



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Magistrado ponente

SL2176-2022

Radicación n.º 89952

Acta 18

San Andrés, veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **JORGE ARTURO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**, contra la sentencia proferida por la Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 30 de julio de 2020, en el proceso que instauró el recurrente contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES); SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

I. ANTECEDENTES

Jorge Arturo Sánchez Sánchez llamó a juicio a las

entidades atrás mencionadas, con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación a las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., por no haber sido informado suficiente, verás e idóneamente sobre los regímenes pensionales, de acuerdo con el deber de información contenido en el art. 4 del D. 656 de 1994 y disposiciones concordantes, y por el incumplimiento por parte de los fondos de las obligaciones consagradas en los arts. 97 y 98 del D. 663 de 1993, 4 y 15 del D. 656 de 1995 y 1 de la Ley 1748 de 2014, así como de las obligaciones impuestas en las circulares 30 y 37 de 1994 y circular 001 de 2004 expedidas por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.

Como consecuencia de la mencionada nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación a los fondos referidos, el Sr. Sánchez solicitó que se ordene el traslado de todos los aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, por cuanto la afiliación al régimen de prima media queda nuevamente vigente desde el 5 de agosto de 1980. También se declare que cumple los requisitos de semanas cotizadas y edad para ser merecedor de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES.

Con base en las precitadas declaraciones, pretendió se ordene a COLPENSIONES que reciba los anteriores valores y actualice la historia laboral para que se vean reflejadas la totalidad de las semanas cotizadas y se le condene a reconocerle la pensión de vejez, por cuanto él cumple con los requisitos.

El demandante fundamentó sus peticiones en lo que interesa al recurso extraordinario, en que nació el 22 de junio de 1953 y se afilió al ISS el 5 de agosto de 1980. El 5 de junio de 1999, se afilió a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA AIG, hoy PROTECCIÓN, pero no se le dio la información sobre las diferencias entre los regímenes pensionales, esto es, el fondo no cumplió con la carga y deber de información que le correspondía. El 28 de marzo de 2001, se le hizo firmar un formulario de afiliación con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. y tampoco se le ilustró acerca de las diferencias entre los dos regímenes pensionales, y este fondo no le advirtió por escrito que el afiliado tenía la facultad de retractarse de su afiliación al RAIS. El 17 de mayo de 2013, se le hizo firmar un formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, sin que se le haya dado ilustración acerca de las diferencias entre los dos regímenes pensionales.

Por otra parte, el actor manifestó que, desde el 2 de marzo de 2016, COLFONDOS lo pensionó, con una mesada de \$2.156.731, mientras que, si se hubiera pensionado en el RPM, la mesada sería equivalente a \$5.182.363, fs. 78 a 95.

La demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la edad, la afiliación al ISS, el cambio de régimen y la condición de pensionado por parte de COLFONDOS. Propuso como

excepciones la de inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción, fs. 123 al 141.

La pasiva COLFONDOS igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda. Solo aceptó la fecha de nacimiento del actor y su condición de pensionado, por solicitud que este le hizo de la pensión de vejez, de manera libre y voluntaria, por cumplir con los requisitos de la Ley 100 de 1993, y que le fue enviado previamente el cálculo actuarial. Propuso las excepciones de inexistencia del vicio del consentimiento, compensación y prescripción fs. 183 a 197.

PROTECCIÓN también se opuso a las pretensiones. No aceptó los hechos de la demanda y propuso las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación a cargo de ella, cobro de lo no debido y buena fe, fs. 211 al 221.

PORVENIR se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la afiliación del actor a PORVENIR y agregó que jamás se le obligó a firmar documento alguno. Sostuvo que la afiliación fue libre, voluntaria y espontánea, como constaba en el documento que suscribió el accionante. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación a cargo de Porvenir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción, fs. 233 al 242.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 12 de febrero de 2020 (fl. 338), negó la totalidad de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante fallo de 30 de julio de 2020, confirmó la sentencia de primera instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró que debía resolver si procedía la declaratoria de ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad que el accionante realizó el 5 de junio de 1999, a la administradora de fondo de pensiones y cesantías COLMENA AIG, hoy PROTECCIÓN S.A., después a PORVENIR S.A. y finalmente a COLFONDOS S.A., por la falta de consentimiento informado sobre los beneficios, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales existentes, como lo alegaba el apelante para que se revoque la sentencia cuestionada, o si la afiliación se realizó de manera consiente, voluntaria y con pleno conocimiento de sus efectos, como lo alegaron las demandadas.

El Tribunal asentó que la elección del régimen pensional está regulada por el art. 12 de la Ley 100 de 1993, donde se dice que el sistema de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten entre sí, el

régimen solidario de prima media con prestación definida dirigido actualmente por COLPENSIONES y el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por los fondos privados, en este caso, por PROTECCIÓN, PORVENIR Y COLFONDOS. También, transcribió los literales b) y e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 y un pasaje de la sentencia CSJ SL12136 de 2014, sobre el presupuesto de un consentimiento informado para que el traslado de régimen sea eficaz, e hizo referencia a otras decisiones en ese mismo sentido: la CSJ SL17595-2017, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL4360-2019.

Con base en los referidos fundamentos legales y jurisprudenciales, el sentenciador determinó que el desconocimiento del derecho a la elección libre y voluntaria que establece el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, conduce a la ineficacia de la vinculación, correspondiendo a las AFP la demostración de que sí informaron al interesado de las consecuencias de traslado de régimen, para la toma de la decisión debidamente ilustrado y, de esta forma, asuma las consecuencias acerca de la ventaja o el riesgo. Además, anotó, el incumplimiento de esa obligación legal conduce a la ineficacia de la afiliación, como lo tiene explicado ampliamente la jurisprudencia laboral.

Tras lo anterior, el juez colegiado descendió al caso concreto para examinar la prueba.

De tal manera, dio por demostrada la afiliación al ISS el 5 de agosto de 1980. A fls. 30 y 210, en el cd, encontró la

prueba de la afiliación a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., con el formulario de afiliación que tenía la constancia de que la selección de régimen del RAIS fue de forma libre, espontánea y sin presiones.

A f. 31 del expediente y en el cd, observó que el actor se cambió a la AFP PORVENIR y se dejó la misma constancia sobre la elección libre y el derecho a retractarse dentro de los cinco días siguientes.

A fs. 32 y 283, encontró la afiliación del actor a COLFONDOS realizada el 24 de mayo de 2013, igualmente, con la constancia de que tomó la decisión de forma libre y con la adecuada capacitación e información.

A fs. 284 y ss., el juez colegiado encontró que el 22 de julio de 2015, el actor solicitó el reconocimiento de su pensión y, con ese fin, aportó los documentos correspondientes, aceptó el bono pensional y el pago de la mesada pensional bajo la modalidad de retiro programado. Además, autorizó a COLFONDOS para que realizara el eventual proceso de traslado de renta vitalicia en el momento en que se determine necesario, f. 308.

A fs. 331 a 332, el Tribunal observó la prueba de que COLFONDOS le informó al actor, el 18 de septiembre de 2015, que no contaba con el capital necesario para financiar una pensión de vejez igual al 110%, de conformidad con el art. 64 de la Ley 100 de 1993, y le adjunto la última liquidación del bono complementario realizado por la Oficina

de Bonos Pensionales, del Ministerio de Hacienda, para que lo diligenciara y remitiera, y que después retomaría el estudio.

Con el f. 330, el sentenciador comprobó que, el 2 de diciembre de 2015, el demandante solicitó a COLFONDOS S.A. información sobre cuáles eran los parámetros, directrices y fundamentos legales que la administradora de pensiones iba a tener en cuenta para establecer el ingreso de la pensión, en cuanto al IBL, y cuánto era el monto de la tasa de remplazo, como también cuál era el monto de la pensión, si promediaba con base en los salarios devengados durante los últimos 10 años o si era un porcentaje de los valores que tenía acumulados en la cuenta de ahorro individual, más los valores correspondientes a los bonos pensionales.

Según el Tribunal, la petición fue resuelta por la AFP COLFONDOS mediante el oficio de 21 de enero de 2016, en el que le comunicó que su solicitud de pensión de vejez había sido aprobada, indicándole que la prestación sería cancelada en la modalidad de retiro programado con una mensualidad igual a \$2.317.571, pagadera a partir de febrero de 2016, se recalcularía en enero y recibiría 12 mesadas cada año y una adicional en junio (f. 324-326), informándole que debía manifestar si aceptaba el pago de la prestación en la modalidad de retiro programado o si autorizaba a COLFONDOS a realizar el eventual proceso de traslado de renta vitalicia; que, en el caso de que tuviera vinculación laboral activa, debía aportar comunicado del empleador en que se indicara que está a paz y salvo por concepto de

salarios, aportándole copia de un precálculo de la pensión, f. 329.

El juez de la alzada determinó, con base en el f. 323, que el accionante solicitó a COLFONDOS que le reconociera la pensión desde junio de 2015, fecha desde la cual no percibía suma alguna por concepto de salarios y cuando cumplió el estatus pensional, petición que fue resuelta por la pasiva mediante oficio de 6 de julio de 2016, según el f. 174 a 175, en la que, además de reiterar lo manifestado en la respuesta a la solicitud pensional, le señaló al accionante lo siguiente:

[...] de acuerdo a (sic) documento allegado por usted el día 26 de mayo de 2016, en donde solicita y autoriza a Colfondos S.A. al pago de retroactivo por mesadas desde junio de 2015, fecha en que cumplió la edad de pensión por ley hasta febrero de 2016, fecha en la cual se reconoció la pensión de vejez por parte de esta Administradora, conforme a lo contenido en la cuenta de ahorro individual para la fecha del reconocimiento correspondiente a \$499.160.091. Conforme a lo anterior, se informa que usted recibirá un pago único por valor de \$20.858.139 correspondiente a las mesadas de junio de 2015 al (sic) febrero de 2016.

Tras lo anterior, el juez de la alzada recordó que, en el hecho 56 de la demanda, se indicó que el accionante se pensionó con COLFONDOS desde el 2 de marzo de 2016, con una mesada pensional de \$2.156.731 (sic). Hecho que fue aceptado aceptó por la AFP COLFONDOS S.A. y las demás administradoras dijeron que no les constaba.

Seguidamente, aludió al interrogatorio de parte del accionante, donde este había relatado que aceptó la pensión reconocida, pero consideró que su estatus pensional fue

degradado, porque COLPENSIONES liquidó la pensión de manera diferente y, por ello, había optado por demandar, porque las demás AFP demandadas habían incumplido su obligación de ofrecerle un cálculo de su pensión en uno y otro régimen, lo cual habría cambiado su decisión sobre el traslado de régimen pensional.

Luego del precitado análisis, el juez plural manifestó que el accionante pretendía que las sucesivas afiliaciones al RAIS se dejaran sin efecto con el propósito de volver a elegir el RPM con el que inició su historia laboral, a lo que el sentenciador respondió que tal pretensión era improcedente, porque el actor tiene un derecho adquirido que ingresó a su patrimonio desde el mes de junio de 2015 y pagado en el mes de marzo de 2016, cuando la AFP COLFONDOS S.A. consolidó el estatus de pensionado, situación que no es susceptible de modificar por la vía de la ineficacia del traslado, porque esa declaratoria solo es dable para quienes tienen la calidad de afiliados y no, la situación jurídica concreta de pensionado que ostenta el demandante.

Igualmente, el Tribunal consideró que la falta de información por parte de las AFP del RAIS, en la que el actor sustentó la pretensión de ineficacia quedó «*contrarrestada*» con la prueba relacionada que le indicaba que el actor conoció las condiciones pensionales del RAIS. Por esa razón, fue que el accionante permaneció en el régimen por más de 16 años y el 22 de julio de 2015 reclamó la pensión bajo la modalidad de retiro programado y autorizó a COLFONDOS para que realizara el eventual proceso de traslado de renta

vitalicia en el momento en que se determine necesario, f. 138, situación admitida por el actor en su interrogatorio de parte, al señalar que su apoderada le remitió el cálculo de su mesada pensional, lo que indica que tenía una información cierta sobre su prestación.

Recapituló que el 21 de enero y 6 de julio de 2016, COLFONDOS le comunicó por escrito al accionante el reconocimiento de la pensión en la modalidad de retiro programado, indicándole el monto de la mesada, periodos de pago, forma de incrementarla y número de mesadas a pagar anualmente (f. 324-326 y 174-175), sin que el demandante expresara reparo alguno. Por el contrario, como expresión de su conocimiento y aceptación, se pensionó y, el 22 de marzo de 2016, reclamó el pago del retroactivo pensional (f.323), sin oposición alguna.

Lo anterior, le significó al juez colegiado que el accionante tuvo conocimiento antes de pensionarse del sistema pensional y las implicaciones de los dos regímenes, y esa información fue detallada en septiembre de 2015, cuando se le comunicó sobre las condiciones en las que se le reconocería la pensión, y debidamente enterado la aceptó, lo que descartaba la presunta disconformidad entre la voluntad declarada al momento de elegir el régimen pensional; y, finalmente, con el reconocimiento de la prestación, pues, de no haber coincidido con lo informado por las AFP al momento de la afiliación, les habría reclamado o demandado la declaratoria de ineficacia y no lo hizo cuando tenía la calidad de afiliado.

Así, el juez de la alzada concluyó que no podía alegarse que hubo afectación de su derecho pensional por culpa de la contraparte, al no haberlo enterado de las condiciones pensionales, porque ese argumento estaba contrarrestado probatoriamente, puesto que el demandante fue enterado por su apoderada y por COLFONDOS S.A., de manera que, aún en el evento en que la información haya sido insuficiente al momento de la afiliación al RAIS, antes de pensionarse, se le enteró concretamente del contenido de su derecho y, a sabiendas, él aceptó pensionarse en las condiciones ofrecidas por el RAIS.

El Tribunal reafirmó que la prueba en su conjunto le indicaba claramente que el demandante tuvo conocimiento de las características del RAIS y resolvió permanecer y pensionarse por cuenta de este, de ahí que no se dieron los presupuestos legales para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional pretendido, para trasladarle la carga a COLPENSIONES, cuando consolidó su situación jurídica de pensionado por el RAIS.

Por último, el juez de la alzada no compartió la acusación del apelante contra la sentencia de primera instancia de que esta se apartaba del problema jurídico planteado y carecía de motivación, porque, en efecto, se resolvió sobre la improcedencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuó el demandante al RAIS, por falta de consentimiento informado invocada en la demanda, fs. 82 y 83, la que fue negada, porque no se daban los presupuestos de la normativa, comoquiera que el

demandante no tenía la calidad de afiliado, sino de pensionado, y permitir su traslado al régimen de prima media para el reconocimiento de la pensión por COLPENSIONES, sería dejar sin efecto el ordenamiento jurídico vigente y propiciar la inseguridad jurídica, argumento que compendiaba exactamente la razón fundamental de la improcedencia de la ineficacia de la afiliación, lo que imponía la confirmación de la decisión de primer grado, sin condena por costas de segunda instancia, porque no se habían causado (f. 11 a 18 cdno. del Tribunal).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La censura pretende con el recurso que la Sala case totalmente la sentencia recurrida, en cuanto absolvió a las demandadas, por considerar que no tenía la calidad de afiliado al momento de presentar la demanda de ineficacia, sino de pensionado, y por considerar que las AFP habían cumplido con su deber de información, para que, en sede de instancia, revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja y, en su lugar, condene a las demandadas de conformidad con las pretensiones iniciales del libelo introductorio.

Con tal propósito formuló tres cargos, por la causal

primera de casación, y se estudiarán conjuntamente por pretender el mismo fin y valerse de argumentos similares. Los cargos fueron replicados por COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia por la vía directa, por la interpretación errónea de los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 1, 2, 25, 48 y 53 de la Constitución Política.

La censura manifestó que el Tribunal se limitó a resaltar que las normas sobre la ineficacia del traslado hacían referencia a los afiliados y, con base en ello, concluyó que aquellas personas que tienen el estatus de pensionados no tienen derecho a demandar la ineficacia de la afiliación por la falta al deber de información de la cual fueron víctimas al momento de afiliarse a las entidades administradoras del RAIS.

Le reprochó al juzgador el no haber establecido qué norma respaldaba que un pensionado no podía demandar la ineficacia de la afiliación al RAIS, cuando, consecuentemente, por esta afiliación es que resultó pensionado en este régimen.

El impugnante invocó la sentencia de la Corte Constitucional, C-147 de 1997, donde determinó que *«configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas*

individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona», pero se preguntó qué ocurría cuándo ese derecho fue adquirido bajo situaciones que quebrantaron la ley, como en el presente caso donde las entidades incumplieron el deber de información y atentaron directamente el derecho a la libre afiliación del señor SÁNCHEZ y, posteriormente, continuaron con ese incumplimiento, negándole la posibilidad de obtener una mejor pensión en otro régimen, al desconocer totalmente la información que se le debía brindar sobre la comparación entre el RPM y el RAIS.

Refutó el argumento utilizado en la sentencia atacada, de que quien se encuentra pensionado goza de un derecho adquirido que no puede ser desconocido, porque, en su criterio, no analizaba de fondo la manera en que se obtuvo ese derecho, en este caso, la manera en que se llegó a la calidad de pensionado, pues ocurre que, al haberse violado el deber de información por parte de los fondos privados, se ocasiona un quebrantamiento del orden jurídico que concluyó en el derecho pensional del demandante, configurándose el derecho de manera irregular.

Sostuvo que, ante tal situación, el operador jurídico debe colocar en una balanza los derechos que supuestamente se vulnerarían si se retrotrajera la situación al estado anterior y el derecho a la seguridad social del demandante y, en virtud del principio de favorabilidad, se

debe aplicar la regla general vigente para la fecha en que se presentó la demanda que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando una persona afecta la libertad de afiliación que contempla el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe ser sancionada declarando la ineficacia del acto jurídico, lo que trae como consecuencia el retrotraer las cosas al estado anterior.

La censura estimó equivocada la afirmación del Tribunal consistente en que una persona cuando se pensiona pierde la calidad de afiliado, pues dicha consecuencia no la contempla ninguna norma vigente. Consideró infundado afirmar, como implícitamente se podría entender en la providencia atacada, que las entidades pueden desconocer normas e incumplir deberes que serán indultados por el paso del tiempo por el hecho de que sus afiliados se pensionen, pues es un efecto que no se contempla en las normas del ordenamiento jurídico colombiano el que el actuar irregular de las entidades administradoras de la seguridad social evadan su responsabilidad por dicha situación.

De igual manera, sostuvo que era equivocado endilgarle al afiliado las consecuencias del mal actuar de las entidades a las que se afilió, pues se vulnera el derecho fundamental a la seguridad social al disminuir la calidad de vida y el mínimo vital al afectarse el ingreso a que tendría derecho en caso de que las entidades hubieran actuado conforme con la ley.

Refirió que lo que se solicitaba en la demanda de ineficacia no es que se le quite el estatus de pensionado, sino

que se adecúe a la normatividad, circunstancia a la que están facultados los jueces cuando se percatan de errores cometidos en la liquidación o en el reconocimiento de prestaciones, y esta Sala debe exigir y obligar a las entidades que cumplan con sus deberes en protección del derecho a la seguridad social y a la estabilidad del ordenamiento jurídico.

Reiteró que el ordenamiento jurídico en precepto alguno establece características o calidades especiales de la persona que pueda demandar la ineficacia y mucho menos que deba ostentar únicamente la categoría de afiliado, más cuando un pensionado no pierde esta calidad. El requisito que exige la norma y la jurisprudencia es que esa persona haya sido violentada en su derecho a afiliarse libremente y no haya sido informada de manera veraz e idónea.

El impugnante alegó que la solución que ha dado la jurisprudencia de esta Sala para casos similares ha sido garantista del derecho a la seguridad social y del afiliado de buena fe, sin importar que existieran situaciones consolidadas, verbigracia en las CSL SL de 9 de septiembre de 2008 no. 31989; CSJ SL4989-2018 y CSJ SL17595-2017.

En casos como el presente, la ley establece responsabilidades cuando se involucran terceros que se puedan ver afectados por el mal actuar de la entidad responsable y, en ese caso hipotético, la entidad que haya incumplido el deber de información tendrá que responder por ese detrimento con su capital, y no se le puede imputar dicha responsabilidad al afiliado de buena fe, tal como lo establece

el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Por lo anterior, la censura consideró fundamental que, dentro de la parte resolutive de la sentencia, el sentenciador determine que, en efecto, hubo una falta al deber de información tal como se prueba dentro del proceso y se apliquen las consecuencias que sean necesarias y que están ya establecidas en la ley (artículo 271 de la Ley 100) y en la jurisprudencia de esta sala, pues este hecho es el que constituye la causación de los daños y perjuicios al afiliado hoy pensionado.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia por la infracción directa del artículo 97 de la Ley 663 de 1993; el numeral 4 del artículo 98 de la Ley 663 de 1993; el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, en relación con los artículos 1, 2, 25, 48 y 53 de la Constitución Política.

Según la censura, el Tribunal dejó de aplicar la normatividad vigente y aplicable a estos casos e incluso dejó de lado las interpretaciones que ya la Corte Suprema de Justicia ha hecho en casos similares, pues el *ad quem* infirió que la persona contaba con la información adecuada por el simple hecho de haber permanecido determinado tiempo en el régimen de ahorro individual.

Acusó a la sentencia por desconocer que la información

debe ser brindada desde el momento en que se afilia la persona y durante toda la vigencia de la afiliación y no, cuando la persona está ad portas de pensionarse, como quiso hacer valer el Tribunal al afirmar que *«[...] el demandante, tuvo conocimiento del sistema pensional y las implicaciones de los dos regímenes antes de pensionarse y esa información fue detallada en septiembre de 2015 cuando se le comunicó sobre las condiciones en las que se le reconocería la pensión»*, cuando, para el 2015, ya no tenía opción alguna de retornar al RPM.

Refirió que el artículo 97 de la Ley 663 de 1993 determinó que, desde el origen, las administradoras del Sistema General de Pensiones tenían la obligación de suministrar toda la información que fuera necesaria para que sus afiliados pudieran tomar decisiones autónomas y voluntarias para lograr la mayor transparencia en las operaciones de suerte que le permitiera a los futuros afiliados, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

Sostuvo que dicha información debía suministrarse de forma periódica y continua a las voces del artículo 12 del Decreto 720 de 1994, de tal forma que los afiliados y, en especial mi poderdante, estuvieran al tanto de las fluctuaciones de la economía, dada la naturaleza del RAIS que, en el artículo 64 de la ley 100 de 1993, se establece que el monto de la pensión depende del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual. En consecuencia, debía al afiliado informársele de las pérdidas y ganancias que

tuvieran las inversiones efectuadas con el capital ahorrado y no obviar información, por mínima que fuese, que amenazara la obtención del objetivo pensional, es decir, la acumulación del capital necesario para disfrutar de una pensión que sea proporcional a los valores de la cotización, de acuerdo con la lectura del inciso sexto del artículo 18 de la ley 100 de 1993.

La censura aludió a la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, donde la Corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia *«a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado»*. Esto en ningún momento fue analizado por el *ad quem* quién se limitó a tener como única prueba de la información brindada los formularios firmados por el afiliado.

El impugnante invocó que el numeral 4 del artículo 98 del Decreto 663 de 1993, en vigor desde la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, determina la debida diligencia en la prestación de los servicios por parte de las sociedades de servicios financieros, incluyendo entre ellas a los Fondos Privados de Pensiones. (Ver artículo 3 *ibidem*).

Por lo anterior, el recurrente argumentó que la debida diligencia debe entenderse como el cumplimiento, cuidado, celo, esfuerzo y esmero en la ejecución de las funciones delegadas a una persona. De donde se desprende que la persona diligente ha de cumplir en primera medida con sus obligaciones o con las obligaciones que le impone la ley, mucho más tratándose de un profesional de la previsión como lo es un fondo privado de pensiones.

En ese orden, sostuvo, si el fondo de pensiones no cumple las normas de forma puntual y todo lo que las mismas establecen, no se puede predicar que su actividad se desarrolle con la debida diligencia. Únicamente podría predicarse tal atributo si dicha actividad es ejecutada con tal celo y profesionalismo que no olvide el mínimo detalle de lo que las normas le señalan.

Por último, el recurrente reprobó lo que dijo el *ad quem* sobre que pretender la ineficacia del traslado «*resulta improcedente porque el demandante tiene un derecho adquirido que ingresó a su patrimonio desde el mes de junio de 2015*». En su criterio, esta afirmación desatiende lo estipulado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que estableció que, cuando una persona atente contra el deber de información que debe ser exacto, preciso y fundado en la ética, se debe declarar la ineficacia del acto jurídico con las consecuencias que eso conlleva, sin importar si la persona afectada tenga la condición de pensionada o no, e invocó a su favor la sentencia CSJ SL1688 de 2019.

Para el impugnante, al negar la declaración de ineficacia y su respectiva consecuencia contra el fondo privado, se le resta valor a los preceptos consagrados en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, pues ahí se establece que *«cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora»*.

Anotó que, en casos como el presente, la ley establece responsabilidades cuando se involucran terceros que se puedan ver afectados por el mal actuar de la entidad y, en ese caso hipotético, la administradora que haya incumplido el deber de información tendrá que responder con su capital por ese detrimento y no se le puede imputar dicha responsabilidad al afiliado.

VIII. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia por la vía indirecta se acusa la sentencia impugnada por la aplicación indebida del artículo 12 y los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 1, 2, 25, 48 y 53 de la Constitución Política.

Los anteriores quebrantos normativos se produjeron como consecuencia de los siguientes errores evidentes de hecho en los que incurrió el Tribunal:

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante conoció las condiciones pensionales del RAIS al haber permanecido en el régimen más de 16 años.
2. Dar por demostrado, sin estarlo, que debido al reconocimiento de la pensión al señor SÁNCHEZ y dado que él no tuvo reparo alguno, se infiere que él tuvo conocimiento oportuno del sistema pensional y las implicaciones de los dos regímenes antes de pensionarse.
3. Dar por demostrado, sin estarlo, que el deber de informar sobre las implicaciones de pertenecer a uno u otro régimen establecido en la ley fue solventado por COLFONDOS S. A., cuando le comunicó sobre las condiciones en que se le reconocería la pensión en septiembre de 2015.
4. Dar por demostrado, sin estarlo, que la petición hecha por el señor SÁNCHEZ, el 2 de diciembre de 2015 (fl. 330), solicitando información sobre cómo sería el monto de la pensión había sido resuelta mediante oficio del 21 de enero de 2016 (fl. 324-326).
5. Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante contaba con información suficiente del Sistema General de Pensiones, por haber admitido en el interrogatorio que había recibido el cálculo de la mesada pensional.

Pruebas que supuestamente fueron valoradas equivocadamente por el tribunal:

- a) Formulario de vinculación inicial al RAIS

administrado por PROTECCIÓN del 5 de junio de 1999 (folio 30 del expediente).

- b) Formulario de afiliación a PORVENIR S. A. del 28 de marzo de 2001 (folio 31).
- c) Formulario de afiliación a COLFONDOS S. A. del 24 de mayo de 2013 (folio 32 y 383).
- d) Formato de escogencia de aseguradora vida para renta vitalicia, firmado por el señor JORGE ARTURO SÁNCHEZ el 22 de julio de 2015 (folio 284).
- e) Oficio emitido por Colfondos del 18 de septiembre de 2015 (folio 331-332).
- f) Petición del 2 de diciembre de 2015 presentada por el señor JORGE ARTURO SÁNCHEZ solicitando información a Colfondos sobre su futura pensión.
- g) Solicitud de pago del retroactivo de pensión de vejez presentado por JORGE ARTURO SÁNCHEZ del 17 de marzo de 2016.
- h) Interrogatorio de parte rendido por el señor JORGE ARTURO SÁNCHEZ.
- i) La demanda, en especial el hecho 56 de la demanda que expresa *«El señor Sánchez se pensionó con COLFONDOS S. A. desde el 2 de marzo de 2016»*.
- j) La contestación de la demanda realizada por COLFONDOS S. A., en especial el pronunciamiento sobre los hechos 41 al 57.

Pruebas supuestamente dejadas de valorar:

- a) Petición radicada el 15 de marzo de 2016 ante la

Superintendencia Financiera, solicitando copia de los programas de capacitación a los promotores de afiliación utilizados por la AFP desde el primero de abril de 1994 hasta el 2010 aprobado por la Superfinanciera.

- b) Respuesta de la Superfinanciera a la petición del día 27 de mayo de 2016 en el que indicó que no existen planes de capacitación a los promotores anteriores al año 2011.

La censura destacó como el Tribunal supuso que, por haber permanecido afiliado durante un tiempo, el actor había sido informado adecuadamente sobre las consecuencias de su traslado desde el RPM y las condiciones en que sería pensionado según las cotizaciones que haya efectuado durante su vida laboral.

Señaló que esa conclusión carecía de cualquier sustento probatorio, jurídico o jurisprudencial. El Tribunal abandonó totalmente la normatividad y la jurisprudencia relativa al deber de información que tienen las entidades; desconoció jurisprudencia relativa a la inversión de la carga de la prueba de acuerdo con la cual las entidades tienen la obligación de documentar y probar la información que haya sido brindada desde la afiliación y durante toda la vigencia de la misma, ejemplo claro de ello es que no se percató que, en la contestación de la demanda, la administradora COLFONDOS S. A. se limitó a contestar «NO ME CONSTA» y que no quedaron soportes de la asesoría comercial, lo que quiere decir que no se pudo comprobar la afirmación hecha

por ellos que indicaron en la misma contestación que *«los asesores comerciales de la AFP siempre dan información sobre las ventajas y desventajas del producto financiero que ofrecen»*.

Para el impugnante, esa respuesta general que hizo COLFONDOS S. A. demostraba la ignorancia de la entidad sobre su caso particular, pues no documentó si informó o no de los riesgos del mercado, de los beneficios y obstáculos que tendría en el RAIS para pensionarse de una manera proporcional a las cotizaciones que hubiera realizado durante toda su vida laboral, de acuerdo con lo estipulado en el inciso sexto del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

Extrañó que tampoco se documentara y, en consecuencia, no se probara si, en algún momento de la relación contractual, los fondos entregaron información sobre los riesgos de pensionarse en el RAIS o que hubieran hecho una comparación entre el RPM y el RAIS. Lo que se aportó como prueba documental fueron los formularios de afiliación y cambio de administradoras del RAIS, así como los oficios relacionados con la reclamación y aprobación de la pensión de vejez que fueron las pruebas documentales en que el Tribunal se basó en la sentencia, sin tener en cuenta que la jurisprudencia ya ha determinado que el consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues, aunque acreditan un consentimiento, no quiere decir que este haya sido informado (confróntese sentencias CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688 de 2019).

Igualmente, citó la sentencia CSJ SL373 de 2021 sobre la falta de prueba del cumplimiento del deber de información y manifestó que a esta misma conclusión, expresada por la Corte, se debía llegar en el presente caso, donde las únicas pruebas de la supuesta información brindada, a las que hizo referencia el Tribunal, son los oficios emitidos por COLFONDOS el 18 de septiembre de 2015 (fl. 331) y el 21 de enero de 2016 (fl. 324), donde la administradora se limita a indicarle que la pensión había sido aprobada, a informarle el número de semanas cotizadas y, de manera tardía, las condiciones para acceder a la pensión establecidas en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 o consultándole si estaba interesado en obtener una pensión en la modalidad de renta vitalicia.

Las mencionadas pruebas, fueron apreciadas de forma errónea por el Tribunal al atribuirles características que definitivamente no tienen, pues señalar que, a través de ellas, el demandante *«tuvo conocimiento del sistema pensional y las implicaciones de los dos regímenes antes de pensionarse»* constituye un error protuberante, ya que, de su lectura, no se puede extraer más de lo que acaba de señalarse y de ninguna forma dichos documentos, tienen el alcance de haber precisado las características de los regímenes pensionales a los que podía acceder y su respectiva comparación para que pudiera contar con información objetiva, necesaria y transparente para poder tomar una decisión consciente y suficientemente informada sobre el sistema pensional.

Para la censura, la lectura de los documentos a los que se refirió el Tribunal, expone información de las características que tendría su mesada pensional en la modalidad de retiro programada, pero para nada dan fe de que hubiese existido información al momento de la afiliación o durante la permanencia en el fondo, por mucho prueban alguna información suministrada al momento de obtenerse la pensión de vejez. Circunstancia que contradice la posición de esta honorable Sala que ha sido reiterativa en que la información, además de ser completa, debe haberse producido al momento de la afiliación y durante la permanencia como afiliado. Para corroborar su argumento, invocó la sentencia CSJ SL1688-2019.

Le reprochó al Tribunal que omitiera analizar el interrogatorio de parte rendido por mi poderdante y el documento de la reclamación del retroactivo hecha el 17 de marzo de 2016; en estas pruebas se podía encontrar las razones por la cuales el demandante se vio en la obligación de aceptar la pensión que le estaban ofreciendo, cuando afirmó al responder en el interrogatorio lo siguiente:

(hh:mm:ss: 00:11:24) PREGUNTÓ: Por favor infórmele al despacho como es cierto sí o no que usted aceptó de manera libre y voluntaria la mesada pensional en COLFONDOS desde el año 2016.

RESPONDIÓ: Claro porque ese proceso duró más de un año, los ahorros que yo tenía ya se me habían gastado entonces qué más hacía, la doctora me dijo ¿qué más hace? ¿de qué va a vivir? Entonces, me tocó aceptarla.

Adicionalmente, aludió a que, en la solicitud escrita realizada el 17 de marzo de 2016, el señor SÁNCHEZ afirmó

«desde el mes de junio del año 2015 no percibo suma alguna por concepto de salario y al haber cumplido requisitos para pensión, es la mesada pensional el ingreso que debo percibir en esta nueva calidad».

El impugnante alegó que esta situación demostraba la notoria desventaja y posición de debilidad frente a la entidad. Evidenciándose que la decisión no fue libre y mucho menos voluntaria, tal como lo quiere hacer ver el Tribunal y lo exige el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Consideró que tampoco era posible afirmar que el cálculo de la pensión realizado por COLFONDOS, por petición suya, haya sido la información oportuna para que pudiera decidir sobre su permanencia en el RAIS, dado que, para el momento en que eso ocurrió, esto es, el año 2015, ya había perdido la oportunidad de devolverse al RPM y se encontraba ad portas de pensionarse, lo que quiere decir que ya habían ocurrido todas las situaciones financieras que iban a determinar el monto de la pensión y no iba a poder cambiarlas.

Según el recurrente, con esto, el Tribunal desconoció que el deber de informar clara, veraz y oportunamente a los afiliados comienza desde el momento en que hace la vinculación inicial y, desde ahí, durante toda la vigencia, es deber de las entidades informar a los afiliados sobre las posibilidades de pensionarse con determinado monto, según la variación que ocurra en el mercado, tal y como lo establece el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 12 del

Decreto 720 de 1994 y el inciso 6 del artículo 18 de la ley 100 de 1993.

Se lamentó de que el Tribunal no viera las informaciones vertidas en el interrogatorio de parte, cuando le preguntaron:

(hh:mm:ss 00:11:58 PREGUNTARON ¿Por qué tomó la decisión de iniciar una demanda ordinaria contra las entidades? RESPONDIÓ: porque me siento que me degradaron del estatus que yo venía ganando, últimamente la ley ha dispuesto que uno en otro fondo de pensión, como es Colpensiones en ese tiempo, bueno seguro social o Colpensiones, el modo de liquidar es totalmente diferente al que me liquidaron ellos, si ellos a mí me hubieran dicho cuando yo me pasé, a los tales fondos, desde el principio y, cuando yo estuve de fondo en fondo, me hubieran pasado un cálculo de cuánto iba a ser mi mesada pensional, una proyección, pues yo hubiera tomado una decisión, pero jamás me la pasaron.

El recurrente insistió en que la falta a ese deber no puede ser subsanado faltando tan solo unos meses para pensionarse, pues bien establece la norma que la última oportunidad para trasladarse de régimen es 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse.

Refirió que, en el oficio a que hizo referencia el Tribunal, datado el 18 de septiembre de 2015, COLFONDOS se limitó a describir la actualidad en que se encuentran las cotizaciones que realizó y le informó que el bono pensional se encontraba emitido y que debía aceptarlo.

Rechazó que esta información pobre sobre el detalle de su cuenta individual se tomara como prueba del cumplimiento al deber de información, pues, como se ha

venido discurriendo a lo largo de esta demanda en concomitancia con la normatividad y la jurisprudencia, 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, pero desde el comienzo de la relación.

Entonces, manifestó, un oficio emitido en septiembre de 2015, cuando ya contaba con 62 años de edad y no podía tomar acciones financieras para cambiar su realidad pensional, no podía ser el fundamento para que el Tribunal haya descartado *«la presunta disconformidad entre la voluntad declarada al momento de elegir el régimen pensional (...) y el reconocimiento de la prestación»*.

Igualmente, le reprochó al Tribunal que no se percatara de que la mencionada solicitud no fue resuelta de fondo por la administradora, sino que adujo que, con la comunicación emitida por la demandada el 21 de enero de 2016, donde le indicaron que la solicitud de pensión de vejez realizada había sido aprobada, la entidad le había dado respuesta a esas peticiones.

Sostuvo que, al leer el documento citado, se sabe sobre el reconocimiento y pago de la pensión, pero sin precisar cuáles habían sido los parámetros, ingreso base y monto de reemplazo, lo que evidentemente demostraba que la AFP no informó oportunamente, ni de manera oficiosa tal como dispone la normatividad, y mucho menos dio respuesta a la

solicitud que a última hora le formuló el afiliado.

Le criticó al Tribunal que tomara como prueba, para determinar que el señor JORGE ARTURO voluntariamente había aceptado la pensión otorgada por COLFONDOS S. A., el oficio presentado el 17 de marzo de 2016, dónde simplemente hizo reclamación del derecho al retroactivo pensional a que cualquier pensionado tiene derecho, luego de habersele reconocido una pensión, la cual, como se expresó por el demandante, fue notificada indebidamente a un domicilio errado.

Refirió que el juzgador no se percató de las fechas en que se materializaron dichas pruebas, pues no se dio cuenta que, para el año 2015 y 2016, ya no podía retractarse de haberse trasladado al RAIS y, obligatoriamente, debía asumir la administración de su pensión por COLFONDOS. Además, como se evidenció, en ningún momento se le puso de presente que, en COLPENSIONES, podría obtener una mejor mesada pensional, información que obligatoriamente debió brindar la administradora desde el comienzo de la relación de afiliación y no esperar a que el afiliado cumpliera los requisitos y ya no tuviera otra opción que quedarse en el RAIS y pensionarse bajo las condiciones que este régimen ofrece.

La censura señaló que, al realizar el análisis del interrogatorio, el *ad quem* no se percató del tiempo, modo y lugar dónde ocurrió la entrega del precáculo, pues si lo hubiera hecho, habría verificado que esa información fue

brindada en el año 2015, época en que ya no tenía opción de mejorar sus cotizaciones para incrementar el capital que se iba a utilizar para liquidar la pensión y tampoco tenía opción de regresar al RPM, pues, tal como lo establece el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, este traslado solo puede realizarse hasta 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse. Además, sostuvo, el contar con dicho cálculo para el año 2015 no subsanaba el hecho de no haber sido informado desde la misma afiliación, tal como expone el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y la repetida jurisprudencia de esta Sala.

El recurrente sostuvo que, cuando un juez ve un derecho fundamental violentado, como lo es la pensión, debe propender por garantizar su protección y obligar a las entidades a cumplir con la normatividad vigente y aplicable al caso, sin importar las dificultades que eso conlleve. Bien dijo la Corte Constitucional en sentencia T-1306 de 2001 que *«de hallar que el juez de instancia sí incurrió en un error de aplicación, apreciación o interpretación de la norma sustancial que se alega, y más aún cuando la Sala de Casación reconoce la existencia de un derecho fundamental merecedor de protección, es deber de ésta el casar pronunciándose de fondo sobre el caso en concreto para garantizar el derecho»*.

IX. RÉPLICA DE COLPENSIONES

La demandada se opuso a la prosperidad de los cargos. Manifestó que la normatividad financiera y pensional vigente

para la fecha de traslado de la demandante, establecían lo siguiente: i) que el documento en el que se registra y hace constar la selección y vinculación libre y voluntaria del afiliado a un régimen pensional es la suscripción del formulario de afiliación; ii) no determinaron ninguna exigencia adicional, en cabeza de los fondos, dirigida a demostrar o soportar la voluntad libre de vicios del afiliado; iii) no exigieron la realización de una proyección pensional en la que se exhibiera el monto de la pensión de vejez en cada uno de los regímenes, como requisito para efectuar el traslado, ni como componente de la información mínima a entregar por parte de las Administradoras y iv) tampoco contemplaron que la asesoría debía estar documentada, ni que existiera obligación de archivar soportes de la información suministrada.

Por lo tanto, según el replicante, el formulario de afiliación suscrito por la demandante prueba de la voluntad libre e informada de la afiliada. Adicional a esto, se resalta que los argumentos del Casacionista no están llamados a prosperar, porque en el presente caso no estamos ante un régimen de responsabilidad objetiva, toda vez, que la responsabilidad de asesorarse es del afiliado y no es exclusiva del Fondo – AFP, pues conforme lo ha indicado la Ley, la doctrina y la jurisprudencia, el acto de afiliación además de ser libre y voluntario, es solemne y bilateral, y, por tanto, no está en la esfera de control absoluto y exclusivo del FONDO.

Es así como, aseveró, los potenciales pensionados,

antes del traslado de régimen tienen el deber de asesorarse, si no tienen la comprensión plena de los regímenes jurídicos pensionales sobre los cuales van a decidir.

X. RÉPLICA DE PROTECCIÓN S.A.

Igualmente, esta AFP se opuso a la prosperidad de los cargos. Invocó a su favor la sentencia CSJ SL373-2021, donde esta Sala determinó que, bajo el manto de la ineficacia del traslado, no era posible que una persona pensionada en el RAIS regresara al RPMPD,

[...] puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

Por otra parte, señaló que había quedado debidamente comprobado que la afiliación del accionante al RAIS estuvo bien informada, según los formularios de afiliación, y, para más veras, resaltó el recorrido entre entidades del RAIS que hizo el impugnante: en 1999, se trasladó del RPM a Colmena S.A. (f.30, c.1); en 2001, migró a Porvenir S.A. (f.31, c.1) y en 2013 se trasladó a Colfondos S.A. (f.32, c.1), actuaciones que, salvo la última, se hicieron antes de que el impugnante cumpliera 52 años, de suerte que resultó innegable su voluntad expresa de mantenerse vinculado con el RAIS, pues,

de no haber sido así, perfectamente había podido retornar al RPM sin obstáculo alguno, en lugar de estar realizando tales traslados horizontales, decisión que ahora, en forma inoportuna y falaz, trataba de modificar acudiendo a la peregrina tesis de que, como no recibió una ilustración idónea sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales (que, por demás, no existen pues lo único que hay son diferencias entre ellos) carecía de la capacidad para expresar un consentimiento informado. Para reforzar, su dicho, el opositor citó la sentencia CSJ SL 2753-2021, sobre los actos de relacionamiento.

XI. CONSIDERACIONES

El Tribunal confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia con fundamento en las siguientes premisas: 1) el desconocimiento de la elección libre y voluntaria de régimen pensional que prevé el literal b del art. 13 de la Ley 100 de 1993, conduce a la ineficacia de la afiliación y le corresponde a la AFP demostrar que informó al interesado de las consecuencias del traslado de régimen. 2) El demandante tiene la calidad de pensionado por COLFONDOS S.A. desde el 2 de marzo de 2016. 3) El accionante pensionado optó por demandar, porque las AFP incumplieron su obligación de ofrecerle un cálculo de su pensión en uno y otro régimen, lo cual habría cambiado su decisión de traslado.

Las precitadas premisas, llevaron al sentenciador a considerar que 4) la pretensión del accionante de dejar sin

efectos las sucesivas afiliaciones al RAIS, con el propósito de volver a elegir el RPM con el que inició su historia laboral era improcedente, porque el actor tenía un derecho adquirido que ingresó a su patrimonio desde junio de 2015 y pagado en el mes de marzo de 2016, cuando la AFP COLFONDOS S.A. le reconoció la pensión, de tal manera que consolidó el estatus de pensionado, situación que no se podía modificar por la ineficacia del traslado, ya que esto solo es posible para los que tienen la calidad de afiliados.

5) A lo anterior, el Tribunal agregó que la acusación de la falta de información por parte de las AFP del RAIS en que fue sustentada la petición de ineficacia quedó contrarrestada con la prueba examinada que le indicó que el actor conoció las condiciones pensionales del RAIS y fue por ese conocimiento que permaneció en ese régimen por más de 16 años y, el 22 de julio de 2015, reclamó el reconocimiento de la prestación.

Aunado a que, cuando le fue comunicada al actor el reconocimiento de la pensión, el 21 de enero y 6 de julio de 2016, el demandante no expresó reparo alguno, por el contrario, se pensionó a partir del 22 de marzo de 2016, con reclamo del retroactivo. Con base en lo anterior, determinó que el actor sí tuvo conocimiento de la implicación de los dos regímenes antes de pensionarse, el 15 de septiembre de 2015, cuando le fueron comunicadas las condiciones en las que se le reconocería la pensión y debidamente enterado las aceptó.

Con fundamento en las referidas premisas, el Tribunal concluyó que no se daban los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional pretendido. De acuerdo con esto, los pilares del fallo se pueden resumir en dos: a) la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado frente al estatus de pensionado del actor y b) quedó probado que el actor sí tenía conocimiento de las características del RAIS y resolvió permanecer en él y pensionarse por cuenta de este.

La censura presentó tres cargos para derrumbar los pilares del fallo, alegando, en síntesis, que a) el juez colegiado se equivocó al restringir los efectos de la ineficacia del traslado en su caso por tener la calidad de pensionado y que b) el sentenciador se equivocó al dar por demostrado el deber de información a cargo de las AFP con base en la información recibida al momento previo de obtener el reconocimiento de la pensión, cuando este deber debió cumplirse desde el momento del cambio de régimen o de la afiliación al RAIS y durante todo el tiempo que estuvo en el RAIS.

No se controvierte la condición de pensionado del accionante en sede de casación. En consecuencia, sobre el primer ataque, corresponde decir que la acusación resulta infundada, puesto que esta Sala, a partir de la sentencia CSJSL 373-2021, reiterada, entre otras, en las decisiones CSJ SL5169-2021, CSJ SL5704-2021, CSJ SL5172-2021 y CSJ SL1113-2022, viene considerando que no es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al *statu quo ante*),

teniendo en cuenta que la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada o a un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto».

No es que la Corte considere que el hecho de reclamar y obtener la pensión en el RAIS dé por «superada la falta de información», pues la jurisprudencia laboral es pacífica en el criterio de que la ineficacia no es susceptible de ser saneada o convalidada (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021 y CSJ SL5188-2021). Las razones que se han dado para negar la ineficacia frente al caso de los pensionados, como se pueden ver en los citados precedentes, son:

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y,

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Lo anterior no significa que la eventual conculcación a los derechos pensionales de los ciudadanos quede sin mecanismos de reparación. En efecto, esta Corporación ha dicho que los afectados pueden demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones que incumplió su deber de información.

En vista de que uno de los pilares de la decisión supera el control de legalidad en sede de casación, no se puede casar la sentencia así el Tribunal haya incurrido en los yerros fácticos achacados por la censura para infirmar el segundo pilar sobre la prueba del deber de información a cargo de las AFP, en cuanto a que el juez de la alzada erró al dar por demostrado este supuesto en el caso del actor, puesto que no se dio cuenta de la falta de prueba del debido cumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen y que el formulario de afiliación no logró acreditar ese supuesto, por la precaria información que allí quedó registrada.

El juez de la alzada solo determinó la satisfacción de este deber legal de información en los actos preliminares al reconocimiento de la pensión y no verificó su debido

cumplimiento en los pasos previos a la toma de decisión del traslado por el actor que es cuando se le hace exigible esa obligación a la AFP, conforme al literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, para asegurar un consentimiento del afiliado bien informado en la elección del régimen, yerro que desquicia el segundo pilar.

No obstante, no se puede casar la sentencia, en razón a que la sentencia absolutoria sigue soportada en la condición de pensionado del demandante que impide declarar la ineficacia del traslado por las razones atrás expuestas.

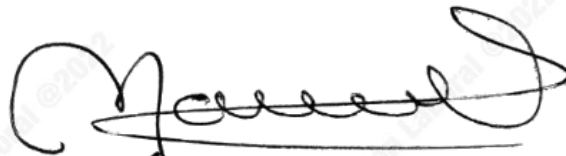
Sin costas en el recurso extraordinario por resultar fundado en parte el recurso.

XII. 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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, el 30 de julio de 2020, en el proceso que instauró **JORGE ARTURO SÁNCHEZ SÁNCHEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES); SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

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



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ

Presidente de la Sala



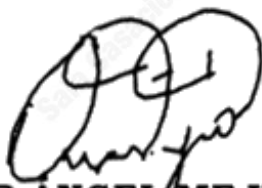
GERARDO BOTERO ZULUAGA

(IMPEDIDO)

FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Magistrado ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 89952

Acta 18

Referencia: demanda promovida por **JORGE ARTURO SÁNCHEZ SÁNCHEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración del voto, pues si bien comparto la posición que finalmente se adoptó en el *sub judice*, que dispuso no casar la sentencia absolutoria del Tribunal, discrepo frente a los argumentos relacionados con la improcedencia de la

ineficacia del traslado para el pensionado, para lo cual debo precisar lo siguiente:

En la referida providencia, se concluyó que no era procedente disponer la declaratoria de ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del promotor del litigio en razón de tener la calidad de pensionado, teniendo como fundamento lo expuesto en la sentencia CSJ SL373-2021, en la que, entre otras razones se sostuvo:

[...]si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto [...].

Al respecto, debo aclarar que en casos como el presente, en donde una persona tenga la condición de pensionado, ello no significa que tal circunstancia por si sola conlleve a desconocer que la ausencia de asesoría y del deber de información por parte del fondo de pensiones privado, no genere la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, la que a no dudarlo, puede predicarse tanto del afiliado como de un pensionado; sin embargo, en tratándose de un individuo que ya ha adquirido este último status, las consecuencias deben ser diferentes a cuando solo se tiene la

calidad de asegurado, al existir una imposibilidad de volver las cosas al estado anterior, esto es, aquel en que se encontraba antes de producirse el cambio de régimen.

Lo anterior, en razón a estar involucrados otros sujetos y terceros que en determinado momento pueden verse afectados con una decisión en tal sentido, incluso porque eventualmente pudo haberse negociado el bono pensional destinado también al financiamiento de la pensión; pero además, por cuanto ya se han hecho uso o gastado unos dineros de la cuenta de ahorro individual destinada para financiar y asumir el pago de las mesadas pensionales con lo que se ve menguado o disminuido los recursos para solventar la prestación, sin que ello impida la declaratoria de ineficacia del traslado, pero con efectos diferentes a los casos donde el afectado por la falta de información por parte de la administradora de pensiones es un afiliado.

En los anteriores términos, dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,



GERARDO BOTERO ZULUAGA
Magistrado