LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ
Magistrado ponente

SL3349-2021
Radicación n.° 88826
Acta 28

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **CÉSAR AUGUSTO RODRÍGUEZ CELY**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 23 de octubre de 2019 en el proceso que instauró el recurrente contra **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS SA** y **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

AUTO

Se reconoce personería a Diego Alejandro Rodríguez Ramírez, identificado con CC n.° 1020.786.332 y TP n.° 315134 del CSJ, como apoderado de Skandia Pensiones y Cesantías SA.

Téngase a World Legal Corporation SAS, representada legalmente por Miguel Ángel Ramírez Gaitán, identificado con CC n.° 80.421.257, como apoderada de Colpensiones, para los efectos y en los términos del poder conferido.

Se reconoce a Luis Enrique Salinas López, identificado con CC n.° 9.873.975 y TP n.° 186558 del CSJ, como apoderado sustituto de Colpensiones, para los efectos y en los términos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogado en el Registro Nacional de Abogados – SIRNA, a efectos de lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020.

I. ANTECEDENTES

César Augusto Rodríguez Cely persiguió mediante demanda laboral ordinaria (f.° 2 a 25) que se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad de la AFP Old Mutual SA, por cuanto no fue informado suficiente, veraz e idóneamente sobre los regímenes pensionales y de las eventuales condiciones pensionales a las que tendría derecho y, como consecuencia, *i)* se condenara a Old Mutual SA a trasladar los valores de los aportes obligatorios y los rendimientos que posea en la cuenta del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; *ii)* se condenara a Colpensiones a recibir los anteriores aportes como administradora del Régimen de Prima Media con prestación definida; y *iii)* se condenara a lo probado extra y ultra petita y las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, básicamente, en que: *i)* nació el 03 de febrero de 1962; *ii)* a la presentación de la demanda contaba con 56 años de edad; *iii)* se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 01 de febrero de 1980; *iv)* el 24 de julio de 1998 se le hizo firmar, sin ningún tipo de asesoría, un formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a Pensionar – Old Mutual SA; *v)* el 25 de junio de 2009 se le hizo firmar, sin ningún tipo de asesoría, formulario de afiliación con Old Mutual SA; *vi)* en las dos (2) ocasiones en que estuvo vinculado con Old Mutual SA, los asesores de dicho fondo no le brindaron la asesoría adecuada y, como consecuencia, no pudo adoptar una decisión basada en una comparación objetiva y previa entre los dos regímenes pensionales.

Al dar respuesta a la demanda (f.° 77 a 80), Colpensiones se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como ciertos la fecha de nacimiento del demandado, la edad y la afiliación al Instituto de Seguros Sociales el 01 de febrero de 1980; de los demás hechos dijo que no le constaban. Sostuvo que la afiliación al RAIS por parte del actor tiene plena validez, por cuanto no se logra acreditar ningún vicio del consentimiento: error, violencia o dolo y permaneció vinculado a él por más de 19 años; que a la fecha de solicitud del cambio de régimen al actor le faltan menos de 10 años para la edad de pensión en el RPM, por lo cual cae en la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1093 y tampoco goza de la posibilidad de retorno en cualquier tiempo, por cuanto no tenía acreditados 15 años de servicios o 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia

del sistema general de pensiones, esto es, al 01 de abril de 1994. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad; cobro de lo no debido; buena fe y *«declaratoria de otras excepciones»*.

Por su parte, Old Mutual SA al contestar la demanda (f.° 90 a 114), se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como ciertos la fecha de nacimiento del demandado, la edad, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales el 01 de febrero de 1980 y la no entrega del reglamento de funcionamiento del fondo, porque los afiliados lo pueden consultar en la página de la entidad. De los demás hechos manifestó que no eran tales, no eran ciertos o no le constaban. Adujo que el acto de afiliación del actor fue válido y carece de cualquier tipo de nulidad absoluta o relativa; las asesorías que brinda el fondo se realizan con personal idóneo y capacitado y tienen plena validez; el actor realizó dos (2) traslados al RAIS, tuvo dos oportunidades de retracto y no las ejerció; a la fecha de solicitud del nuevo traslado al RPM al actor le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión en dicho régimen y, por tanto, le aplica la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante

fallo de 05 de febrero de 2019 (f.° 144 a 146 y archivo digital), resolvió:

> PRIMERO: ABSOLVER A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPESNIONES (sic) Y A OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS (sic) S.A., DE TODAS LAS PETICIONES INCOADAS EN SU CONTRA POR EL DEMANDANTE CESAR (sic) AGUSTO RODRIGUEZ (sic) CELY, POR LO EXPUESTO ANTERIORMEMTE (sic).
>
> SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS A LA DEMANDANTE POR EL VALOR DE ($700.000.oo)

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por fallo de 23 de octubre de 2019 (f.° 153 a 153 vto. y archivo digital), desató la apelación formulada por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia y resolvió:

> PRIMERO: CONFIRMAR La sentencia proferida el 5 de febrero de 2019 por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.
>
> SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal determinó que el problema jurídico a resolver consistía en dilucidar si la AFP Old Mutual omitió su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen y, por tanto, si debía declararse la nulidad y/o la ineficacia de los distintos traslados al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuados por éste.

A continuación, el Colegiado de instancia se planteó como interrogante inicial si el asunto debía abordarse desde la óptica de la nulidad o la de la ineficacia y concluyó en ese particular punto que, de conformidad con lo señalado en la sentencia CSJ SL2954-2019, *«[…] lo que procede es estudiar la ineficacia del traslado […]»*.

Para resolver el problema jurídico, el juez vertical manifestó que acogía el precedente de la sentencia CSJ SL, 08 sep. 2008, rad. 31986, en relación con el deber de información por parte de las administradoras de fondos pensionales, que son calificadas como entidades de carácter previsional, lo cual se traduce que en que están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a tal calidad, en tanto concierne al interés público desde la perspectiva del artículo 48, así como del art. 335 de la Constitución Política.

Como la obligación de las administradoras es de carácter profesional, tienen *«[…] el deber de cumplir puntualmente con suma diligencia con prudencia y pericia las obligaciones que taxativamente le señalan las normas en especial los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas como lo manda el artículo 1603 del código civil regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente legal, reglamentaria o contractual […]»*

En ese orden, el deber de información *»[…] comprende todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación*

hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, pues las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, obligación emanada de la buena fe y la transparencia que debió estar sujeta a vigilancia».

Sobre cuál es el tipo de información que se debe brindar, acudió a lo señalado en la sentencia CSJ SL1688-2019, en la cual se indicó que debe evaluarse el suministro de la información de acuerdo con el momento histórico en el cual debía cumplirse, *«[…] siendo claro que lo que se exige es que la información haya sido brindada en el momento del traslado de régimen y no con posterioridad a dicho acto jurídico […]»* , así como reseñó que en la providencia CSJ SL12136-2014 se dijo que la información no puede ser genérica *[…] de allí que desde el inicio haya correspondido a las administradoras de fondos de pensiones dar cuenta que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* y, acto seguido, hizo un recuento normativo de las exigencias legales que en cada etapa ha tenido el mentado deber (Decreto 663 de 1993; Ley 795 de 2003; Ley 1328 de 2009).

En relación con el *«buen consejo»* expresó que la Corte ha indicado que la decisión del afiliado debe conjugar un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales, acorde con su situación individual, *«[…] más la*

opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora», lo cual supone *«[…] el estudio de los antecedentes del afiliado, edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar etcétera, sus datos relevantes y expectativas personales […]»*

En cuanto al consentimiento vertido en el formulario de información, se apoyó en lo dicho en la sentencia CSJ SL19447-2017, reiterada en la CSJ SL1688-2019, en las cuales se asentó que las afirmaciones hechas en los formularios, en formatos preimpresos, respecto de que la afiliación ha sido libre, espontánea y sin presiones *«[…] no son por sí solas suficientes para dar por demostrado el deber de información; dichas expresiones a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado, pues no se trataba únicamente de completar un formato ni adherirse a una cláusula genérica sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad»*.

En lo que toca con la inversión de la carga de prueba en favor del afiliado, aseguró que la Corte ha sostenido que si el afiliado afirma no haber recibido la información debida, acorde con el artículo 1604 del Código Civil, corresponde a la AFP *«[…] acreditar que realizó todas las actuaciones necesarias para que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen»*, lo cual entraña, además de lo señalado en la disposición legal, un elemento de justicia, en la medida en que los fondos, por diversas razones, se encuentran en

mejor posición para acreditar el cumplimiento del deber que les atañe.

También referenció que según la jurisprudencia de la Corte *«[…] ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con la suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP privada por incumplimiento del deber de información»*, por el contrario, la regla identificable es que las administradoras del RAIS deben suministrar la información con las características ya reseñadas, sin que tenga incidencia *«[…] si se tiene o no un beneficio transicional, si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo independientemente de la etapa en que se encuentre el afiliado»*.

Frente al caso concreto, examinó la historia laboral del actor para comprobar que se afilió al Seguro Social el 01 de febrero de 1980 (f.° 86); que se trasladó a Pensionar hoy Old Mutual a partir del 24 de julio de 1998, según consta en el formulario de afiliación (f.° 115); que retornó al RPM administrado por el ISS el 01 de agosto de 2004 y que, finalmente, el 01 de agosto de 2009 volvió al RAIS (f.° 45).

Aseveró que en el presente caso el fondo sí demostró que cumplió con el deber de suministrar la información necesaria, pues,

[…] conforme se advierte del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, pues al ser formulado por la apoderada de la **AFP OLD MUTUAL,** ésta logra la confesión del señor Rodríguez Cely en torno a la asesoría que le fue brindada por los asesores de la sociedad en mención, la cual a juicio de la Sala mayoritaria reúne las condiciones establecidas por la jurisprudencia y la ley para que el consentimiento dado al trasladarse en dos oportunidades al régimen de ahorro individual con solidaridad fuera libre y voluntario; al respecto nótese que el demandante a minuto 52:54 del audio contenido en el CD obrante a folio 144, indicó que al momento de realizar su traslado a lo que era **PENSIONAR** en el año 1998, la empresa para la cual trabajaba LLOYDS BANK, le ofreció a él y a los demás trabajadores un incentivo para efectuar la afiliación a dicho fondo consistente en hacer aportes voluntarios adicionales a las cotizaciones obligatorias en materia pensional, que al momento en que se iba a efectuar el traslado le informaron que "*lo que ahorraban no tenían que compartirlo con ninguna persona, es decir que a diferencia de régimen de prima media del Seguro Social no se subsidiaba ninguna otra persona sino que lo que uno aportaba finalmente iba a recibirlo uno directamente y no ningún tercero*" fin de la cita textual y de las palabras del demandante. Igualmente indicó que le informaron sobre la rentabilidad que la **AFP OLD MUTUAL** había tenido en períodos previos correspondiente a la administración de los portafolios en los que se invertían los recursos que ésta manejaba lo cual era contrastado con el Instituto de Seguros Sociales pues esta entidad se describía como un ente que presentaba muchos problemas internos de desorden y corrupción, el cual finalmente podría terminar en liquidación.

De otro lado señaló que se le informó que su mesada pensional o el valor de su mesada pensional estaría relacionada con lo que tuviera ahorrado en su cuenta; que en el 2009 después de haber regresado nuevamente al Instituto de Seguros Sociales se trasladó por segunda vez a **SKANDIA,** en tanto fue buscado por el asesor de dicha sociedad quien tenía toda su información personal, cómo se llamaba, cuántos años tenía en la empresa y el valor de su salario, llegando así con una información preliminar faltándole lo relacionado con su historia laboral, de manera que se debía dar una autorización para que el asesor pudiera generar la del Seguro Social después de negar que le hicieran un estudio económico resaltó que además le indicaron que era ideal realizar de manera adicional a los aportes obligatorios cotizaciones voluntarias para mejorar su situación financiera al final cuando acreditara los requisitos para pensionarse; que el asesor del fondo refirió de manera principal que **SKANDIA** era solidez financiera versus la situación del Seguro Social. Adujo que en el año 1998 y en el año 2009 no tenía mucha preocupación por saber los requisitos necesarios para pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida, pues su motivación estaba enfocada a obtener el mayor beneficio económico para este momento; que en el año 2004

> regreso al Instituto de Seguros Sociales porque su empleador presentó mora de dos años y el fondo de pensiones no efectuó ningún trámite al respecto, de manera que aunque dicha situación no se relacionó con un tema económico le generó más confianza el fondo público; que además en el año 2014 se enteró que el valor de su mesada pensional no sería la esperada.

De lo anterior concluyó el Tribunal que la AFP le explicó de manera comparada el alcance de los dos regímenes pensionales; igualmente, que le fueron referidas las condiciones que caracterizan el RAIS; además *«[…] fue asesorado por personas que sabían de su situación particular pues él mismo dijo que en el año 2009 los asesores llegaron con una información preliminar, esto es su nombre, salario, antigüedad en la empresa faltándole únicamente lo relacionado con su historia laboral a la cual en todo caso tuvieron acceso por autorización del demandante»*

Así las cosas, el juez colectivo coligió que no era posible, como lo pretendió el demandante, derivar que por parte de la AFP *«[…] no se le brindó una asesoría clara, oportuna y de calidad, pues lo cierto es que de su dicho claramente puede establecerse que efectivamente ocurrió todo lo contrario siendo el caso precisar que no era posible que el fondo de pensiones a la fecha de sus traslados determinará con certeza el valor de la pensión del actor toda vez que la misma iba a depender de los salarios que percibiera durante toda su vida laboral».*

En esas condiciones, el juez colegiado encontró claro que el actor conocía los riesgos que aparejaba el cambio de régimen, el cual ya había efectuado no una sino dos veces, ya que, contrario a lo afirmado en la demanda, él conocía que

el fondo de ahorro privado se sujetaba a la dinámica del mercado y no era dable esperar que en su segundo retorno al RAIS obtuviera una pensión cercana a las expectativas originales, puesto que al haber retornado al RPM *«[…] pudo perder los rendimientos que obtuvo en su primera vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad en la medida que al regresar a este el dinero retornado se corresponde con el número de semanas que reportó en el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES y no con las sumas que se trasladaron a esa entidad en su segunda afiliación»*

El Tribunal advirtió que el demandante en su interrogatorio de parte depuso que en la asesoría que le fue dada en el año 1998, previo a su primer traslado al RAIS, le resaltaron las dificultades financieras que presentaba el ISS, pero lo cierto es que ello no tuvo incidencia en el cambio de régimen efectuado en ese momento, pues decidió volver al ISS hoy Colpensiones en el año 2004 *«[…] aduciendo mayor confianza en dicha entidad dados los inconvenientes que presentó en su historia laboral a causa de una mora patronal, los cuales a su juicio no fueron solucionados de manera oportuna por el fondo de pensiones privado demando (sic)».*

Finalmente, el juez plural destacó que *«[…] si bien esta Sala ha admitido en múltiples casos declarar la ineficacia de traslados realizados al régimen de ahorro individual con solidaridad no es procedente asumir la misma posición en este caso, en tanto en aquellas oportunidades no se verificó que las administradoras de fondos de pensiones privadas demandadas hubieren asumido la carga de probar el*

cumplimiento del deber de información en los términos ya anotados, situación que no se corresponde con el sub examine[…]».

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante en instancias, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, revoque la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, *«[…] condene a la demandada conforme a las pretensiones de la demanda inicial».*

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, los cuales merecieron réplica y se estudiarán conjuntamente al ser formulados por la misma vía, acusar similar elenco normativo, buscar la misma finalidad y esgrimir argumentos complementarios.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, *«y por violación de medio de los artículos 191, 196 del C.G. del P. y como consecuencia de ésta, de los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993; artículo 14 y 15 del*

Decreto 656 de 1994; artículo 21 de la Ley 795 de 2003; artículos 2 y 9 de la Ley 797 de 2003; artículo 1 del Decreto 3800 de 2003. En relación con los artículos 1003 y 1004 del Código Civil».

Expresa estar de acuerdo con la inferencia fáctica que hizo el Tribunal en relación con su declaración de parte, porque lo expuesto por él, de manera libre y espontánea, *«[…] corresponde a algunas diferencias y características generales de los dos Regímenes pensionales derivadas de la reglamentación general del Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993».*

A continuación, transcribe algunas de las respuestas ofrecidas en el interrogatorio de parte para enfatizar que no se trata de una confesión y, por tanto, el *ad quem* indebidamente aplicó el texto legal que regula la confesión al derivar hechos que el deponente no manifestó, pues lo aceptado fue *«[…] conocer las ventajas y las desventajas derivadas de la reglamentación general del régimen de ahorro privado que, están consagradas en la Ley y que se presumen conocidas, sin que ello implique para su caso concreto confesión. De igual forma acontece con el aporte voluntario que le hacía el Banco».*

Enfatiza que la información que brindó el fondo demandado se circunscribió a la rentabilidad obtenida en los últimos 12 meses, pero en dicha diligencia no se acreditó que hubiera aceptado que recibió información al menos probable de la proyección de su derecho en el RPM a cargo del ISS,

«[…] al que tan solo se referían como una entidad llamada al fracaso».

Reitera la aplicación indebida por parte del Tribunal del texto legal que regula la confesión *«[…] toda vez que la aceptación por parte del demandante, tal como la describe el tribunal, corresponde a las características generales previstas en la ley relacionadas con el régimen de ahorro individual con solidaridad, motivo por el cual tampoco era conducente dividir su confesión y limitarla a este último – RAIS- y, de otra parte, el consentimiento informado corresponde a las condiciones particulares y concretas relacionadas con los dos regímenes»*

Agrega que en el interrogatorio de parte aceptó, de manera lacónica, que había recibido información de que su mesada pensional estaba relacionada con lo que tuviera ahorrado en su cuenta individual, pero ello no corresponde a un conocimiento informado para tomar la decisión de permanecer o cambiar de régimen por lo que *[…] se consideraría una información objetiva, el que le hubieran establecido montos de capital y valores a obtener como pensión dentro de cada uno de los regímenes».*

Sostiene que no es posible que confesara algo sobre lo que no conoce porque es un lego en materia pensional y, por el contrario, quien debía suministrar la información era Old Mutual y en el plenario no obra prueba de que lo hubiese hecho al tenor de lo dispuesto por el artículo 1604 del Código Civil.

Afirma que por todo lo explicado, en este caso no se presentan los elementos que permitirían deducir que hubo una confesión, puesto que se requiere que *i)* verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria y, *ii)* que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia de violación de la ley sustancial, por la vía indirecta, *«[…] de los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993; artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; artículo 21 de la Ley 795 de 2003; artículos 2 y 9 de la Ley 797 de 2003; artículo 1 del Decreto 3800 de 2003. En relación con los artículos 1003 y 1004 del Código Civil.*

Lo anterior como producto de los siguientes errores de hecho:

> 1. Dar por demostrado, sin estarlo, que la AFP OLD MUTUAL le explicó al demandante de manera comparada el alcance de los dos regímenes pensionales.
>
> 2. Dar por demostrado, sin estarlo, que la AFP OLD MUTUAL indicó el valor de la pensión al demandante.
>
> 3. No dar por demostrado, estándolo, que la AFP OLD MUTUAL solo dijo características generales de cada régimen pensional, sin hacer alusión a las ventajas, desventajas y consecuencias de pertenecer a uno u otro régimen.
>
> 4. Dar por demostrado, sin estarlo, que los asesores del OLD MUTUAL conocían la situación particular del señor César

Rodríguez por lo que se le brindo una asesoría clara, oportuna y de calidad.

5. Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante podía comprender las consecuencias de su traslado al ser un administrador de empresas.

6. Dar por demostrado, sin estarlo, que la AFP OLD MUTUAL puso de presente el valor que debía tener ahorrado para obtener una pensión en condiciones similares o superiores a las del RPM.

Señala como prueba erróneamente apreciada su declaración de parte y como pruebas no apreciadas: la contestación de la demanda (f.° 90 al 114); la demanda (f.° 2 al 25); la confesión vertida en la declaración de la apoderada de Old Mutual; el derecho de petición de 15 de marzo de 2016 presentado ante la Superfinanciera (f.° 46) y la respuesta al derecho de petición emitida por la Superfinanciera de fecha 27 de mayo de 2016 (f.° 47).

En la demostración del cargo, aduce que en cuanto al primer error, consistente en que se le explicó de manera comparada el alcance de los dos regímenes pensionales, éste se produce por la errónea apreciación de su interrogatorio de parte, lo que condujo a que el Tribunal afirmara que se había brindado una explicación completa sobre los dos regímenes, como producto de la respuesta dada ante el interrogante formulado por la apoderada de Old Mutual en relación con qué tipo de información le habían entregado.

De sus respuestas, según la censura, sólo se puede inferir que le informaron unas características generales de cada régimen, sin que existieran precisiones sobre su caso particular, por lo cual no se cumplieron los requisitos

exigidos por la Corte Suprema de Justicia, pues, en verdad, *«[…] El fondo demandado no actuó con la suficiente diligencia, al momento de asesorar al futuro afiliado y no mencionó todas las características, beneficios, ventajas y desventajas, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes, como lo ha exigido la jurisprudencia de la Corte».*

El segundo error del Tribunal, consistente en dar por demostrado que el fondo demandado le indicó el valor de la pensión, tuvo como fundamento la respuesta dada a la pregunta número tres formulada por Skandia, *«¿Le informaron que su mesada pensional estaría relacionada con lo que tuviera ahorrado en su cuenta de ahorro individual?»* A lo que el deponente respondió: *«Sí, correcto».* Para el censor, ello no traduce que le hicieron una simulación económica con base en su caso particular, incluyendo salario, edad, monto de pensión que se deseaba obtener, etc., por tanto, la respuesta dada a la pregunta tres no se puede entender *«[…] en el sentido que el fondo hubiera puesto de presente el valor exacto de la mesada pensional que recibiría, o el capital que financiaría una determinada pensión».*

Reitera que la información brindada fue superficial *[…] y no cumple con los postulados jurídicos y jurisprudenciales para que sea válida la afiliación al RAIS. Se echa de menos una proyección de la pensión y la información del capital necesario para obtener una pensión que cumpliera las expectativas […]»*

Respecto del tercer error, esto es, no dar por demostrado que el fondo demandado solo informó características generales de cada régimen pensional, pues no hizo alusión a las ventajas, desventajas y consecuencias de pertenecer a uno u otro régimen, el Tribunal afirmó que sí se había brindado la información lo cual, según su criterio, es equivocado, pues, sus manifestaciones en el interrogatorio corresponden a características generales del RAIS que se encuentran en la ley *«[…] pero esto no significa que el fondo demandado haya cumplido con su deber de informar conforme lo exige la ley haciendo claridad en las diferencias, ventajas y desventajas, efectos y consecuencias de encontrarse en uno u otro régimen»*, además de que *«Tampoco señalaron los valores a obtener como pensión, por lo que claramente y contrario a lo dicho por el Tribunal, se concluye que no existió información suficiente que cumpliera con los postulados de la normatividad y la jurisprudencia […]»*,

En cuanto al cuarto error endilgado, consistente en dar por demostrado que los asesores de Old Mutual conocían la situación particular del reclamante y, en consecuencia, se le brindó una asesoría clara, oportuna y de calidad, alega que ello derivó de la respuesta dada a la pregunta número cuatro formulada en el aludido interrogatorio, a la cual respondió que los asesores del fondo iban de piso en piso y conocían los datos de cada uno, el nombre, la edad, etc., pero no conocían la historia laboral y de allí en adelante la información giraba en torno a la conveniencia económica de estar en el fondo y no en el Seguro Social, por la alta probabilidad de que esa entidad desapareciera, sin que les hicieran una simulación

económica, con base en el caso particular de cada uno, es decir, el asesor estaba enterado de algunos datos generales del potencial afiliado, pero, *[…] esto no significa o de ello no puede concluirse que conocía su situación pensional particular, dado que lo que realmente soporta el estudio de la situación pensional de un afiliado es su edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, y demás datos relevantes así como conocer sus expectativas pensionales, de modo que la decisión de la persona a la hora de realizar su traslado fuera más objetiva».*

Añade que Old Mutual en la contestación al hecho décimo de la demanda afirmó que,

> Las condiciones del RAIS si bien es cierto son diferentes a las contempladas por la normatividad para el RPM, se debe analizar de forma puntual para cada caso, es decir, es imprescindible tener en cuenta factores como: Posición económica, estado civil, si se tienen beneficiarios o no, edad, entre otros aspectos que nos determinan la factibilidad o no de realizar un traslado de régimen pensional y que a futuro cuando ya se está contemplando la posibilidad de pensionarse nos influirán en el valor de la mesada pensional"

Agrega que a lo anterior se une el hecho de que en el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la demandada, *«[…] confiesa que sí tenía conocimiento del capital que debía tener ahorrado el señor Rodríguez para financiar su pensión, sin embargo, tal circunstancia no le fue comunicada […] en el momento que se afilió a SKANDIA en el año 2009, incurriéndose claramente en una omisión al deber de información».*

También, que los representantes de Old Mutual no contaban con la capacitación exigida por la ley para asesorar respecto del cambio de régimen, lo cual se acredita en el proceso con el derecho de petición elevado a la Superintendencia Financiera (f.° 46), el cual fue respondido, a través de comunicación de 27 de mayo de 2016 (f.° 47), *«[…] informando que no existían planes de capacitación a los promotores anteriores al año 2011»*, lo cual demuestra que al no tener aprobado el plan de capacitación el fondo estaba incumpliendo la normatividad que lo rige, razón por la cual *«[…] no puede argumentar que la asesoría brindada al demandante cumpliera con los parámetros o requisitos exigidos por la normatividad vigente»*. Así, que lo realmente narrado en este aspecto en la declaración de parte es que los asesores del fondo privado le dijeron que el ISS iba a desaparecer por razones económicas y eso hacía que las administradoras privadas fueran una mejor opción económica, resaltando los aspectos negativos del RPM, sin una verdadera comparación entre los dos regímenes.

El quinto error que se atribuye al Tribunal, consistente en dar por demostrado que su profesión de administrador de empresas le permitía entender las consecuencias del traslado de régimen, también tuvo como fundamento el interrogatorio de parte absuelto, en el cual dentro de los generales de ley manifestó que esa era su profesión.

La censura considera que esa circunstancia no constituye indicio ni presunción ninguna y es una apreciación subjetiva del Tribunal sin ningún fundamento

probatorio. Precisa que el conocimiento subjetivo del actor no es objeto de debate en el proceso *«[…] sino la información y asesoría real que hubiera recibido de la AFP que lo afilió al RAIS».*

VIII. RÉPLICA

Colpensiones sostiene que, contrario a lo planteado en los cargos, se acreditó que el traslado del demandante cumplió todos los requisitos de hecho y de derecho, en tanto firmó el formulario de manera libre y voluntaria y no cumple los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición.

Afirma que para el primer traslado, esto es, el de 1998, estaba vigente el artículo 13 literal e) de la Ley 100 en su versión original, que establecía que *«Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 3 años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional».*

Y, para el año 2009, época del segundo traslado regía lo señalado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, *«[…] el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez»*

Alude al beneficio de retorno en cualquier tiempo para quienes tenían más de 15 años a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, para señalar que la hipótesis tampoco le es aplicable al demandante, es decir, que él no tiene una expectativa legítima frente a su derecho pensional.

Expresa que no es razonable imponer a las administradoras obligaciones y deberes de información no previstos en las normas vigentes al momento en que se hizo la afiliación, porque ello desvirtúa los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso y considera que en el caso bajo estudio no hay error de hecho ni error de derecho que afecten el consentimiento.

Asevera que la buena fe debe ser bilateral y cuestiona el hecho de que si el demandante consideraba equivocado su traslado al RAIS, hubiera permanecido en ese régimen por *«15»* (sic) años, habiendo podido optar por trasladarse al RPM antes de los 10 años restantes para cumplir el requisito de edad para pensión de vejez, pero no lo hizo.

Finalmente, argumenta que los cargos no están llamados a prosperar porque no se está frente a un régimen de responsabilidad objetiva y el afiliado debe procurar una buena asesoría, la cual no es deber exclusivo del fondo, *«[…] 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 de Pensiones».*

Por su parte, Old Mutual SA hoy Skandia SA, se opone al primer cargo sobre la base de criticar el cuestionamiento que se hace a la apreciación del Tribunal sobre el interrogatorio de parte absuelto por el demandante en instancias. Afirma que lo dicho por el actor en la diligencia es confesión, en tanto aceptó que conocía las ventajas y desventajas del RAIS y agregó que si, *«[…] como lo sostiene el censor, esa información todos la conocemos, es francamente inconcebible que se instaure un proceso judicial alegando la falta de una información que es de público conocimiento».*

Sostiene que la impugnación manifestó que el actor no podía confesar algo que no conocía, dejando de lado que se refirió a hechos personales que él conocía, como la información que recibió al trasladarse de régimen y el entendimiento que tenía del régimen al cual se trasladaba. Por ello, en su sentir, se dieron las condiciones de que trata el artículo 191 del Código General del Proceso para que exista una confesión *«[…] puesto que el promotor del pleito aceptó en forma expresa, consciente y libre, hechos personales que producían consecuencias desfavorables a sus intereses en el proceso, de tal manera que no se le puede imputar al Ad quem la indebida aplicación de esa disposición legal»*

En cuanto al segundo cargo, responde cada uno de los supuestos yerros endilgados al Tribunal así:

En relación con el primer error, asegura que el impugnante confesó que para el año 1998 no le interesaba averiguar en detalle el funcionamiento del RPM y para el

2009 la motivación era buscar el mayor beneficio económico en ese momento, lo cual permite concluir que *«[…] lo que motiva la demanda no es la supuesta falta de información sino la diferencia en el monto de la mesada pensional. Además, invita a preguntarse: si alguien que expresamente acepta que no tenía ningún interés en ser informado de una cuestión, ¿puede más adelante quejarse por no haber recibido esa información que desdeñó?*

Frente al segundo error, asevera que al impugnante se le informó que el monto de su pensión dependería del monto del capital que tuviera ahorrado en su cuenta individual y que pretender que se le indicara el monto exacto de su mesada pensional es imposible, porque ésta depende de múltiples factores, como lo destacó el Tribunal.

En cuanto al tercer error enrostrado, expresa que conocer que el monto de su pensión dependía de lo ahorrado en su cuenta individual y la importancia de hacer aportes voluntarios para mejorar su situación financiera demuestra un conocimiento del RAIS, información que no es nimia o que corresponda apenas a características generales.

«Tener acceso a esa información le permitió al actor saber las diferencias entre los regímenes pensionales, lo que indica que sí tenía un conocimiento general de ellos, como en forma acertada lo infirió el juez de segundo grado».

En referencia al cuarto error, dice que queda demostrado que los asesores sí tenían conocimiento de la

situación personal del impugnante, en tanto él mismo acepta que sólo les faltaba la historia laboral, para lo cual se requería la autorización del interesado y que lo expresado al contestar la demanda no tiene incidencia *«pues los factores a los que allí se refiere como: posición económica, estado civil, beneficiario y edad, están comprendidos dentro de la información que el actor dijo que aquellos conocían, puesto que aseveró que lo único que no conocían era la historia laboral».*

Sobre el hecho de que la administradora privada conociera el monto que debía tener ahorrado para financiar su pensión y no le transmitiera esa información en el año 2009 es intrascendente, en tanto *«[…] el promotor del pleito conocía las condiciones para pensionarse y esa suma nada tiene que ver con el monto de su mesada sino con la posibilidad de pensionarse o no, de suerte que su desconocimiento no impide tener una comprensión suficiente del RAIS».*

En el mismo sentido, el hecho de que la Superfinanciera haya certificado que antes de 2011 no existían planes de capacitación *«[…] no significa que esa capacitación no se diera ni, mucho menos, que esos asesores no fueran idóneos.*

Para el quinto error, afirma que el hecho de que el actor por su profesión de administrador de empresas entendiera las condiciones el mercado y los riesgos que asumía al dejar sus ahorros en manos de un administrador privado no fue fruto del interrogatorio de parte, sino una inferencia del Tribunal, a modo de razonamiento indiciario, *«[…] esto es: de*

la profesión del actor, hecho conocido, se infirió el conocimiento del mercado y de los riesgos. Como es sabido, el indicio no es un medio hábil en la casación del trabajo para estructurar un desacierto evidente de hecho».

Expresa que ese razonamiento del Tribunal no es equivocado y que el impugnante es un profesional con conocimiento en cuestiones financieras, que tiene posibilidad de acceder a las normas legales, luego no es lego en la materia, *«[…] pues no cabe ninguna duda de que sus condiciones académicas, culturales y sociales le daban suficiente aptitud para entender las consecuencias del acto de traslado de régimen de pensiones y por esa razón no se equivocó el Tribunal al entenderlo así».*

Al margen de lo anterior, señala que el hecho de que quien promovió el proceso pretendiendo la ineficacia del traslado, se haya afiliado al RAIS, para luego retornar al RPM y, posteriormente, volver a afiliarse al RAIS, carece de sentido y que cualquier deficiencia que esa primera vinculación hubiera podido tener, ahora resulta intrascendente, puesto que al regresar al ISS por su propia voluntad *«[…] esa primera vinculación no siguió surtiendo efectos respecto de su derecho pensional, ya que el demandante entró a formar parte de un régimen pensional diferente»*, en donde, además, al afiliarlo nuevamente, le debieron brindar toda la información relacionada con el RPM y con el RAIS, como era su obligación legal.

IX. CONSIDERACIONES

Advierte la Sala que si bien, la presentación de los cargos no es la ideal según lo han enseñado la doctrina y la jurisprudencia, dado que el primero tiene falencias en su formulación, en tanto no señala por separado las pruebas acusadas y los errores del Tribunal, lo cierto es que de la demostración de éste se infiere la indebida apreciación del interrogatorio de parte y la deducción de confesión que de él derivó el sentenciador y, en cuanto al segundo, aunque no se indica expresamente la modalidad de violación, ésta se deduce de su desarrollo, además de que el estudio en conjunto de las acusaciones permite superar las imprecisiones anotadas y abordar un análisis de fondo.

Aclarado lo anterior, pese a que los dos cargos se plantearon por la vía indirecta, no es materia de discusión: *i)* que el actor nació el 03 de febrero de 1962 (f.° 30 y exp. adtvo. digital); *ii)* que a la presentación de la demanda contaba con 56 años de edad; *iii)* que se afilió por primera vez al Instituto de Seguros Sociales el 01 de febrero de 1980 (f.° 45); *iv)* que el 24 de julio de 1998 se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a Pensionar – Old Mutual SA (f.° 31 y 115); *v)* que el 01 de agosto de 2004 retornó al Régimen de Prima Media administrado por el Seguro Social (f.° 45) y, *vi)* que el 25 de junio de 2009 se vinculó nuevamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad afiliándose a Old Mutual SA (f.° 32 y 116).

En tal sentido, corresponde a la Sala dilucidar si el Tribunal incurrió en error, al tener por cumplido el deber de información y, por tanto considerar libre y voluntario cada uno de los actos a través de los cuales César Augusto Rodríguez Cely pasó de ser afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM-, administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, a cargo de las administradoras privadas de fondos de pensiones -AFP-, como Pensionar, después Old Mutual SA, hoy Skandia SA.

Ha de tenerse presente que el Tribunal manifestó su acatamiento a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vertida en diversos fallos, respecto de los siguientes temas: *i) deber de información por parte de las administradoras de fondos pensionales* (CSJ SL, 08 sep. 2008, rad. 31986 y CSJ SL1897 de 2019); *ii) consentimiento vertido en el formulario de afiliación* (CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1688-2019), y *iii) inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado* (CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL1452-2019 y CSJ SL1688-2019).

Así, no se trata de un caso de aquellos en los cuales se insista por parte del Colegiado de instancia en examinar el asunto desde el punto de vista de la nulidad, buscando que el afiliado demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, error, fuerza o dolo; o donde se considera que la mera suscripción de los formularios de afiliación, por sí misma, acredita el cumplimiento del deber de *debida*

información, sino que, en esta particular oportunidad, se trata de un asunto de estirpe de apreciación probatoria, como lo asentó el mismo sentenciador.

En concreto, del interrogatorio de parte absuelto por Rodríguez Cely, dedujo el Tribunal el cabal cumplimiento de los deberes de información por parte de la AFP Old Mutual SA, hoy Skandia SA, pues de él derivó una confesión del promotor del juicio.

Conviene, entonces, examinar tal medio de convicción, que fue denunciado por el impugnante como indebidamente apreciado, razón por la cual, se pasa a transcribir el audio mencionado (f.° 145 y archivo digital, min. 52:26 a 01:20:56):

> Preguntado: Dígale al juzgado cuál es su nombre completo, su identificación y su dirección por favor.
>
> Respondió: Mi nombre es César Augusto Rodríguez Cely, mi identificación es cédula de ciudadanía 19470550 de Bogotá, mi dirección es carrera 13 número 140 – 50 casa 8 en Bogotá.
>
> Preguntado: ¿Cuál es su estado civil señor?
>
> Respondió: Soy viudo.
>
> Preguntado: ¿Qué estudios ha realizado?
>
> Respondió: Yo soy administrador de empresas.
>
> […]
>
> Gracias, señor Juez. Buenos días don César.
>
> Preguntado: Podría por favor usted informarle al Despacho ¿cómo se llevó a cabo el traslado de régimen pensional a Pensionar?
>
> Respondió: Sí claro que sí. En el año 98 Pensionar tenía como un convenio con el banco que en ese momento se llamaba Lloyds Bank en donde ellos hacían unos aportes adicionales a pensión

en cada uno de los trabajadores la empresa digo el banco y pues crearon como ese incentivo de que si se pasaba uno al régimen de fondo de pensión privado pues el banco hacia esos aportes extraordinarios en cabeza de cada uno de los que se trasladaran a ese régimen, ese diríamos que fue como la manera a Pensionar me traslade, pero pues después fue que retorne al Seguro Social.

[…]

Preguntado: Podría por favor informarle al Despacho, ¿qué información en relación con el régimen al cual usted se iba afiliar le entregaron?

Respondió: Pues la información que nos entregaba era de que el beneficio era que lo que nosotros ahorrábamos no teníamos que compartirlo con ninguna otra persona es decir que a diferencia del régimen de prima media del seguro social no se subsidiaba a ninguna otra persona, sino que lo que uno aportaba finalmente iba a recibirlo uno directamente y no un tercero. En ese momento en el año 2009 pues Skandia diríamos…

[…]

Preguntado: Del año 98.

Respondió: Ok. Bueno en el año 98 básicamente la información que ellos manejaban era la rentabilidad obtenida por ellos en los periodos previos es decir en los últimos 12 meses más o menos de la administración de los portafolios en los que se invertían los recursos que manejaban que ellos administraban diríamos. Ese era diríamos el principal argumento y lo contrastaban contra el hecho de que el seguro social era pues una entidad con muchísimos diríamos problemas internos administrativos de desorden, de corrupción y especialmente hacían mucho énfasis en el alto riesgo que tenía el Seguro Social de que fuera una entidad que terminara siendo liquidada por la como no viabilidad económica que tenía el sistema en ese momento de prima media, de que diríamos como que era mayor la cantidad de personas que iban a pensionarse con relación al volumen de recursos que tenía en el presupuesto pues el Seguro social.

Preguntado: Pregunta número 3. Podría por favor usted informarle al Despacho, ¿si le informaron que su mesada pensional estaría relacionada con lo que tuviera o el valor de su mesada pensional estaría relacionada con lo que tuviera ahorrado en su cuenta?

Respondió: Sí, correcto.

Preguntado: Podría por favor usted informarle al Despacho, ¿si para la afiliación que realizó a Skandia en el año 2009, ¿cómo es

cierto sí o no que usted retorno nuevamente del Instituto de Seguros Sociales?

Respondió: Sí. Básicamente ahí diríamos los funcionarios, los asesores que iban al banco se demoraban tal vez una semana visitando todas las instalaciones, eran 9 pisos aquí a dos cuadras de este Juzgado y ellos piso por piso iban con un listado con el nombre de la persona, ellos tenían la información de uno la verdad creo que no se si a través del departamento de recursos humanos del banco se la suministraban, pero ellos cuando iban al puesto de uno de trabajo ellos ya sabían uno como se llamaba, cuantos años tenía en la empresa, el salario ya llegaban con una información preliminar que algo que usted menciono hace un rato de que uno suministraba la información a los asesores de Skandia en este caso particular, no, los asesores llegaban ya con un listado reitero donde la mayor parte de la información la tenían ellos, lo único que no tenían era la historia laboral de uno, uno les tenía que dar una como una autorización para que ellos pudieran generar la historia laboral de uno en el Seguro Social en este caso, pero diría yo que el 80% de la información ya la traían los asesores de Skandia cuando venían al escritorio de uno y básicamente la información que entonces a partir de ahí se manejaba era la conveniencia económica de estar en el fondo privado y no en el Seguro Social en este caso por diríamos la alta probabilidad de que el Seguro Social en ese momento en el 2009 fuera una entidad que desapareciera por los problemas económicos diríamos, como por la inviabilidad económica de sostener el régimen de prima media. Ese era pues el argumento grande es decir a nosotros nunca nos hicieron una simulación económica con base en nuestro casa particular de cuantos años tiene usted, cuanto es su salario, que pensión desea usted obtener, no, sino que básicamente, sí, ellos le decían a uno, es ideal que usted adicional a sus aportes obligatorios haga aportes voluntarios para mejorar su situación financiera al final cuando cumpla con los requisitos pues de edad y de semanas cotizadas, pero realmente lo que le digo la información que ellos traían ya contenía el salario de uno, la antigüedad en la empresa en fin entonces lo que le digo el argumento primario que utilizaban era que Skandia era solidez versus el Seguro Social, solides financiera, garantía de que no iba a desaparecer de que los recursos iban a quedar bien administrados pro Skandia, de que la mesa de dinero de Skandia pues tenía pues como todas las competencias y por eso le mostraba a uno eran las rentabilidades como de los últimos 12 meses que habían obtenido.

[…]

Preguntado: Ok. Entonces, ¿conoce usted para el año 98 como se podía pensionar una persona afiliada al Seguro Social?

Respondió: No. realmente no en el año 98 pues diría que no era mi interés fundamental no era mi preocupación real por mi edad

el conocer en detalle, lo único que tenía más o menos preciso era que se requería una edad era lo que tenía en ese momento claro y que para pensionarse uno si no estoy mal creo que en ese entonces era 60 años los hombres.

Preguntado: Ok. La misma pregunta para el año 2009.

Respondió: Igual, realmente no era como mi interés fundamental indagar sobre, diríamos la regulación o la ley particular sobre el tema. Realmente la motivación era más buscar el mayor beneficio económico en ese momento.
[…]

Preguntado: ¿A partir de qué fecha usted tuvo conocimiento de acuerdo a lo que plantean los hechos de la demanda que el valor de su mesada pensional no sería la esperada?

[…]

Respondió: En el año 2014.

1. Vinculación al RAIS en el año 1998 con la AFP Pensionar

Resulta evidente la apreciación indebida del Tribunal en relación con lo depuesto en el interrogatorio de parte por el demandante en instancias, hoy impugnante en casación, pues donde el Colegiado ve una explicación del alcance de los dos regímenes, no hay más que el relato de unas explicaciones someras y ligeras, cuyo eje principal gravita en torno al desorden y al caos que reinaba en el ISS, que según lo narrado por el absolvente, le transmitieron los asesores de la AFP privada.

Nótese que en ningún momento Rodríguez Cely acepta tener un conocimiento detallado, más allá de las promesas de una teórica rentabilidad superior, que nunca se concretó

en determinarle cómo incidía en su masa de ahorro individual, para obtener una prestación pensional similar o superior a la del RPM.

Sin duda, acertó el juez colectivo al determinar, como lo ha sostenido esta Corporación en la providencia por el citada y en otras más, que el camino que había que recorrer para ejecutar un adecuado examen al asunto sometido a su consideración era el de la ineficacia y no el de la nulidad; pero erró en cuanto pretendió derivar del interrogatorio de parte una aparente *«revelación»* de adecuada, oportuna, veraz y completa información, en los términos en que lo ha exigido la jurisprudencia de esta Sala, la que fue citada por el sentenciador de segundo grado, sin que se hiciera una adecuada subsunción del caso particular en ella.

Conviene recordar el contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

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

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

> ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. El empleador, y en general cualquier persona natural o *jurídica* que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e

> instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. *La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador*.
>
> El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

En relación con el contenido del precepto en cita y al margen de las eventuales responsabilidades en que pueda incurrir quien impida o atente contra la libre afiliación del trabajador y la selección que realice, la Sala ya ha manifestado su posición y, por vía de ejemplo, en sentencia CSJ SL12136-2014, asentó que la información *precisa* es un elemento esencial para pregonar que hubo *libertad* en la toma de la decisión, lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su acogimiento. En efecto, se dijo en aquella oportunidad:

> A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.
>
> [...]
>
> Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información

> precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.
>
> [...]
>
> Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Lo relatado por el deponente para el año 98, data de la primera afiliación al RAIS, no permite deducir, razonablemente, que el fondo cumplió, en ambas ocasiones, con los deberes que para cada momento la legislación le exigía.

Téngase presente que la Corte ha señalado que el mentado deber de información ha existido desde el inicio mismo del Sistema General de Pensiones, esto es 01 de abril de 1994, por cuanto se encuentra plasmado en normas vigentes para la época, y que lo que ha ocurrido es un proceso de ajuste y refinamiento, con el propósito de que los usuarios-afiliados, tengan cada vez mayor acceso a una información que de suyo debe ser oportuna, veraz y transparente.

Así se plasmó, en un cuadro-resumen, en la sentencia CSJ SL1688-2019, reiterada entre otras en las sentencias CSJ SL1741-2021; CSJ SL1743-2021 y CSJ SL1942-2021:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

	pensiones a dar 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 (sic) de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
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.

En ese orden, debe reiterarse que desde la primera época, esto es, en vigencia de la versión original de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, num. 1.° art. 97 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), existía la obligación, por parte de las AFP, de ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, características cuya explicación se echa de menos en lo relatado por el absolvente que, se itera, describe que le transmitieron generalidades del sistema de ahorro pensional, hace referencia tangencial a una

rentabilidad ofrecida y a la incertidumbre que generaba la supuesta liquidación del Seguro Social. Nada más.

El citado num. 1.° del art. 97 del Decreto 663 de 1993, en su versión original, vigente para la época en que se efectuó el traslado al RAIS, concretamente a la entonces AFP Pensionar, establecía:

> 1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas *deben suministrar a los usuarios* de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado. (subrayas y cursiva de la Sala)

La redacción del precepto no deja duda alguna respecto de la obligatoriedad del deber de entrega de información a los usuarios, lo cual es un *imperativo*, que se deduce nítidamente de la redacción dada por el legislador en la frase: «*deben suministrar a los usuarios (subrayas de la Sala)*», por lo que la aparente desidia del interesado en indagar por las condiciones y características señaladas en precedencia, no tiene por virtud relevar o excusar al fondo privado de los deberes que legalmente le correspondían, pues en tratándose de normas de orden público, como las aquí referidas, atinentes a la seguridad social que es un derecho de carácter constitucional irrenunciable, éstas no quedan al arbitrio o disposición de los intervinientes en el acto, porque precisamente, el fundamento de la ineficacia es su incumplimiento.

En breve, el desinterés del potencial afiliado no releva en manera alguna a la AFP del cumplimiento de brindar información con la calidad y oportunidad que se ha señalado en la ley y en la jurisprudencia.

Ahora, no puede perderse de vista que el impugnante retornó al RPM en el 01 de agosto de 2004, para posteriormente vincularse al RAIS, a través de la AFP Skandia el 01 de agosto de 2009, con lo cual es relevante examinar el medio de prueba denunciado, es decir, el interrogatorio de parte del cual el Tribunal dedujo confesión, en relación con esta situación.

2. Vinculación al RAIS en 2009 con la AFP Skandia

Como acaba de decirse, Rodríguez Cely estuvo afiliado al ISS desde 01 de febrero de 1980, se vinculó a la AFP Pensionar el 01 de septiembre de 1998, retornó al ISS el 01 de agosto de 2004 y se incorporó como afiliado a la AFP Skandia el 01 de agosto de 2009.

En ese orden, respecto de esta última vinculación dedujo el Tribunal de lo dicho en el interrogatorio de parte, que quien brindó la asesoría conocía la situación particular del impugnante, porque *«[…] los asesores llegaron con una información preliminar, esto es su nombre, salario, antigüedad en la empresa faltándole únicamente lo relacionado con su historia laboral a la cual en todo caso tuvieron acceso por autorización del demandante»*, lo que se traducía en que éste

recibió una asesoría completa, en la cual se contrastaron los dos sistemas.

Para el momento del traslado del ISS a la AFP Skandia, hecho efectivo el 01 de agosto de 2009, además de los artículos 13, literal e) de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 y 271, con el alcance ya explicado, estaba en vigencia la Ley 795 de 2003, cuyo artículo 23 modificó el numeral 1.° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, adicionándole un inciso que no tiene trascendencia para la materia que aquí se examina, con lo cual el *deber de información*, con la calidad que allí fue requerida, debía cumplirse también en este caso, sin que tuviese incidencia que el trabajador que fuese a vincularse a la AFP ya lo hubiere estado en el pasado.

Nótese que el mandato del precepto no hace diferencia, ni fija pautas o reglas distintas para quienes ya estuvieron en el RAIS o para quienes arriban a él por primera vez, pues, recuérdese, dicha posibilidad de traslados existe desde la versión original del art. 13 de la Ley 100 de 1993, que fijó la permanencia en cada régimen en tres (3) años, lo que posteriormente fue modificado por la Ley 797 de 2003, que aumento dicho lapso a cinco (5) años, con la limitante de que a quienes les faltaren menos de diez (10) para la edad de pensión ya no podrían trasladarse.

De esta suerte, en la vida laboral normal de una persona es perfectamente factible hacer varios traslados entre regímenes pensionales, o entre administradoras, sin que tal

evento signifique que la AFP pueda omitir, en cada ocasión, el suministro de la información a que está *obligada*, con la calidad y en la oportunidad debidas so pretexto de una o varias vinculaciones anteriores.

La concreción de una adecuada asesoría, pasa por asegurarse que el afiliado, en cada ocasión, de una manera inteligible, comprenda no sólo el funcionamiento general de cada uno de los regímenes, las semejanzas y diferencias que puedan tener, la regulación propia de cada uno de ellos, sino la forma en que se estructura o construye la prestación, más aún, cuando en el RAIS ello depende de múltiples factores macro y microeconómicos y de la modalidad que finalmente llegue a seleccionar el interesado, entre aquellas que permite la ley, con lo cual el nivel de detalle en ese caso es de mayor exigencia.

La comprensión, entre otros, de los tópicos someramente enumerados, es lo que permite completar la triada de que ha venido hablando la jurisprudencia, en el sentido de se conjuguen la información objetiva, la circunstancia subjetiva de cada individuo y la asesoría externa, que conlleven a la toma de la mejor decisión en materia pensional, que a no dudarlo, no es un tema menor, en el ciclo vital-laboral de cada individuo.

Por eso, tampoco tiene asidero la aserción de que los asesores de Old Mutual conocían la situación particular de Rodríguez Cely, por el hecho de que tuvieran a la mano unos datos básicos de él como el nombre, la edad o el salario

devengado, porque, se insiste, lo importante es el ejercicio que con esos datos se debe hacer, para lograr que en la mayor medida probable, que el potencial afiliado comprenda cómo se estructura la prestación y las posibilidades y opciones que ello le ofrece a futuro, entendiendo el nivel de aleatoriedad que ello puede llegar a tener en el RAIS, a partir de decisiones como el monto de aportes voluntarios, la frecuencia de éstos y la modalidad de prestación que se llegare a seleccionar para el retiro de la vida laboral. Otro tanto, guardadas proporciones, puede predicarse del RPM.

Así como la Corte ha determinado que el hecho de tener sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello se derive una suerte de purga en el deber de información o de convalidación en su incumplimiento, tampoco el hecho de que el impugnante se haya vinculado, de manera discontinua al RAIS, aún con la misma administradora, significa *per se* que se tenga suficiente ilustración, conocimiento o comprensión de cada uno de los regímenes o que, se itera, tal situación releve del cumplimiento de sus deberes a la AFP, como lo exigen las normas aplicables en el momento en que acaezca tal evento.

La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido.

En cada caso, habrá que examinar los elementos que conforman el plenario para determinar, individualmente, las circunstancias que rodean a quienes en un asunto como el presente, han activado el aparato judicial.

Lo anterior evidencia las protuberantes equivocaciones del Tribunal, por cuanto en manera alguna se evidencia el cumplimiento de los requisitos del artículo 191 del CGP, relativo a la confesión, en especial, el numeral 2) *«Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria»,* pues, como quedó visto, en manera alguna Rodríguez Cely aceptó algún hecho que le fuera adverso o que favoreciera a Pensionar-Old Mutual- Skandia, porque de sus dichos no brota, como ya se explicó, que *en cada momento previo a su vinculación, haya recibido la información debida en la calidad, cantidad y oportunidad que se requería*.

Ahora bien, aceptado el error en la apreciación de un medio de convicción calificado, procede el examen propuesto por le censura a otras pruebas o piezas procesales, que se denunciaron como inapreciadas.

3. Análisis de los demás medios de convicción

Pues bien, aunque la demanda inicial no cumple con el requerimiento de contener una confesión, lo relevante para el caso es que en el acápite de hechos, entre otros, se afirmó en el número décimo (f.° 2) que:

> DÉCIMO: La AFP le informó a mi Poderdante que en RAIS podría pensionarse a cualquier edad y con una mesada pensional superior que en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida.

Frente a lo cual, sin aceptar como cierto el hecho, la respuesta de la demandada Old Mutual SA (f.° 93), fue del siguiente tenor:

> (i) las condiciones del RAIS si bien es cierto son diferentes a las contempladas por la normatividad para el RGPM, se debe analizar de forma puntual para cada caso, es decir, es imprescindible tener en cuenta factores como son: posición económica, estado civil, si se tienen beneficiarios o no, edad, entre otros aspectos que nos determinaran la factibilidad o no de realizar un traslado de régimen pensional y que a futuro cuando ya se esté contemplando la posibilidad de pensionarse nos influirán en el valor de la mesada pensional. (Subrayas de la Sala)

Esta respuesta al hecho décimo de la demanda, en verdad no fue estimada por el Tribunal, proviene de la demandada y corrobora lo que aquí se ha venido pregonando en torno al nivel de detalle que es necesario exhibir cuando se analiza por parte del asesor en un caso de traslado, y que en el *sub examine* se ha echado de menos, pues la narración efectuada por quien fuera demandante en instancias, refiere que los asesores de la AFP Old Mutual SA, le manifestaron generalidades sobre la individualidad del ahorro y, de manera tangencial, ya se dijo, la rentabilidad que se podría obtener, pero no mencionaron o explicaron el otro cúmulo de factores que allí se aluden y que inciden directamente en el monto o valor de la mesada pensional.

El interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de Old Mutual también fue acusado como no apreciado (f.° 145 y archivo digital), por lo cual se transcribe en lo pertinente:

> Preguntado: Indíquele al Despacho cuál es su nombre completo, su identificación y su dirección.
>
> Respondió: SANDRA VIVIANA FONSECA CORREA, mi número de cédula es 53.177.012 de Bogotá, mi dirección de residencia es calle 72C #112A 55 en Bogotá y mi profesión es de Abogada.
>
> […]
>
> Preguntado: Muy bien ¿Dónde labora en la actualidad? ¿Qué hace? ¿A qué se dedica?
>
> Respondió: Actualmente funjo como Coordinadora jurídica de la Compañía OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS.
>
> […]
>
> Preguntado: De acuerdo a las políticas que usted expone que tiene la empresa, con base en esa información que le suministro el señor Cesar Augusto Rodríguez, ¿cuál era el análisis que se hacía sobre el caso específico del señor de la conveniencia o no de afiliarse al régimen de ahorro individual?
>
> Respondió: En cuanto a las políticas le manifestaba entonces que dependerá del interés que tenga de proyectar su futuro pensional cada uno de nuestros potenciales afiliados, digamos que cado uno dependiendo su objetivo o su futuro pensional expresará si le conviene o no permanecer en el régimen de ahorro individual.
>
> Preguntado: ¿Y cuál fue el objetivo…?
>
> Preguntado: La pregunta creo yo vuelvo a reiterar es clara ¿qué análisis hizo? sabe usted de algún análisis, obre en el expediente, obra en la hoja de vida algún análisis, precisamente el análisis se hace es sobre las condiciones del afiliado es decir que tiene tanta edad que tiene tanto sueldo que tiene tantos hijos que tiene bueno todas las circunstancias, la pregunta que entiendo y para mi si es clara es que análisis se hizo del señor.
>
> Respondió: Correcto señor juez.
>
> Preguntado: Usted me responde es el análisis se hace es de acuerdo a eso, sí claro, ¿pero qué análisis…?

Respondió: No tengo dentro de la documental que obra en la compañía no tengo ninguna prueba documental específica en donde se haya realizado o que conste por escrito donde se haya realizado dicho análisis. Reitero que ese análisis pues digamos se realiza de acuerdo a los intereses y a la proyección de su futuro pensional que tiene cada uno de los potenciales afiliados, pero no podría decirle y hablarle de manera puntual en relación con el señor como le digo porque pues no conozco, no estuve en el momento en que se efectuó dicho traslado de régimen. (Subrayas de la Sala)

[…]

Preguntado: ¿Le ofrecieron ustedes al señor César Augusto Rodríguez que podría pensionarse con una mesada superior a la del Régimen de Prima Media?

Respondió: Pues es una afirmación o es una pregunta más bien que dependerá reitero de la proyección y el futuro pensional que tenga el demandante, no puedo precisarle si puntualmente a él se la hicieron, pero si es una de las características que goza el régimen de ahorro individual es poderse pensionar de manera anticipada incluso con una mesada superior, claro dependerá de que, del ahorro que tenga dentro del régimen de ahorro individual.

Preguntado: ¿Por política de Old Mutual antes Skandia y antes Pensionar, ustedes conocían el monto del capital que la persona debía tener acumulada en su cuenta de ahorro individual para poder tener una pensión igual o superior a la del régimen de prima media?

Respondió: Sí. Hay que precisar que el traslado se hizo a Pensionar y que es una entidad que fue absorbida posteriormente por Skandia y nuevamente por Old Mutual. En cuanto a Skandia y Old Mutual pues sí se tiene conocimiento de cuál ha sido el valor proyectado.

Preguntado: Ese capital o valor proyectado del que usted me habla, ¿le fue advertido al señor César Augusto Rodríguez?

Respondió: No tengo conocimiento si se le advirtió puntualmente a él y no tengo tampoco ninguna otra prueba digamos dentro de la información que reposa en la compañía como quiera que para la fecha del traslado no existía ninguna obligación legal de tenerla de manera documental pues no tengo como ni afirmarle ni negarle si se le hizo dicha advertencia. (Subrayas de la Sala)

Preguntado: Usted me expone o la persona que contesta la demanda al punto décimo, dice que los aspectos tales, los aspectos relacionados con aportes voluntarios, existencia de

> multifondos, requisitos de pensión y la posibilidad de heredabilidad están expuestos en el formulario de afiliación. ¿Es eso así?
>
> Respondió: Pues el formulario de afiliación lo que contiene es la aceptación de todas las políticas de la compañía y de la información de que se le informó sobre el régimen al cual se está vinculando entonces en señal de aceptación de ese formulario y la suscripción que se hace del mismo se entiende que ha aceptado cada una y se le ha informado cada una de las políticas.
>
> […]

Claramente expresa que: *i)* en poder de la empresa no obra ningún documento que demuestre que se hizo un análisis particular sobre la situación pensional del actor y *ii)* reconoce que para el año 2009 tenían conocimiento del monto proyectado necesario para que el actor en el RAIS obtuviera una pensión igual o superior al RPM y no tienen prueba de que se lo hayan hecho saber, aunque aclara que no afirma ni niega que se la haya hecho tal advertencia.

A folio 47 obra certificación expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, en la cual expresa que *«[…] Revisada la base de datos del sistema de gestión […] no se identificaron los planes de capacitación con anterioridad al 2011»*, con lo cual, este medio no acredita nada más allá de su tenor literal, esto es, que no se pudieron identificar planes de capacitación con anterioridad al año 2011, no que no existan o que no se hayan ejecutado.

El análisis conjunto de los medios señalados como indebidamente apreciados e inestimados, no deja duda respecto de que otro rumbo habría tomado el proceso de

haber efectuado en debida forma el ejercicio valorativo, con lo cual se acreditan los yerros enrostrados por la censura.

De lo discurrido, se concluye que el recurso sale victorioso.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

Corresponde en sede de instancia, desatar la apelación propuesta por la parte demandante en contra de la sentencia del *a quo.*

Como el fundamento del fallo pronunciado por el juez de primera instancia a partir del interrogatorio de parte del demandante, fue precisamente la deducción que hizo sobre la adecuada ilustración al afiliado y el cumplimiento del deber de información por parte de la demanda Old Mutual SA, resultan suficientes los argumentos vertidos en casación para desvirtuar tal análisis.

En sede extraordinaria se asentó que el estudio de este asunto se debe efectuar desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad por error de hecho o de derecho, vicios del consentimiento, objeto ilícito o incapacidad.

Lo anterior porque desde el inicio del funcionamiento del Sistema General de Pensiones, conforme lo ordenaron la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), existió el deber de información, el cual fue detallado y pormenorizado en la legislación con el

transcurso del tiempo y es la ausencia del cumplimiento de dicho deber la que genera como efecto que el acto de vinculación sea considerado ineficaz, por cuanto transgrede normativa de orden público a la que estaban sometidas las AFP.

Así, entonces, dado que el demandante afirmó en los hechos de la demanda que la AFP Old Mutual, hoy Skandia SA, no había cumplido con ese deber con la calidad y en la oportunidad debidas, correspondía a esta última, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1604 del Código Civil, probar para cada vinculación que sí había tenido la debida diligencia en esa materia, para desvirtuar, además, la negación indefinida hecha por el promotor del juicio.

Sostener que la suscripción de los formularios que contienen la leyenda preimpresa de que el acto es libre, voluntario y libre de presiones, en cada una de las ocasiones en que ello ocurrió, no es de recibo, ni resulta idóneo para probar, se itera, el cumplimiento del deber de información suficiente, oportuna, veraz y completa sobre los dos regímenes pensionales, referida además, al caso particular y las circunstancias individuales del aquí demandante.

Como la carga de la prueba correspondía a la AFP Old Mutual, hoy Skandia SA, es claro que en el plenario no obra ningún medio de convicción que acredite el cumplimiento del deber que se echa de menos y, por el contrario, en sede extraordinaria se analizaron elementos que arrojan como resultado que la AFP reconoce que no tiene en su poder

ningún documento que demuestre su actuar diligente respecto de esa exigencia legal o del cual se derive que efectuó un análisis circunscrito a la situación particular del accionante.

Por ello, resulta importante resaltar la posición que en torno al tema de la ineficacia de traslado ha asumido la Corte, que se ha venido repitiendo tanto en pronunciamiento de casación, como los que corresponde proferir en instancia, y que ya son muchedumbre, *verbi gratia* el CSJ SL2001-2021, en donde en instancia, se memoró el CSJ SL4806-2020, en tanto explicó que:

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

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

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

> Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).
>
> En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.
>
> Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz,* a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el Juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.
>
> Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el Juez en cada caso en particular.
>
> De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

Ahora, lo que acaba de decirse obliga a hacer un análisis particular respecto de los efectos que tendrá la declaratoria de ineficacia de cada una de las vinculaciones efectuadas por Rodríguez Cely al RAIS.

A riesgo de fatigar, debe tenerse presente, una vez más, que el demandante estuvo afiliado al ISS desde 01 de febrero de 1980, se vinculó a la AFP Pensionar el 01 de septiembre de 1998, retornó al ISS el 01 de agosto de 2004 y se incorporó como afiliado a la AFP Skandia el 01 de agosto de 2009.

El traslado del régimen pensional encuentra regulación sobre los recursos en él involucrados en el artículo 113 del Ley 100 de 1993, en el literal a), para cuando el traslado se produce del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, caso en el cual habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales y, en el literal b), cuando la migración se efectúa del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media, evento que comporta la transferencia del saldo individual, incluidos los rendimientos *en términos de semanas cotizadas*, de acuerdo con el salario base de cotización.

Cuando el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al de Ahorro individual en el año 1998, operó lo dispuesto en el literal a) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, lo que en términos de la declaratoria de ineficacia conllevaría, entonces, a la devolución con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los valores que cobró el fondo privado a título de gastos de administración y comisiones, debidamente indexados, durante todo el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos

destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Pero no puede obviarse una realidad, y es que el demandante retornó al ISS el 01 de agosto de 2004, con lo cual, en esa ocasión, se activó el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, es decir, los recursos de la cuenta de ahorro individual regresaron en ese momento al ISS, en el Régimen de Prima Media, pero *en términos de semanas cotizadas*, permaneciendo allí hasta el 01 de agosto de 2009, cuando se produjo la nueva vinculación a la AFP Skandia, que, a su vez, estaría afectada por la declaratoria de ineficacia, lo que se traduce en que el dinero retornado guarda correspondencia con el número de semanas que reportó el ISS y no con las sumas que a éste se trasladaron por la afiliación del año 2004, es decir, a estas alturas hay efectos económicos que no resultan reversibles en los términos del artículo 1746 del Código Civil.

En ese orden, las declaratorias y condenas se impartirán con las fechas que en cada caso se indiquen.

Así las cosas, las consideraciones ya expresadas resultan suficientes para darle prosperidad a la alzada y, en consecuencia, REVOCAR el fallo proferido el 05 de febrero de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá para, en su lugar:

Declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por César Augusto Rodríguez Cely, al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, el 24 de julio de 1998 y el 25 de junio de 2009, teniendo en cuenta:

i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, a partir de agosto 01 de 2009, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobró el fondo privado a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales desde el 01 de septiembre de 1998 hasta el 31 de julio de 2004 y a partir de agosto 01 de 2009;

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar.

Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Old Mutual SA, hoy Skandia SA, a devolver, a partir de agosto 01 de 2009, la totalidad de los valores

recibidos de los empleadores del señor César Augusto Rodríguez Cely, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, valores utilizados en seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

Declarar como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, desde el 01 de febrero de 1980, hasta la actualidad, sin solución de continuidad, con el deber de actualizar en ese sentido su historia laboral.

Se absolverá de las demás pretensiones de la demanda.

Sin costas en el recurso extraordinario, dada la prosperidad del mismo.

Las costas en las instancias a cargo de las demandadas y a favor del reclamante.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el veintitrés (23) de octubre de dos mil

diecinueve (2019) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que instauró **CÉSAR AUGUSTO RODRÍGUEZ CELY** contra **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS SA** hoy **SKANDIA SA** y **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

En sede de instancia, resuelve:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de febrero de 2019, para en su lugar:

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada por César Augusto Rodríguez Cely al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 24 de julio de 1998 y el 25 de junio de 2009, teniendo en cuenta lo explicado en la sentencia CSJ SL2877-2020:

i) que ésta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, a partir de agosto 01 de 2009, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida;

ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobró el fondo privado a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para

garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales desde el 01 de septiembre de 1998 hasta el 31 de julio de 2004 y a partir de agosto 01 de 2009;

iii) que los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, conlleva que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, esto es, que mantendrán su poder adquisitivo inicial, por lo que se deben indexar.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Old Mutual SA, hoy Skandia SA, a devolver, a partir de agosto 01 de 2009, la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor César Augusto Rodríguez Cely, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a ese fondo en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, valores utilizados en seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

CUARTO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, desde el 01 de febrero de 1980, hasta la actualidad, sin solución de continuidad, con el deber de actualizar en ese sentido su historia laboral.

QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: COSTAS como se dijo en la parte motiva.

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

OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

(IMPEDIDO)

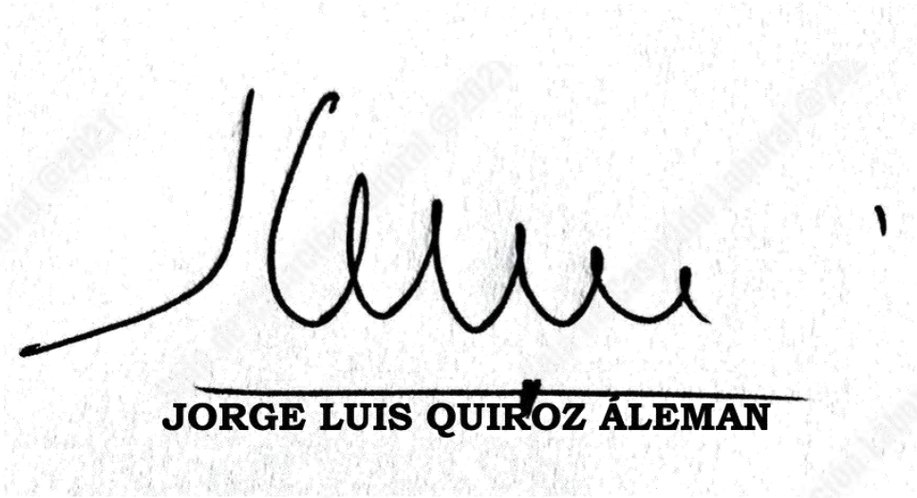
FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

28/07/2021

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



JORGE LUIS QUIROZ ÁLEMAN

SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ
Magistrado ponente

Radicación n.° 88826

CÉSAR AUGUSTO RODRÍGUEZ CELY contra **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS** y **COLPENSIONES.**

Respetuosamente manifiesto que me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, al casar la sentencia proferida el 23 de octubre de 2019 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por las razones que expongo a continuación.

Contrario a lo aducido, considero que el deber de información y asesoría para la época en que se produjo el traslado, en julio de 1998, se circunscribía a poner en conocimiento de los afiliados el reglamento del fondo, de fácil comprensión, en el que estuvieran consignados, entre otros, sus derechos y sus obligaciones, así como la posibilidad de los afiliados de solicitar asesoría al fondo para la contratación de rentas vitalicias, y la responsabilidad de las AFP respecto

a los perjuicios que por culpa leve ocasionaran a sus afiliados.

Empero, el deber de asesoría para el traslado de régimen, con tal nivel de detalle, constitutivo de un consentimiento informado, cuyo incumplimiento conllevara la ineficacia o nulidad del traslado, por ausencia de voluntad en la celebración del acto jurídico o vicios del consentimiento derivados de esa falta de información, no podría establecerse de la normatividad vigente para esa época, ni de la aducida en la decisión de la que me aparto, sino a partir del estatuto del consumidor financiero previsto en la Ley 1328 de 2009, derivado en particular de los principios consagrados en su art. 3º, cuales son, la debida diligencia, libertad de elección, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, y educación para el consumidor financiero.

Igualmente, de lo dispuesto en el art 48 *ídem*, que modificó el literal c) del art. 60 de la Ley 100 de 1993, en cuanto a la libertad de selección y traslado de administradoras y fondos de pensiones, y la obligación de otorgar información que le permita a los afiliados la adopción de decisiones informadas; y, del contenido mínimo de la información establecido en el art. 9º del estatuto, en particular, con la adición a esa obligación, prevista en la Ley 1748 de 2014, en la que se estableció también lo relativo a las proyecciones pensionales.

Como en este asunto, es de la normatividad vigente en julio de 1998, época del traslado de régimen de la parte

actora, de donde se pueden derivar las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS frente al deber de información para el caso concreto, no podía imponerse el denominado deber de información con un contenido material, a partir de la Ley 1328 de 2009, y lo previsto en los numerales 1° del art. 97 y 4° del art. 98 del Decreto 663 de 1993, estrictamente relacionados con operaciones financieras, mas no con los procesos de afiliación al régimen de ahorro individual en el sistema pensional, el que para el momento de su expedición ni siquiera existía.

Asimismo, para esa época era imposible prever el devenir económico y de los portafolios pensionales, que infortunadamente, *a posteriori,* mostró no coincidir con las expectativas del nuevo régimen pensional, en el que el valor de la pensión de vejez en sus distintas modalidades, pende del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, acorde con los aportes que se efectúen y los rendimientos financieros que los mismos generen, sin contar con el desconocimiento de las condiciones particulares del afiliado, proyección de ocupación laboral y de ingresos, así como su situación familiar y de beneficiarios, por lo que era imposible anticipar el valor de la pensión.

Entonces, cualquier cálculo o aproximación a ese valor de mesada pensional, constituiría simple especulación, en cualquiera de los regímenes, máxime si se tiene en cuenta que para la fecha del traslado, al demandante le faltaban más de 26 años para arribar a la edad mínima pensional en el

régimen de prima media, y pese al considerable número de semanas que tenía cotizadas, poco menos de las requeridas en ese momento para la causación de la pensión en el mismo sistema, estas se incrementaron con la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, requiriendo a partir de ella, un mínimo de 1300 semanas en el régimen de prima media a partir del año 2015; y, no tenía ningún tipo de expectativa frente al régimen de transición pensional previsto en la Ley 100 de 1993.

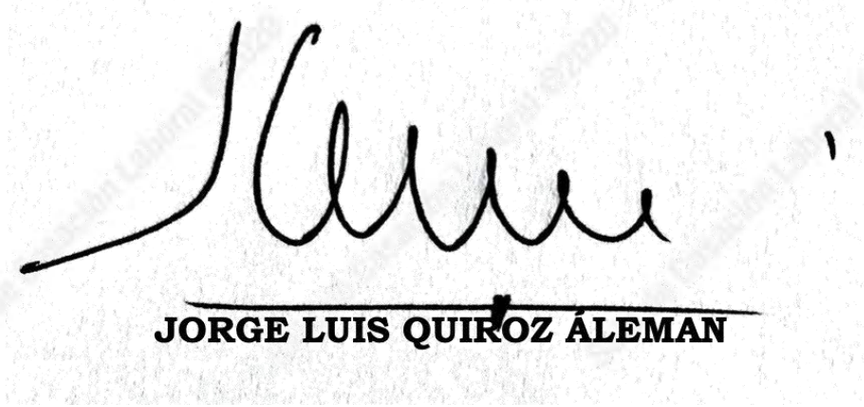
Para la fecha de traslado de régimen, en verdad el demandante no tenía ninguna garantía consolidada ni una expectativa legítima de alguna, le sobrevino al acto jurídico de afiliación por primera vez al RAIS, una reforma legal y una constitucional, y no era posible determinar con probabilidad de certeza la verdadera incidencia o las consecuencias de ese acto, en su caso particular.

Además, tuvo la posibilidad de retractarse de su decisión de traslado al régimen de ahorro individual, así como la de retornar al régimen de prima media con prestación definida, y así lo hizo en el año 2004, sin embargo, retornó al RAIS en el año 2009, faltándole aún poco más de 14 años para arribar a lo 62 de edad, decidiendo con ello permanecer en ese régimen pensional; y, en todo caso, en ambos regímenes se garantiza su derecho a la seguridad social, el que conlleva el cumplimiento de los requisitos previstos por el legislador para el reconocimiento de las prestaciones del sistema pensional en cada uno.

Es por ello, que debía asumir las consecuencias jurídicas del acto de afiliación, que comporta la adhesión a las condiciones previstas en la ley para cada uno de los regímenes del sistema pensional, cuya elección es libre y voluntaria, proviene de la decisión del afiliado, con las limitantes de ley, y cuyas contingencias, derechos y obligaciones resultantes, son las dispuestas por el legislador para el régimen seleccionado, ofreciendo cada uno beneficios diferentes, sin que puedan predicarse unos como mejores o superiores que otros, simplemente distintos y acordes a las necesidades y requerimientos personales de cada afiliado, lo que en principio se determina en el momento de la afiliación, pese a que *a posteriori* pueda sufrir variación, sin que en ningún caso el error sobre un punto de derecho sea constitutivo de un vicio en el consentimiento, ni redunde en la ineficacia del acto jurídico respectivo.

En los anteriores términos dejo sustentado mi salvamento de voto.

Fecha *ut supra*



JORGE LUIS QUIROZ ÁLEMAN

Magistrado