



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2

SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

Magistrado ponente

SL4680-2020

Radicación n.º 84741

Acta 44

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **HILDA MARIA ISAZA JARAMILLO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), en el proceso ordinario que le instauró a **COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**.

I. ANTECEDENTES

Hilda María Isaza Jaramillo llamó a juicio a COLFONDOS S. A., PORVENIR S. A., y COLPENSIONES S. A., con el fin de que se declarara la nulidad del traslado de régimen pensional, realizado el 1º de octubre de 1999, del RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones, al RAIS a través de Colfondos S. A. y, luego, trasladada a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S. A., originada en la falta de información veraz y suficiente.

Así mismo, para el 1º de abril de 1993, se encontraba afiliada al ISS, cotizando como trabajadora al servicio de Colseguros S. A., contaba con 37 años de edad y 445,02 semanas de aportes; que como trabajadora dependiente sufragó entre el 1º de junio de 1983 y el 30 de septiembre de 1999, 683.20 semanas; que del 1º de junio de 1983 al 25 de julio de 2005 reunió un total de 1042,84 semanas reportadas a Colpensiones, Colfondos S. A. y, Porvenir S. A.; que es beneficiaria del régimen de transición en razón que conforme al Acto Legislativo 01 de 2005, para el 25 de julio de 2005 tenía más de 750 semanas de cotizaciones, además de 37 años de edad para la vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que le da derecho al reconocimiento de la pensión de vejez según los términos del Acuerdo 049 de 1990; que consolidó el derecho el 12 de septiembre de 2011, por cumplir 55 años de edad y registrar 1347,43 semanas, esto es, más de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, al igual que, 500 dentro de los 20 años anteriores al requisito de edad.

En consecuencia, se ordenara a Porvenir S. A. autorizar y efectuar el traslado de la accionante al RPMPD; que dicho fondo trasladara a Colpensiones la totalidad de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, al igual que los bonos pensionales si los hubiere, con sus respectivos rendimientos; que Colpensiones reconozca y pague la pensión de vejez de la actora a partir del 12 de septiembre de 2012, teniendo en cuenta un IBC de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad, indexado y una tasa de reemplazo superior al 90% por contar con más de 1250 semanas de aportes; los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales no canceladas oportunamente; lo ultra y extra *petita* y costas.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 12 de septiembre de 1956, contando para el 1º de abril de 1994 con 37 años de edad y 389,25 semanas reportadas al ISS y 55,77 en Cajanal, para un total de 445,02 semanas, lo que la hacía beneficiaria del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993, para obtener su derecho según el Acuerdo 049 de 1990; que el 25 de julio de 2005 tenía 1042,84 semanas, es decir, más de las 750 que exigía el Acto Legislativo 01 de 2005, para mantener la transición hasta 2014; que el 12 de septiembre de 2011 alcanzó la edad pensional de 55 años y reunía 1347,43 semanas cotizadas, así que, antes del 31 de diciembre de 2014, alcanzaba los requisitos para la prestación por vejez.

Expresó, que el 18 de mayo de 1999 ingresó a trabajar a Colfondos S. A. en Villavicencio, en calidad de gerente de

oficina; que el 1º de octubre del mismo año, ante la insistente presión de la empleadora, se trasladó al RAIS; que para esa data, reunía 683,20 semanas; que Colfondos le informó que podría pensionarse con una mesada superior a la que recibiría en el ISS, pero omitió comunicarle que el traslado del ISS hoy Colpensiones le causaría la pérdida del régimen de transición.

Mencionó, que el 29 de julio de 2009 radicó un derecho de petición ante el ISS, pretendiendo el traslado de sus cotizaciones del RAIS al RPMPD, advirtiéndole que su traslado al fondo privado fue bajo presión; que la hoy Colpensiones, mediante respuesta del 5 de noviembre de 2009, condicionó el análisis y aprobación del traslado a la información que le suministrara la AFP Horizonte hoy Porvenir S. A., pero que, hasta la presentación de la demanda no obtuvo respuesta alguna.

Dijo, que el 3 de abril de 2012 elevó derecho de petición a AFP Horizonte hoy Porvenir S. A. solicitando se le reconociera la pensión de vejez según lo establecido por la Ley 100 de 1993 por pertenecer al régimen de transición, al cumplir 55 años y tener más de 1000 semanas aportadas; que el 16 de mayo 2012 le fue negado el derecho; que el 16 de diciembre de 2016 interpuso en Colpensiones un derecho de petición impetrando la nulidad o ineficacia del traslado efectuado en octubre de 1999 al RAIS, para que reconociera la pensión de vejez, previa solicitud a Porvenir S. A. de la devolución de aportes; que el mismo fue negado el 9 de febrero de 2017; que igualmente requirió a Porvenir S. A., el

15 de diciembre de 2016, la nulidad o ineficacia del traslado, recibiendo respuesta negativa el 10 de enero de 2017; que a la presentación de la demanda contaba con 1604,83 semanas de aportes y 60 años de edad para 2016, dado que se vio obligada a seguir cotizando ante la renuencia de los fondos para acceder a su retorno al RPMPD (f.º 1 a 12 del cuaderno principal).

Colfondos S. A. Pensiones y Cesantías se negó a las pretensiones y, en lo relacionado a los hechos, aceptó la data del natalicio de la demandante, aclarando que la misma no es beneficiaria del régimen de transición ya que no cumplió con lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias CC SU-062-2010 y CC SU-130-2013, teniendo en cuenta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es claro al indicar que el régimen de transición no le será aplicable a las personas que voluntariamente se acojan al RAIS. Negó que la decisión que asistió el cambio de régimen no fuera libre y voluntaria, resaltando que sus asesores comerciales contaban con la preparación e idoneidad para brindar asesoría suficiente a los interesados y, que en todo caso no se allegó prueba de las presiones ejercidas para el traslado.

En su defensa, propuso las excepciones de mérito, de inexistencia del derecho reclamado, de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica o la innominada (f.º 137 a 164 del mismo cuaderno).

La sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S. A., se opuso a las pretensiones y aceptó el hecho de la afiliación de la accionante y, la presentación y negación de las respectivas solicitudes.

Como excepciones de fondo, adujo la prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, de vicio alguno del consentimiento al haber tramitado la demandante el formulario de vinculación al fondo de pensiones, buena fe, enriquecimiento sin justa causa, debida asesoría del fondo y la genérica o innominada (f.º 178 a 185 del cuaderno principal).

Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como ciertos los relacionados a la fecha de nacimiento de la accionante y el derecho de petición interpuesto, solicitando el cambio de régimen denegado.

Excepcionó de mérito la prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, del pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y la innominada (f.º 122 a 130, *ibídem*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por sentencia del 30 de mayo de 2018 (f.º 242 a 248 del cuaderno principal), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad e inexistencia del derecho reclamado, propuestas por las demandadas, en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, Y ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra por la Sra. HILDA MARÍA ISAZA JARAMILLO, según las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En grado jurisdiccional de consulta, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 12 de septiembre de 2018 (f.º 271 Cd a 272 del cuaderno principal), confirmó la del *a quo*.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal centró el problema jurídico en establecer si el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS y su posterior traslado entre administradoras de este último, estuvo rodeado de vicios del consentimiento o si se produjo por presión de su empleador.

Planteó, como hechos probados que la accionante nació el 12 de septiembre 1956 (f.º 14 le cuaderno principal); que

cotizó al ISS hoy Colpensiones del 16 de octubre 1984 al 30 de septiembre 1999 un total de 627.46 semanas (f.º 31, 134, 135 *ibídem*); que el 30 de agosto de 1999 suscribió formulario de traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, vinculándose a la AFP Colfondos (f.º 221 *ibídem*); y, el 14 febrero 2008 se trasladó a la AFP BBVA Horizonte hoy Porvenir S. A. (f.º 187 *ibídem*).

Argumentó, que el traslado de régimen por vinculación a una AFP es un acto jurídico, porque conforme a lo dispuesto en la legislación civil, son elementos de la ciencia de todo acto jurídico, la manifestación de voluntad, el objeto, la causa del cumplimiento de forma solemne, los actos o contratos que así lo exijan y sin ellos el acto jurídico es inexistente, no produce efecto alguno; constituyéndose en elementos de validez, la capacidad que equivale al consentimiento exento de vicios, el objeto y la causa lícita, los que se deben respetar cuando el acto así lo exija, siendo indispensables para que se formalice la obligación pues su incumplimiento genera una nulidad relativa o absoluta según los artículos 1508, 1509, 1740 y siguientes del CC.

Sostuvo, que respecto a los actos jurídicos de traslado de régimen pensional el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b, establece que la selección de cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado; que para ese efecto debe manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado; que conforme al artículo 271 si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta de

cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema, su inscripción carece de efecto y puede realizarse nuevamente en forma libre espontánea; que el inciso primero del artículo 114 de la Ley 100 de 1993 impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos que por primera vez se trasladarán al RAIS provenientes del RPMPD, que debían entregar una comunicación escrita donde constara que la selección había sido libre, espontánea, sin presiones; que el inciso penúltimo del artículo 11 del Decreto reglamentario 692 de 1994 permitió que esas manifestaciones estuvieran pre impresas en el formulario de vinculación, siendo esto lo que sucedió en el caso de la accionante, en el acto de traslado de régimen ocurrido el 30 agosto de 1999 con su vinculación a Colfondos, diligenciando y suscribiendo el formulario que, encima de su firma tenía pre impresas las manifestaciones.

Afirmó, que la expresión de voluntad de Hilda María Isaza Jaramillo se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, con cumplimiento de las solemnidades legales por escrito y previo a esa manifestación, produjo los efectos jurídicos pertinentes, dado que no se acreditó que al momento de efectuar el traslado al RAIS hubiese incurrido en error de hecho al considerar que estaba celebrando un acto jurídico distinto, tampoco se estableció en el proceso la existencia del dolo consistente en coacción, artificios o engaños de parte de la AFP que indujeran o provocaran a error a la demandante y que las afirmaciones de la existencia

de presiones por parte de su entonces empleador, Colfondos, para el traslado no contaron con soporte probatorio.

Destacó, que a los declarantes Luis Fernando Leal Velázquez y Néstor Hugo Rey Bolaños, no les constaba la situación particular de la demandante, pues solo supieron que era la gerente de la oficina de Colfondos en Villavicencio y que se trasladó de régimen pensional, aparentemente porque debía dar ejemplo al vender ese producto.

Aludió, que desde ese punto, no se mostraba descabellada la conclusión del *a quo* respecto al conocimiento de la demandante de las condiciones del régimen de ahorro individual al que se estaba trasladando, porque en su condición de gerente de la oficina de la AFP debió tener la claridad de todas las implicaciones que traía dicho acto, aunado a la circunstancia de que dicha condición la ostentaba desde hacía más de cuatro meses antes de su decisión.

Consideró, que ello quedó clarificado en el interrogatorio de parte de la actora, cuando admitió que conoció el sistema de ahorro individual, agregando cómo lo entendió y cómo lo transmitió; que estaba convencida de lo que hacía, de las bondades que tenía ese régimen y el desbarajuste del entonces ISS y que continuó con su afiliación porque eran muchas las ventajas diferentes de la pensión con respecto al hoy Colpensiones, la cantidad de beneficios que se le ofrecían a los potenciales afiliados y a ella misma, además de las ventajas del régimen; que en 2008 se

afilió a BBVA Horizonte hoy Porvenir S. A. y no retornó al RPMPD porque el fondo le ofrecía mayores rendimientos financieros en ese momento, por lo que eso le garantizaba una mayor mesada pensional, reiterando estar convencida de las ventajas, pero que, solo se dio cuenta de las consecuencias menos beneficiosas, cuando cumplió la edad para pensionarse, entre otros aspectos, porque el capital no le alcanzaba para adquirir su derecho.

Precisó, que de la confesión del interrogatorio de parte se podía establecer que la demandante contó con la información suficiente para prestar su consentimiento libre de vicios, sin que se observara presión alguna ni indebida en su libre escogencia que pudiera dar lugar a la ineficacia en los términos del artículo 71 de la Ley 100 de 1993, pues por el contrario, la misma Hilda María Isaza Jaramillo advirtió que conocía de las ventajas del RAIS y que esas mismas fueron las que la motivaron, que el asunto era económico, por lo que, el tema no era de violación o existencia de vicios del consentimiento sino de la verificación de resultados de sus decisiones, que en todo caso, no era posible establecer en el momento de la efectividad del traslado; que el mismo ocurrió más de cuatro meses después de haberse vinculado como gerente, teniendo a su cargo una masa de asesores que realizaban efectivamente los mismos actos de afiliación y traslado del RPMPD.

Acotó que, de acuerdo con la línea jurisprudencial manejada en los alegatos de la demandante, en particular las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 329899 y 22 nov. de

2011, rad. 33083 diferían del caso en estudio puesto que se trataba de afiliados que tenían su derecho ya causado o que les faltaban dos años para adquirirlo, mientras que aquí, a la demandante le faltaban más de 12 años para cumplir la edad mínima pensional y, en el régimen de prima media contaba con una densidad de cotización insuficiente por necesitar aún más de 373 semanas para ese efecto, no pudiendo advertirse, como en los otros casos, que tenía una expectativa legítima por encontrarse cercana a su pensión, además que, teniendo la oportunidad de retornar al RPMPD, en lugar de eso, lo que hizo fue trasladarse de fondo dentro del RAIS en 2008, admitiendo que tenía mucha fe en las bondades de ese sistema y que esa administradora le ofrecía mejores condiciones de rendimientos, confirmando así la sentencia de primer grado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Sala «case» la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, «revoque» la del *a quo*, accediendo a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, replicados por las demandadas y se pasan a estudiar de manera conjunta dado que acusan

similar cuerpo normativo, se valen de análogos argumentos y persiguen el mismo fin (f.º 19 a 20 del cuaderno de la Corte).

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia del Tribunal de violar indirectamente, por aplicación indebida,

[...] los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; en relación con los artículos 1740, 1741, 1742, 1743, 1508, 1509, 1510, y 1512 del Código Civil; igualmente los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 11, 12, 13, 15, 17, 33, 34, 36, 50, 59, 60, 112, 113, 114, 141, 142 de la Ley 100 de 1993; artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990); artículos 48, 53, 228, y 230 de la Constitución Política de Colombia; Ley 797 de 2003, y del artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 de 1994; Decreto 720 de 1994 artículo 10; Decreto 1229 de 1994 artículos 4º y 5º; Decreto 1161 de 1994 artículo 3º.

Considera, que se presentó con fundamento en los siguientes errores de hecho:

A. Dar por demostrado, sin estarlo, que el traslado que efectuó la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad el 30 de agosto de 1999, se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, solo por haber firmado el formulario de afiliación.

B. Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandante estaba obligada a probar, la coacción, artificios o engaños utilizados por la administradora de fondos de pensiones Colfondos S.A., que la indujeron en error en el momento de su afiliación.

C. Dar por demostrado sin estarlo, que la demandante "debía tener" todo el conocimiento, en cuanto a las implicaciones que tenía el traslado de régimen (ventajas y desventajas), por el solo hecho de desempeñar el cargo de Gerente de la oficina de Colfondos en la ciudad de Villavicencio.

D. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante al absolver interrogatorio manifestó, que, al ingresar a Colfondos como gerente, solo se le capacitó por la empresa sobre las ventajas que tenía el régimen de ahorro individual.

E. No dar por demostrado estándolo, que la demandante solo se enteró de las desventajas, cuando solicito su pensión al cumplir los 55 años, y le informaron que no tenía al capital suficiente para obtener una pensión digna.

F. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante al 1º de abril de 1994 tenía 37 años, lo que le permitía mantener el régimen de transición, y pensionarse al cumplir 55 años, lo cual era una expectativa legítima, que no le fue advertida en el momento de cambio de régimen.

G. Dar por demostrado sin estarlo, que a la demandante le advirtieron en Colfondos sobre las desventajas del cambio de régimen.

H. No dar por demostrado, estándolo, que la demandada Colfondos SA, estaba obligada a informar a la demandante, no solo los beneficios o ventajas del régimen al que se iba a trasladar, sino las desventajas e implicaciones de tal decisión.

Para los fines, denuncia como pruebas:

1. El Ad quem apreció erróneamente el formulario de afiliación o traslado de régimen, que aparece a folio 221, suscrito el 30 de agosto de 1999.

2. El Ad quem apreció erróneamente el interrogatorio de parte, rendido por la actora, en el cual según dice el Tribunal, confesó que como gerente conocía todas las implicaciones del cambio de régimen.

3. El Ad quem no apreció la contestación del hecho octavo de la demanda (folio 138 y 139) por parte de Colfondos S.A., en el cual niega que la demandante fuera gerente de esa entidad en la ciudad de Villavicencio; aseverando, además, que sus asesores comerciales tenían preparación e idoneidad suficiente para brindar asesoría a los afiliados.

4. Como prueba no calificada, erróneamente apreciada- (la cual solicito apreciar una vez demostrado el desatino fáctico, de la errónea apreciación de la supuesta confesión judicial; que sí es admisible en casación, conforme lo establece el artículo 7 de la Ley 16 de 1969)- los testimonios rendidos por Luis Fernando Leal Velásquez y Néstor Raúl Rey Bolaños.

Para la demostración del cargo, asegura, que el *ad quem* ignoró y apreció erróneamente las pruebas calificadas y las

no calificadas resultando en evidentes y manifiestos errores de hecho, citando las sentencias de esta Sala, «*Rad. 31989 de 2008; continuando con la Rad. 33314 de la misma fecha; Rad. 33093 de 2011; Rad. 46292 de 2014; Rad. 46292 de 2917; Rad. 47125 de 2017; Rad. 54814 de 2018; Rad. 68852 de 2019; Rad. 56174 de 2019 (situación fáctica idéntica a la presente); Rad. 68838 de 2019; y Rad. 65791 de 2019*», relativas a la posibilidad de anular o declarar ineficaz los traslados del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual.

Aduce, que contrario a las afirmaciones del Tribunal que desestimaron las citas jurisprudenciales por no coincidir con el caso, esta Corporación tiene la función de unificar la jurisprudencia nacional y, en ese sentido, ofrece seguridad jurídica a los usuarios de la administración de justicia, garantizado los derechos mínimos fundamentales e irrenunciables de los trabajadores.

Manifiesta, que el Colegiado incurrió en la errónea apreciación del formulario del traslado, pues argumenta que por ser un acto jurídico según la legislación civil, que había sido firmado por la trabajadora y contenía en el formulario preimpreso una manifestación de conocer todas las incidencias del traslado, debiendo la actora demostrar los vicios del consentimiento para desvirtuar la legalidad del acto; que desde la posición de la accionante esto contradice la normatividad establecida en los artículos 48 y 53 de la CN, lo mismo que claras disposiciones de la Ley 100 de 1993 en sus artículos 59 y 60 al determinar que los trabajadores son

simples afiliados, que por su condición, lo son en forma obligatoria a uno de los dos regímenes, por expresa disposición de los artículos 15 a 17, en armonía con el 112 de la misma ley, expresa que el acto de afiliación obligatorio al sistema general de pensiones, no es un contrato, o un acto jurídico regulado por la legislación civil, como lo asevera el fallo, pues su regulación está plenamente establecida en la Constitución Nacional, en las leyes y decretos reglamentarios.

Afirma, que exigirle a la accionante demostrar el error, la fuerza o el dolo, ante un derecho que está constituido como un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado, y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la misma ley, es considerado un despropósito jurídico, que contradice la abundante línea jurisprudencial construida por esta Corporación.

Relata, la demandante, se encontraba amparada por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 puesto que, para el 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años (37 años exactamente), dado que nació el 12 de septiembre de 1956, situación que desconoció el Tribunal, pues ni siquiera atendió lo planteado en la demanda, ni en los alegatos de conclusión, lo único que dio por cierto fue la fecha de nacimiento, sin reparar la grave implicación que tenía el hecho de que al cambiar de régimen perdería el de transición, al no tener más de 750 semanas cotizadas, al entrar a regir la Ley 100 de 1993.

Plantea, que surge como prueba calificada, la confesión judicial, que según el *ad quem*, se produjo en el interrogatorio de parte que rindió la actora, deduciendo que en ésta confesó que sabía de las implicaciones del traslado por su labor de gerente del fondo, y que por ser el más conveniente a sus intereses, seleccionó el régimen de ahorro individual, aseverando que no tenía en el momento del traslado ninguna expectativa que le permitiera mantener el régimen de transición.

Asegura, que se desprende en forma evidente, que el Tribunal lo apreció erróneamente, pues él solo estimó en su decisión aseveraciones que la actora nunca hizo, desconociendo abiertamente, que lo que en realidad muestra el interrogatorio es que ésta en su condición de gerente, se vio obligada a afiliarse, pues debía dar ejemplo como lo expresa, además, que las instrucciones que recibió, tanto ella como los asesores comerciales, eran solo sobre las ventajas del RAIS y, solo notó las desventajas, cuando solicito la pensión al cumplir los 55 años, y le fue negada al no contar con el capital suficiente.

Enfatiza, que el *ad quem*, «inventó» una presunción que no existe en el mundo jurídico, en el sentido de que, por ser la gerente, debía saber, las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, cuando claramente el fondo negó el hecho octavo de la demanda y la carga de la prueba entonces recae sobre este, el cual no aportó ningún elemento

de convicción que pudiera determinar qué preparación se le dio a la gerente o a los asesores.

Recalca, que es evidente que el Tribunal no apreció la contestación del hecho octavo de la demanda por parte de Colfondos S. A., en el cual niega que la demandante fuera la gerente del fondo, y asevera que sus asesores comerciales tenían preparación e idoneidad suficiente para brindar asesoría a los afiliados. Afirma, que además de desconocer la condición de gerente con que fue vinculada al fondo, aseveran que sus asesores comerciales cuentan con preparación e idoneidad, situación que da sentada el Colegiado sin tener pruebas aportadas por Colfondos, pues la actora en esa época no contaba con la ilustración suficiente puesto que estaba iniciando su carrera y solo se documentó con las charlas de inducción que le dieron para asumir la gerencia, sobre las ventajas del régimen de ahorro individual para conseguir la mayor cantidad de clientes.

Refiere, que en cuanto a los testimonios el Tribunal encontró que Luis Fernando Leal Velásquez y Néstor Hugo Rey Bolaños no aportaron mayor conocimiento en cuanto a las afirmaciones de los hechos de la demanda y que fueron valorados desde una óptica que perjudica a la actora, siendo que, Colfondos, no aportó ninguna prueba; acotando que las manifestaciones de los testigos, no podían ser de otra manera, sino a partir de lo que les constaba, pues lo que aportan es la realidad de los hechos, esto es, que Hilda María Isaza Jaramillo, por ser la gerente debía dar ejemplo, afiliándose al fondo privado que gerenciaba, de manera que

no podían confirmar hechos irreales (f.º 21 a 30 del cuaderno de la Corte).

VII. RÉPLICA

Colfondos S. A., opone que la proposición jurídica presenta un dislate técnico, cuando la accionante procede a señalar como infringidas una serie de normas constitucionales, sin que se precise que trata de una violación de medio, siendo necesario, adicionalmente, citar otras disposiciones sustanciales.

Alude, que se echa al traste el cargo, porque desarrolla argumentos de puro derecho, propios de la vía directa, incurriendo así en una mixtura inadmisibles de vías en casación, siendo que las mismas son excluyentes, citando para ello a CSJ SL, 20 abr. 2012, rad. 36675.

Señala, que no se puede hablar de que la sentencia del Tribunal incurra en los errores de hecho planteados por la accionante, dado que ciertamente no obran pruebas de las cuales se pueda concluir válidamente vicios por error inducido o por dolo en el consentimiento al momento de suscribir el traslado de régimen. Tampoco se encuentra demostrada la desinformación a la demandante y nada más utópico que lo que pretende la actora quién se desempeñó como directora de Colfondos y de otros fondos de pensiones, al afirmar que fue víctima de error y que su consentimiento fue viciado, pues con la prueba allegada no logra patentizar el vicio del consentimiento y el error de su decisión de

proceder al traslado, concretado en el formulario de afiliación o traslado de régimen.

Sostiene, que en el interrogatorio rendido por la actora deja claro y admite que conocía el sistema de ahorro individual, agregando, que tal como lo conoció, lo transmitió a sus clientes y que estaba convencida de lo que estaba haciendo, de las bondades que tenía ese régimen, de manera que, desde el punto de vista de la entidad pensional, tal planteamiento por sí solo deja sin piso el recurso, pues considera que se está ante una prueba calificada que muestra que no hubo inducción al error, ni vicio en el consentimiento.

Afirma, con base, en lo referente a lo esbozado por la demandante, con respecto a que el *ad quem* no apreció la contestación del hecho octavo de la demanda por parte de Colfondos S. A., sugiere que tal afirmación, no logra tener la capacidad para que se concluya que hubo mala apreciación de esta pieza procesal, pues nada cambia la situación de la trabajadora, lo cierto es que resulta válido presumir que la demandante conocía los beneficios y condiciones del sistema de ahorro individual.

Plantea, respecto a las testimoniales que, las mismas no logran aclarar los hechos de la demanda, por tratarse por no ser testigos directos sino de oídas, por lo tanto, sus versiones carecen de fuerza probatoria; sosteniendo que, asiste razón al *ad quem* en que no se demostraron los engaños y la desinformación en el acto de afiliación.

Aduce, que debe tenerse en cuenta que solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 las administradoras de pensiones adquirieron la obligación de una estricta asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; resaltando que el Tribunal tomó en cuenta para desatar la sentencia de segunda instancia, un elemento que no pudo ser desvirtuado por el censor, como es el hecho de que al momento que la actora optó por el cambio de régimen pensional, no era beneficiaria del régimen de transición que define el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no tenía 15 años de servicios al 1º de abril de 1994. momento en que empezó a regir dicha ley (f.º 53 a 62 del cuaderno de la Corte).

Porvenir S. A., replica que la recurrente se equivoca, al estimar que el *ad quem* erró en la apreciación del formulario de traslado, sin mencionar en qué radica el error que solo puede ser admitido como error de hecho. Analiza, que no se aprecia en dónde estuvo el dolo, el error o el vicio de consentimiento y, al remitirse a las normas constitucionales que cita, así como, a las del sistema de pensiones, olvidó que, como acto jurídico que es, la decisión de traslado, ni la Constitución Política, ni la Ley 100 de 1993 lo regulan, necesariamente se debe remitir al Código Civil, no, porque se trate de un acto jurídico de tal naturaleza, sino, porque es el derecho común que con sus reglas que irradian a todo el derecho, plasma las particularidades que asumen los particulares en sus relaciones jurídicas.

Considera, que el cargo no está llamado a prosperar pues lo que enfatiza el Tribunal en la sentencia impugnada fue debidamente razonado en las consideraciones del fallo, sobre la capacidad exenta de culpa y los vicios del consentimiento que no prueba la recurrente al cuestionar la firma del formulario de vinculación y traslado, como tampoco probó en la causa la presión indebida el engaño o las artimañas que surgen con motivo del proceso, porque lo que declaró la demandante sobre el RAIS y su ulterior traslado a otra administradora de pensiones, es que se trataba de un asunto económico, dejando de lado que a la fecha del traslado inicial resultaba un imposible financiero elaborar una proyección a 12 o 15 años adelante.

Señala, que la carga de la prueba en estas materias se invierte y son las administradoras de pensiones las llamadas a demostrar que se brindó la información suficiente, so pena de incumplir con el deber de información a cargo de estas entidades no basta para sustraerse de demostrar que eso no sucedió. Deduce que en cuanto a la calidad de la afiliada, debe tenerse en cuenta que se trata de una abogada de profesión, asesora de una notaría, que fue directora de la oficina de Colfondos en Villavicencio encargada de captar afiliados para ese régimen pensional, sosteniendo que el cargo desempeñado fue confesado por la actora y, buscar afirmar que el *ad quem* tergiversó tal respuesta para tratar de argumentar en el recurso extraordinario que Colfondos lo negó, cuando quedo debidamente registrado en el interrogatorio no tiene asidero.

Explica que los testigos no aportaron nada distinto a afirmar, que la recurrente fue gerente de la entidad prestadora de servicios sociales, de manera que la argumentación expuesta en el cargo no tiene la fuerza suficiente para derruir lo expuesto por el Tribunal (f.º 38 a 41 del cuaderno de la Corte).

Colpensiones afirma, que la afiliación al sistema general de pensiones, es un acto jurídico que produce efectos desde cuando se entrega debidamente diligenciado el correspondiente formulario, en ese sentido, en el cambio de régimen se ha implementado una condición especial para la celebración o materialización del traslado, la cual se denomina el consentimiento informado.

Manifiesta, que dicha obligación surge teniendo en cuenta que existen afiliados que desconocen las diferencias de los regímenes pensionales, por tanto, las administradoras deben ilustrarlos de manera suficiente para que sea el afiliado quien defina y decida el régimen al cual desea pertenecer, apoyándose en la sentencia de esta Sala CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314.

Expone, que la afiliación ocurrió en vigencia del Decreto 663 de 1993, en el cual la exigencia para el traslado se constituía en un deber de información que quedaba plasmado en un formulario de afiliación; adicionalmente y que, la accionante, al momento de realizar el traslado ya se encontraba como gerente de la oficina de Villavicencio, es decir, ya tenía conocimiento experto del régimen al cual se

trasladaba. Por lo tanto, es obligación en caso como el analizado, aportar prueba sumaria y concluyente que demuestre la existencia de error, fuerza y dolo.

Postula, que existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, de acuerdo con la CSJ SL, 2017 rad. 17595, señaló que existe un deber de entregar información a la medida de la asimetría entre un administrador experto y un afiliado lego, es decir que, entre más experto el afiliado menos asimetría con la información del mercado

Con base en la variada jurisprudencia y el interrogatorio hecho a la accionante, afirma que no se evidencia un vicio del consentimiento y tampoco un error de hecho, ya que al momento de que la actora celebrara el acto jurídico de traslado de régimen, no consideraba que estaba celebrando un acto jurídico distinto; tampoco se evidencia dolo, por las supuestas presiones que sufrió por parte de Colfondos, con quien culminó su relación laboral el 24 de agosto de 2000, y a pesar de lo anterior, la demandante ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al trasladarse a la AFP BBVA Horizonte hoy Porvenir, el 14 de febrero de 2008.

Sostiene, que al manifestar Hilda María Isaza Jaramillo que se enteró de las desventajas del RAIS en el momento en que se resolvió su prestación, se concluye que, en el presente caso, es más un interés económico por el resultado de sus

decisiones que, la existencia de vicios del consentimiento, señalando que de conformidad con lo establecido en el artículo 1509 del CC, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento (f.º 70 a 73 *ibídem*).

VIII. CARGO SEGUNDO

Expresa, que el *ad quem* vulneró por la vía directa en la modalidad de infracción directa,

[...] los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; por aplicación indebida de los artículos 1740, 1741, 1742, 1743, 1508, 1509, 1510, y 1512 del Código Civil; igualmente los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 34, 36, 114, 141, 142 de la Ley 100 de 1993; artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990); artículos 48, 53, 228, y 230 de la Constitución Política de Colombia; Ley 797 de 2003, y del artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 de 1994; Decreto 720 de 1994 artículo 10; Decreto 1229 de 1994 artículos 4º y 5º; Decreto 1161 de 1994 artículo 3º.

Plantea, que, en el caso presente, el Colegiado *aplicó indebidamente* los artículos 13, 271 y «271 (*sic*)» de la Ley 100 de 1993, desconociendo los derechos irrenunciables que tenía a su haber y que sigue teniendo, como eran el de recibir un consentimiento informado, o asesoría por parte de sus empleadores y sus asesores, pues a pesar que se demuestra fehacientemente que no la prepararon sobre las desventajas que tenía el régimen de ahorro individual, como quiera que claramente al entrar en vigencia la anterior ley, el 1º de abril de 1994, la trabajadora contaba con 37 años, circunstancia que en los términos del artículo 36 de dicha ley, le permitía continuar en el régimen de transición, y así pensionarse bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990.

Agrega, que desde la expedición de los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, como el 720 de 1994, que en su artículo 12 estableció la obligación de los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones, de suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, es así como la carga de la prueba queda en manos del fondo demandado con el fin de demostrar que el afiliado recibió toda la asesoría necesaria para que el traslado de régimen se produjera de forma suficientemente informada, con plena conciencia de su alcance, y no se puede suplir con la simple suscripción del formulario de afiliación.

Precisa, que el Tribunal desconoció los mandatos de la Ley 100 de 1993, al no darle a las normas denunciadas la connotación literal y auténtica que la constitución, la ley y la jurisprudencia le vienen dando, como quiera que se trata de un derecho mínimo, fundamental e irrenunciable como lo es la pensión de vejez, que compromete el mínimo vital de la trabajadora, y se menoscaba al negarle su derecho, su libertad y su dignidad humana (f.º 30 a 32 del cuaderno de la Corte).

IX. RÉPLICA

Colfondos S. A., argumenta, que el cargo presenta un error técnico grave en cuanto trata al mismo tiempo argumentos del puro derecho y fácticos, lo cual lleva a su

improsperidad, pues la mixtura de la vía directa, con la vía indirecta, por violaciones de la ley, son excluyentes en su manejo en un mismo cargo, apoyándose en la sentencia CSJ SL, 20 abril 2010, rad. 36675, para señalar que la providencia del Tribunal está conforme a derecho, en especial, porque no considero acreditado ningún vicio del consentimiento que comportara error, fuerza o dolo (f.º 63 a 64 del cuaderno de la Corte).

Porvenir S. A., arguye, que se corrobora que la recurrente hizo uso de la libertad de selección, sin barrera alguna y sin menoscabo de su selección libre y voluntaria, puesto que si hubiera sucedido algo distinto, ha debido probarlo, pero no lo hizo, razón por la cual no es este el momento procesal para discutir algo que acepta la recurrente, que hizo uso de su entera libertad de selección, por lo que el *ad quem* aplicó en debida forma las normas citadas.

Respecto a la indebida aplicación de los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, considera que no existe prueba alguna en instancia que concluya en esa afirmación de haber atentado la primera administradora Colfondos contra el ejercicio libre y voluntario de la recurrente y mucho menos cuando, años después, optó por trasladarse de administradora vinculándose a hoy Porvenir S. A., por manera que este es un supuesto no probado por la recurrente que basta para afirmar que el cargo no prospere, ya que no se pueden hacer aseveraciones sin prueba alguna.

Declara, que se tiene probado que la recurrente desempeñaba un cargo de dirección en una administradora de pensiones, que es de profesión abogado, asesora de una notaría, es decir, no se trata de una persona ignorante, por lo que no cabe aceptar que fue engañada, que no se le informó sobre las características del nuevo sistema de pensiones.

Aduce, que señalar que al 1º de abril de 1994 tenía 37 años y, que por tal razón, era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin alcanzar las 750 semanas fijadas por esa misma norma, afirmando que el Acto Legislativo 01 de 2005 creó una especie de nuevo régimen de transición al afirmar que a su vigencia ya había cumplido más de 750 semanas, constituye un exabrupto, porque el parágrafo 4º nunca estableció esa posibilidad, pues simplemente afirma que, quienes estando en el régimen de transición tengan cumplidas las 750 semanas, se les mantendrá el mismo hasta el 31 de diciembre de 2014, indicando que, se equivoca la recurrente al señalar que como a la fecha de vigencia del AL tenía cotizadas 1042 semanas, pues solo contaba con 445,02 semanas, lejos del mínimo de 750 que son las necesarias para ser reconocida como beneficiaria de la transición.

Destaca, que la Corte Constitucional ha precisado en las sentencias CC SU-692-2010 y la CC SU-130-2013 que el requisito primordial para recuperar el régimen de transición, no es tener la edad de 35 o 40 años, mujer u hombre al 1º de abril de 1994, sino tener 15 o más años cotizados o servidos,

o un mínimo de 750 semanas cotizadas a esa misma fecha, bien al ISS o a una entidad, fondo previsional o caja de pensiones de los regímenes pensionales anteriores.

Concluye, que el Tribunal acertó en su decisión confirmatoria de la decisión del *a quo*, por cuanto el alegato de la recurrente en casación no resulta exitoso para derruir la sentencia del *ad quem*, en razón de que las disposiciones estimadas por la recurrente como violadas en su aplicación no son correctas, trayendo a colación que para recuperar el régimen de transición era necesario cumplir con el requisito señalado por la Corte Constitucional de tener cumplidos 15 o más años de servicios al 10 de abril de 1994 (f.º 41 a 45 del cuaderno de la Corte).

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, analiza que se evidencia que el recurrente presenta una deficiencia de técnica en el cargo al formular la causa como infracción directa, la cual se produce cuando el Tribunal ignora la existencia de norma o se rebela contra ella y se niega a reconocerle validez y por lo tanto, deja de aplicarse para resolverse el caso, para secundar su argumento cito la sentencia de CSJ SL, 18 oct. 2005, rad. 26560 (f.º 73 *ibidem*).

X. CONSIDERACIONES

Antes de resolver, se pone de presente que no le asiste razón al reparo técnico advertido por Colfondos S. A. al cargo primero, en lo relacionado a la integración de la proposición

jurídica, dado que no solo denuncia normas que empleó el Tribunal para determinar los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, sino, porque esta Sala tiene decantado que los principios constitucionales cuentan con un innegable contenido sustancial y, por ende, pueden ser acusados en casación, sin que sea necesario acudir a la violación de medio (CSJ SL4546-2018 reiterada en CSJ SL2877-2020).

Así mismo, debe decirse que en sede extraordinaria, no siempre que se acude a la exposición de elementos jurídicos en apoyo de planteamientos fácticos se incurre en una mezcla inadecuada de vías, como lo es, que la censura para enderezar sus inconformidades en torno a la valoración de algunas de las pruebas que denuncia, necesariamente tenga que referirse a quién correspondía en este caso la carga de la prueba o a la validez de la confesión contenida en el interrogatorio de parte, aunado a la circunstancia de que, estos temas, en todo caso quedarían superados en la medida que los cargos se entran a resolver de manera conjunta.

Aclarado lo anterior, procede la Sala a resolver, teniendo como temas indiscutidos: *i)* que la recurrente nació el 12 de septiembre de 1956, por lo que cumplió 55 años de edad el mismo día y mes de 2011 (f.º 14); *ii)* que para el 10 de abril de 1994 contaba con 37 años de edad y 445,02 semanas de cotizaciones; *iii)* que aportó al ISS hoy Colpensiones del 16 de octubre 1984 al 30 de septiembre 1999 un total de 627.46 semanas (f.º 31, 134, 135); *iv)* que el 30 de agosto de 1999 se trasladó al RAIS, vinculándose a la AFP Colfondos (f.º 221),

quien en ese entonces era su empleador y, *v*) que el 14 febrero 2008 hizo su paso a la AFP BBVA Horizonte hoy Porvenir S. A. (f.º 187).

Teniendo en cuenta ello, el Tribunal fundamentó su decisión en:

i) que Hilda María Isaza Jaramillo se trasladó del RPMPD al RAIS a través de la AFP Colfondos S. A. el 30 de agosto de 1999.

ii) que para la data del traslado, trabajaba al servicio de Colfondos S. A., desempeñándose como gerente de la oficina en la ciudad Villavicencio, desde hacía más de 4 meses.

iii) que el acto jurídico se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, con cumplimiento de las solemnidades legales, por escrito y, previo a esa manifestación, se produjeron los efectos jurídicos pertinentes, dado que no se acreditó que al momento de efectuar el traslado al RAIS hubiese incurrido en error al considerar que estaba celebrando un acto jurídico distinto, ni tampoco se estableció en el proceso la existencia del dolo consistente en coacción artificios o engaños de parte de la AFP en su condición de empleadora, como lo pretendió dar a entender Isaza Jaramillo.

iv) que la manifestación de voluntad del traslado se efectuó con el diligenciamiento y suscripción del formulario pre impreso de vinculación.

v) que los testigos solo fueron contestes al cargo desempeñado por la accionante en Colfondos S. A., informando que su traslado aparentemente se dio, porque debía dar ejemplo al vender ese producto.

vi) que había lugar a confirmar la conclusión del *a quo* en el sentido que, Hilda María Isaza Jaramillo tenía conocimiento de las implicaciones de su cambio de régimen pensional en su condición de gerente de oficina, calidad ejercida desde más de 4 meses anteriores a la decisión.

vii) que ello quedó clarificado en el interrogatorio de parte de la demandante, cuando asintió que para su traslado estaba convencida de las bondades y ventajas del sistema y el desbarajuste del ISS en esa época; que en el 2008 no retornó al hoy Colpensiones sino se pasó a BBVA Horizonte hoy Porvenir S. A., porque le ofrecía mayores rendimientos financieros, lo que le garantizaba una mayor mesada pensional; y, que, solo se dio cuenta de las consecuencias menos beneficiosas, cuando cumplió la edad para pensionarse, entre otros aspectos, porque el capital no le alcanzaba para adquirir su derecho.

viii) que de la confesión del interrogatorio de parte se podía establecer que la demandante contó con la información suficiente para prestar su consentimiento libre de vicios, sin que se observara presión alguna ni indebida en su libre escogencia que pudiera dar lugar a la ineficacia en los términos del artículo 71 de la Ley 100 de 1993.

ix) que el tema de la demandante no era de violación o existencia de vicios del consentimiento, sino de la verificación del resultado de sus decisiones que, en todo caso, no era posible establecer en el momento de la efectividad del traslado; y

x) que la accionante contaba tan solo con una expectativa de pensión, por faltarle más de 12 años en ese momento, para consolidar su derecho.

La censura radica su inconformidad en la equivocación del *ad quem* al concluir que el traslado de régimen pensional de Hilda María Isaza Jaramillo, fue realizado de manera libre, espontánea y sin presiones, al manifestar su voluntad con el diligenciamiento y suscripción del formulario preimpreso de vinculación y, entendiendo que conocía de todas las incidencias de su decisión sin haber mediado coacción por parte de su empleador por no existir soporte procesal al respecto y teniendo en cuenta el cargo que como gerente de la oficina de Colfondos S. A. desempeñaba para esa época, lo cual corroboró a partir de su interrogatorio de parte.

En tal sentido, por razones metodológicas, corresponde a la Sala dilucidar si, el Tribunal incurrió en error al tener por libre y voluntario el acto jurídico a través del cual Hilda María Isaza Jaramillo pasó de ser afiliada del régimen de prima media con prestación definida -RPMPD-, administrado por el ISS hoy Colpensiones, al de ahorro individual con solidaridad -RAIS-, a cargo de las administradoras privadas

de fondos de pensiones -AFP- como Colfondos S. A. y posteriormente BBVA Horizonte hoy Porvenir S. A., a pesar que la primera de ellas no le brindó información acerca de las desventajas que comprometían su derecho pensional, específicamente, el no informar la pérdida de su régimen de transición inserto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Desde ya, en principio, se evidencia error del Colegiado, por cuanto la posición actual de esta Sala, tiene establecido que, para efectos de la eficacia del traslado de régimen pensional, no se sule el deber de información de parte de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS a los afiliados, con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, por constituir de suyo, una expresión genérica, que no consulta con la necesidad de que a las personas antes de la concreción del acto jurídico les sean informadas verdaderamente las incidencias que, respecto a sus prestaciones pensionales puedan tener, para lo cual, es necesario que se cuente adicionalmente con un consentimiento informado, correspondiéndole a las AFP suplir la carga de la prueba, documentando que se comunicó a plenitud los efectos que traen consigo el cambio de régimen.

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, esta Sala se ocupó de analizar: *«(i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida*

cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado».

Explicó que,

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede 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.

En efecto, textualmente, la Sala adoctrinó en la sentencia que viene de citarse:

1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el

cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «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».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero 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.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse

por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiper regulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento

de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

[...]

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3.º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, **asesoría** e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, **asesoría** e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.º de ese reglamento en los siguientes términos:

[...]

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

[...]

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

[...]

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	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

	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, 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:

[...]

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 (CSJ SL1689-2019) (Negrillas y resaltado dentro del texto).

De lo expuesto se decanta, que si bien el Tribunal no podía dar por acreditado que a la accionante se le brindó la información necesaria para efectos del traslado del RPMPD al RAIS por el hecho de haber diligenciado el formulario pre impreso de vinculación, en tanto que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, los fondos privados de pensiones deben demostrar la existencia de un consentimiento informado del afiliado, atribuyendo a las AFP la carga de la prueba, por precisar que, el afectado que alega no haber recibido la información debida, como sucedió con Hilda María Isaza Jaramillo, se encontraría 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».

Sin embargo, si bien la inversión de la carga de la prueba en estos eventos opera en favor de los afiliados, al comparar que dentro de la relación, los mismos se constituyen en la parte débil del vínculo contractual, como sucede en el sector financiero, donde las entidades cuentan con una posición superior *«en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación»*, para este caso en particular, para la Sala, aunque desde lo previamente explicado los cargos se muestran fundados, en instancia se llegaría a la misma conclusión absoluta, porque allí se parte de la existencia de un *«trabajador que no puede acreditar que no recibió información»*, lo cual no sucedió respecto a la actora.

Para esta Corporación, del análisis del contenido del interrogatorio de parte vertido por Hilda María Isaza Jaramillo aflora que, no es creíble que ella, en su calidad de representante del empleador, en los términos del artículo 32 del CST, teniendo en cuenta su línea jerárquica como gerente, la cual la colocaba en una posición superior frente a cualquier afiliado para efectos probatorios, luego de confesar que su paso al RAIS lo hizo con la intención de dar ejemplo al personal a su cargo, esto es, una serie de asesores comerciales, y se extendiera explicando que estaba convencida de las bondades del sistema, tanto en materia de beneficios como rentabilidad, al punto de manifestar que en el año 2008 decidió pasarse a BBVA Horizonte hoy Porvenir

S. A. y no retornar al RPMPD, atraída por los rendimientos financieros, mencione al final que nunca se enteró de la posibilidad de la pérdida de su régimen de transición, como consecuencia de su decisión en 1999, por lo cual, para evidenciar lo dicho, se pasa a transcribir el audio mencionado (f.º 271 Cd, minutos 12:14 a 21:10 del cuaderno principal):

Preguntado: ¿Qué grado de estudios tiene y a qué se dedica en la actualidad?

Responde: Yo soy abogada y soy asesora jurídica de la Notaría 77 Bogotá.

[...]

Preguntado: Buenas tardes, señora Isaza, ¿podría por favor comentarle al despacho cuál fue la presión que ejerció Colfondos para que usted se trasladara a este fondo de pensiones?

Responde: Una presión indirecta en el sentido de que yo estuve vinculada con fondos como directora de la oficina de Villavicencio y dentro de mis labores estaba el de captar afiliados para el régimen, para el régimen de pensiones y cesantías y como cabeza de la organización debería ser el ejemplo para para seguir.

Preguntado: Si usted conocía y conoce, digamos, el sistema y cómo funciona el régimen de ahorro individual, ¿por qué continúa en el régimen?

Responde: Yo lo conocí y cómo lo conocí y cómo lo transmití, estaba convencida de lo que estaba haciendo.

Preguntado: ¿En qué momento usted cree o conoce las desventajas del régimen de ahorro individual?

Responde: En el momento en que solicité mi pensión.

Preguntado: En ningún momento antes, conociendo, digamos, las condiciones del régimen y trabajando, consideró que eran desfavorables antes de solicitar su pensión en alguna oportunidad por los rumores que se habían, ¿en el ambiente del desbarajuste que había en el Seguro Social?

Responde: No, perdón. Ese momento es donde yo me traslado del Seguro Social a fondo privado, porque estaba convencida de las bondades que tenía y de el desbarajuste del Seguro Social.

Cuando ya empezaron a acumularse los descalabros en las reclamaciones de las pensiones, yo quise volverme a Colpensiones y no fui aceptado.

Preguntado: En algún momento solicitó a Colfondos un cálculo de suspensión información acerca de las condiciones de su situación pensional antes de solicitar la pensión, como nos lo manifestó anteriormente a Colfondos.

Responde: No, Colfondos no.

Preguntado: ¿Le puede indicar al despacho usted qué clase de información daba a los afiliados?

Responde: La misma que el fondo me transmitía a mí. Eso fue en el año 99, ya en este momento, pues no lo tengo tan fresco, pero sí eran muchas ventajas, muchas ventajas diferentes a la de la pensión con Colpensiones hoy; era una pensión anticipada, unos montos de mesadas atencionales más o menos tres veces mayor que la que podía recibir con el Seguro Social. En ese entonces podíamos obtener préstamos para estudios, para los hijos, para vivienda. Esos eran, digamos, un mundo de beneficios que se les ofrecían y que nos ofrecían a nosotros para hacer la captación. En ese momento estoy hablando del año 99-2000.

Preguntado: Usted, cuánto tiempo duró ejerciendo ese trabajo como asesora comercial de personas.

Respuesta: Como un año y medio año, año y medio por ahí.

Preguntado: Pero precisemos para que completemos la pregunta. No sé si en algún momento ya mencionó que ejerció alguna actividad o algún cargo de asesora comercial. ¿No sé si fue esa las palabras que utilizó, pero entonces si no fue así, precise que cargo tuvo usted para Colfondos?

Responde: Para la época año 1999 y al año siguiente fui gerente de la sucursal Villavicencio de Colfondos.

Preguntado: Entonces no entiendo, usted dice que fue gerente de la sucursal de Colfondos, sin embargo, dice que su trabajo se ha encaminado a captar afiliados.

Responde: Claro, claro, con una fuerza de ventas, claro, se brindaba asesorías, claro, y también acompañamiento y asesoría y captación, porque como gerente de la sucursal y como sucursal tenía unas metas que cumplir De captación de afiliados, entonces tanto los asesores comerciales como yo teníamos, teníamos cuotas.

Preguntado: ¿Usted por qué se trasladó al fondo de Pensiones Horizonte en el año 2008, en vez de retornar al régimen de prima media con prestación definida?

[...]

Reformula ...

Responde: [...] lo hice, porque seguía convencida y porque era digamos que a quien ofrezca más. En ese momento Horizonte estaba ofreciendo mayores rendimientos en los valores depositados y eso me garantizaba todavía aún más una mejor mesada.

[...]

Preguntado: [...] ¿Por qué en vez de cambiar a otro fondo privado, no se devolvió a Colpensiones?

Responde: Gracias porque estaba convencida.

Preguntado: ¿En qué momento dejó de estar convencida, año? O sea, ¿qué sucedió para que usted no se quisiera?

[...]

Reformula....

Preguntado: [...] En qué año solicitó la pensión?

00:20:19

Responde: El año no lo tengo acá, pero cuando cumplí 55 años.

Preguntado: ¿El fondo le reconoce la pensión se la negó?

Responde: Me la negó, obviamente, porque ya no eran 55, sino 57 y porque el capital que había en ese momento no alcanzaba.

Preguntado: ¿Usted durante su permanencia en Colfondos o en el fondo de Horizonte hoy porvenir, en algún momento se acercó a averiguar sobre una simulación pensional antes de los requisitos para adquirir la pensión?

Responde: En el momento en que fui a hacer una solicitud de pensión, antes no.

Preguntado: Usted durante el tiempo de permanencia, se acercó a Colfondos o a Horizonte a ahondar más sobre la información, ¿teniendo en cuenta que ella venía con unos antecedentes y un conocimiento de los fondos privados?

Responde: No

Así, es ostensible, que en ejercicio de las facultades de la sana crítica, sea procedente que resulte que, la demandante, de profesión abogada y ejerciendo como asesora jurídica de una Notaría; vinculada para la data del traslado como gerente de oficina -situación supuestamente negada en la contestación al hecho 8º de la demanda-; que toma la decisión para dar ejemplo a sus subalternos; que confiesa haber actuado «*convencida de lo que estaba haciendo*», especialmente motivada por los rendimientos financieros; que dentro de sus funciones estaba brindar asesoría a los afiliados, acompañamiento y captación; con manejo de asesores comerciales a cargo y que no retornó en 2008 al RPMPD con el mismo argumento; mencione como un hecho indefinido que nunca se le dijo que de las consecuencias respecto a la pérdida del régimen de transición, siendo que del ejercicio de su actividad debió estar plenamente enterada, pues pensar lo contrario significaría, contra las reglas de la experiencia, que ejerció su labor de dirección con negligencia al inducir a error no solo a los empleados a su cargo, sino al sinnúmero de personas que lograron captar durante el lapso que perduró su vinculación a la AFP.

Por lo dicho, los cargos, aunque resultan fundados, no se declaran prósperos por las razones acabadas de explicar.

Sin costas en el recurso extraordinario.


XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **HILDA MARIA ISAZA JARAMILLO** contra **COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-.**

Costas como se dijo en la parte motiva.

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


SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO


CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA



CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

2020

Sala de Casación Laboral

Sala de Casación Laboral

Sala de Casación Laboral

Sala r

casación Laboral ©2020

Sala de Casación Laboral ©2020

Sala de Casación Laboral ©2020

Sala de Casación

Laboral ©2020

Sala de Casación Laboral ©2020

Sala de Casación Laboral ©2020

Sala de Casación Laboral

2020

Sala de Casación Laboral ©2020

Sala de Casación Laboral ©2020

Sala de Casación Laboral ©2020