada, se permita realizar la valoración probatoria documental a que hubiere lugar.

En virtud de estos razonamientos, queda establecido que, sin ser objeto de censura, que el señor Montaño Lozano se trasladó desde el régimen público pensional ante la AFP Porvenir SA; por consiguiente, para la Sala no hay dubitación en que la evocada entidad no logró demostrar que, en el momento de la mutación, cumplió con su deber de información de la forma como se expuso en precedencia, cuando a la luz normativa y jurisprudencial reseñada, *itérese*, no es suficiente acreditar, la simple firma del formulario de aceptación o de traslado con la anotación preimpresa; en ese sentido, resulta ajustado a derecho la conclusión a la que arribó el sentenciador de segundo grado, frente al primer aspecto objeto de reproche.

Por contera, la Sala puede definir que la decisión de segunda instancia se acompasa con el criterio de la corporación en cuanto a la interpretación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de manera que se encuentra en sintonía con el precedente jurisprudencial *imperante* en la Corte, el cual fue tenido en cuenta también por la primera instancia.

Los motivos desarrollados resultan suficientes para concluir que los argumentos planteados por el Tribunal, no infringen la ley sustancial aplicable al asunto, por la vía directa, en las modalidades acusadas.

En virtud de lo anterior, el único embate propuesto no prospera.

Las costas en el recurso extraordinario serán a cargo de la administradora recurrente y a favor del opositor Montaño Lozano. Se fija como agencias en derecho la suma de once millones ochocientos mil pesos ($11.800.000), que se incluirá en la liquidación que realice el juez de primera instancia, con arreglo a lo dispuesto en el art. 366 del CGP.

IX. 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, **NO CASA** la sentencia dictada por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), en el proceso promovido por **GUILLERMO MONTAÑO LOZANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**; y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**.

Costas como se alude en la parte motiva.

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

Firmado electrónicamente por:



ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA



ÓMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA



GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: B76AA44745978740F117CF4F525F583B7EC08E252FF234936D38D3C35F6FF22C
Documento generado en 2024-12-10