



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Magistrado ponente

SL5280-2021

Radicación n.º 85801

Acta 42

Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la señora **PATRICIA MARGARITA RICARDO RICARDO** contra la sentencia proferida el 29 de enero de 2019, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario laboral que promueve en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** – y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA.**

I. ANTECEDENTES

La citada accionante pidió que se declarara la «nulidad» de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS -, realizada a través de la AFP demandada Protección SA el 1 de julio de 1998. En consecuencia,

requirió que se reconociera su condición de beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y se condenara a Colpensiones a pagarle una pensión de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1 de julio de 2014, con primas, reajustes legales y el retroactivo causado.

Para fundamentar sus súplicas, narró que nació el 25 de agosto de 1957 y había comenzado a cotizar en el extinto Instituto de Seguros Sociales el 30 de julio de 1986, donde permaneció hasta el 30 de junio de 1998, fecha en la que se inscribió en el RAIS, a través de la AFP demandada Protección SA, teniendo para ese momento más de 40 años de edad y más de 533 semanas cotizadas. Agregó que esta última institución no le informó las consecuencias de su traslado al RAIS, específicamente en cuanto perdería la posibilidad de pensionarse bajo los parámetros del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; no le indicó las características de ese sistema de capitalización; no tuvo en cuenta sus antecedentes laborales y salariales; y no le ofreció ilustraciones sobre los distintos escenarios de los dos regímenes pensionales.

Explicó también que, luego de tramitar una acción de tutela, en el mes de octubre de 2005 logró retornar al régimen de prima media con prestación definida – RPM –, administrado por Colpensiones, y que allí completó 1394 semanas cotizadas, hasta el 30 de mayo de 2014, aparte de que cumplió la edad de 55 años el 25 de agosto de 2012. Añadió que, mediante Resolución no. GNR 224043 del 17 de

junio de 2014, Colpensiones le otorgó una pensión de vejez, pero bajo las condiciones previstas en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, de manera que fue desconocida su condición de beneficiaria del régimen de transición, pese a que tenía más de 35 años para el 1 de abril de 1994 y más de 750 semanas para cuando entró en vigencia el Acto Legislativo 1 de 2005.

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda. Admitió que la demandante estuvo vinculada al extinto ISS hasta cuando ocurrió su traslado al RAIS, así como su posterior retorno al RPM, en cumplimiento de una sentencia de tutela, y que le otorgó una pensión de vejez con las condiciones de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. En torno a los demás hechos, expresó que no eran ciertos o que no le constaban. Precisó que la actora había perdido el régimen de transición, debido a su traslado al RAIS y por no tener más de 15 años de servicio o semanas cotizadas para el 1 de abril de 1994. Igualmente, planteó las excepciones de buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción.

Protección SA también se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Admitió el traslado de la demandante al RAIS y su posterior retorno al RPM, administrado por Colpensiones. En torno a los demás hechos, indicó que no le constaban. Arguyó que la vinculación de la actora a la entidad había sido acompañada por asesores comerciales, que estaban capacitados para

brindar la información tendiente a que los afiliados tomaran la decisión que fuera más conveniente a sus necesidades y expectativas. Recalcó que, en este caso, la afiliación había sido libre y voluntaria, de acuerdo con la firma plasmada en el formulario de vinculación, y que lo que en realidad buscaba la demandante era recuperar el régimen de transición. Propuso la excepción de inexistencia de nulidades por no configurarse un vicio en el consentimiento.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo proferido en audiencia del 18 de mayo de 2018, resolvió negativamente las excepciones propuestas por las demandadas; declaró la *nulidad* de la afiliación de la demandante al RAIS, llevada a cabo el 1 de julio de 1998; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la actora la pensión de vejez, como beneficiaria del régimen de transición, a partir del 1 de julio de 2014, en cuantía igual a \$8.154.226.00, con los aumentos anuales, 13 mesadas anuales y retroactivo causado; ordenó a la AFP Protección SA trasladar a Colpensiones las sumas correspondientes a los gastos de administración de los aportes pensionales de la afiliada; y, finalmente, condenó a Protección SA al pago de las costas y absolvió de este rubro a Colpensiones.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Protección SA, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de la sentencia proferida el 29 de enero de 2019, revocó la decisión emitida por el juzgador de primer grado y, en su lugar, absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal estimó que el problema jurídico que debía resolver estaba dado en determinar si era procedente declarar la nulidad del traslado de régimen pensional de la demandante y si, como consecuencia, resultaba viable la reliquidación de su pensión de vejez, con base en las normas del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, hizo alusión a los artículos 11 del Decreto 692 de 1994 y 13 de la Ley 100 de 1993, en tanto establecen las características del sistema general de pensiones y prevén que la selección de los dos regímenes allí contemplados es libre y voluntaria por parte del afiliado, que debe así manifestarlo por escrito en el momento de la vinculación, entendiéndose con ello aceptadas todas las condiciones del mismo. Igualmente, anotó que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 contempla la ineficacia de la afiliación, en caso de que se atente contra esa libertad de elección.

Consideró también que la denuncia de la demandante en torno a la afectación de su afiliación, por falta de información, debía ubicarse dentro del ámbito de los vicios del consentimiento y, más específicamente, dentro del error de hecho, conforme a lo previsto en el artículo 1508 del Código Civil, pues se trataba de un presunto ocultamiento de las consecuencias reales de la vinculación al RAIS, independientemente de la pertenencia o no al régimen de transición, es decir, que se trataba de un error en torno al objeto y la sustancia del contrato. Citó, en este punto, las sentencias proferidas por esta corporación de radicación 31989 de 2008 y 33083 de 2011.

Para el caso concreto, luego de reiterar la posición de las partes frente a la legalidad de la afiliación, precisó que si bien la demandante perseguía la nulidad de su afiliación inicial al RAIS, llevada a cabo en el año 1998, no era posible perder de vista que ya había retornado al RPM administrado por Colpensiones, en el año 2005, según los hechos de la demanda, en cumplimiento de una decisión de tutela. Agregó que, de conformidad con el expediente administrativo, esta última vinculación a Colpensiones había sido aprobada el 30 de septiembre de 2005, pero no obraba prueba de alguna decisión de tutela que ordenara tal traslado.

Destacó que la demandante, en el momento de rendir su interrogatorio de parte, había confesado que una de sus compañeras le había informado que estaba a tiempo para retornar al régimen de prima media y que, con asesoría

externa, había realizado el trámite respectivo, inicialmente negado y, posteriormente, aprobado por Colpensiones.

A partir de todo lo anterior, coligió que si bien la demandante había realizado un traslado inicial al RAIS, lo cierto era que, para el año 2005, actuando con plena autonomía de la voluntad, como lo había confesado en el interrogatorio de parte, había retornado por los cauces legales y normales establecidos al régimen de prima media, incluso con asesoría externa, por lo que, frente a dicho acto de voluntad, resultaba aplicable lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias CC C-789-2002 y CC C-1024-2014, de las que citó varios segmentos.

Señaló que, de conformidad con lo anterior, el régimen de transición de la demandante se había visto afectado por su vinculación inicial al RAIS y su posterior retorno al RPM, este último voluntario y asesorado, y que, por lo mismo, la afiliada debía ceñirse a las normas constitucionales y legales pertinentes, entre otras, las que prevén que si el interesado no tenía 15 años de servicios o cotizaciones para el 1 de abril de 1994 no podía conservar el régimen de transición.

Insistió en que el traslado ocurrido en el año 1998 había culminado legalmente con el retorno al RPM en el año 2005, que, repitió, había sido libre y voluntario por parte de la afiliada, además de asesorado, lo que ponía fin a la vinculación al fondo privado, pero con los condicionamientos expuestos por la Corte Constitucional, específicamente, la no conservación del régimen de transición.

Explicó que *en el retorno al RPM* no se había demostrado algún vicio en el consentimiento o que dicha situación hubiera obedecido al cumplimiento de una sentencia judicial, pues, por el contrario, ello había ocurrido por los cauces legales y junto con la petición de reconocimiento de la pensión de vejez, sin que se hubiera incoado recurso alguno frente a la resolución que concedió ese derecho, sin régimen de transición.

Dijo, en tal sentido, que cualquier vicio en el consentimiento en el traslado inicial había sido convalidado con el posterior retorno al RPM, rodeado de un consentimiento libre e informado, máxime cuando no sería posible «*nulitar*» una afiliación al RAIS que había sido superada por los cauces normales y, por ello, había cesado en sus efectos jurídicos, debiéndose someter la actora a las consecuencias de ese traslado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por el apoderado de la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, que procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case *totalmente* la sentencia recurrida y que, en sede de instancia, confirme la decisión emitida por el juzgador de primer grado.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación laboral, que fueron oportunamente replicados y que pasan al examen de la Sala.

VI. CARGO PRIMERO

Se formula de la siguiente forma:

La sentencia impugnada viola por la vía indirecta, en el concepto de aplicación indebida, los artículos 1, 3, 4, 5, 11, 13, 33 (modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003), 36, 64, 68, 96, 97, 114, 141, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; 11 del Decreto 692 de 1994; 97 y 98 del Decreto 663 de 1993; 2 de la Ley 797 de 2003; 1 y 3 del Decreto 3800 de 2003; 3 del Decreto 1161 de 1994; 1502, 1508 a 1516 y 1603 del Código Civil Colombiano; 19 del Código Sustantivo del Trabajo; 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990; Acto Legislativo 01 de 2005; 8 de la Ley 153 de 1887; 48 y 53 Superiores y 145 del C.P.T. y de la S.S., en relación con los artículos 164 y 167 del C.G.P.

Aduce que el Tribunal incurrió en los siguientes errores de hecho:

1. Considerar sin corresponder a la evidencia, que la vinculación de la demandante a los fondos de cesantía (sic) se realizó cumpliendo con los requisitos dispuestos para ello, puesto que se le suministró la información que era pertinente en el momento de la afiliación.
2. Considerar en contra de la evidencia que la demandante firmó voluntariamente, en forma expresa, libre y sin presiones el formulario de afiliación en cada una de esas administradoras.
3. No dar por demostrado, estándolo, que en el expediente no obran pruebas de las cuales se pueda concluir válidamente que se le hubiese brindado información clara, precisa, suficiente y veraz y, por supuesto, que aparezca la supuesta libertad y la voluntariedad necesaria para realizar el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

4. No dar por demostrado, estándolo, que la demandante suscribió el formulario de afiliación por el error inducido y/o por el dolo con el que obraron las administradoras de pensiones, de modo que el consentimiento que prestó está viciado.
5. No dar por demostrado, estándolo, que procede la nulidad de la vinculación y el traslado efectuado por la demandante del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.
6. Considerar en contra de la evidencia que la demandante admitió haber realizado el trámite (sic) respectivo para el traslado y que además, confesó que una compañera le había informado y por la asesoría externa que recibió, es decir que regresó actuando con plena autonomía de la voluntad, esto es, por los cuales (sic) normales y legales.
7. Considerar sin corresponder a la evidencia, que la demandante perdió el beneficio del régimen de transición porque el retorno fue un acto libre, voluntario e incluso asesorado.
8. Considerar, sin ser verídico, que la actora no acreditó vicio alguno del consentimiento en el traslado inicial y que si lo hubo, el retorno al régimen de prima media lo convalidó, porque medió un consentimiento libre e informado.
9. Considerar, en contra de la evidencia, que la demandante no acreditó que el retorno al régimen de prima media obedeciera al cumplimiento de un fallo judicial.

Precisa también que los mencionados yerros fueron producto de la apreciación indebida de la demanda, la contestación de la demanda de Colpensiones, y la de Protección SA (f.º 96 a 100), la historia laboral, el formulario de afiliación de folio 101, el expediente administrativo, la decisión de tutela del 10 de julio de 2014 y el interrogatorio de rendido por la parte demandante. Igualmente, por la falta de valoración de la declaración de parte rendido por el representante legal de Protección SA, en audiencia del 22 de abril de 2018.

En desarrollo de la acusación, el censor arguye que en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de Protección SA quedó demostrado que a la demandante no le fue transmitida información relativa a las consecuencias de su traslado ni fue analizada con detenimiento su situación particular, quedando al descubierto la falta total de asesoría, pues no le fueron reveladas las ventajas y desventajas de ese acto y, concretamente, la inconveniencia en su caso particular, de manera que las obligaciones de la AFP fueron totalmente descuidadas y no hubo libertad o voluntariedad del afiliado.

Indica que en el referido interrogatorio de parte se aceptó que no existe algún soporte documental del cumplimiento de las referidas obligaciones por parte del fondo; que sí se sabían las condiciones particulares de la actora, en torno a su historia laboral, salario y bono pensional; y que, a partir de allí, se puede concluir que el traslado no estuvo rodeado de información veraz, oportuna y completa, además de que la AFP demandada actuó solo en beneficio de sus propios intereses.

Añade que el Tribunal reconoció todas las *guías jurisprudenciales* pertinentes, pero procedió en forma contraria a las enseñanzas allí transmitidas, pues no tuvo en cuenta las explicaciones consignadas en el interrogatorio de parte, «[...] *de modo que queda al descubierto que la demandada procedió con total engaño para provocar el traslado [...]*».

Insiste en que la AFP demandada provocó todas las fallas en el consentimiento de la demandante y faltó a sus deberes de asesoría, de manera que desconoció reglas como las fijadas, entre otras, en la sentencia de esta corporación CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, de la cual cita varios pasajes.

Afirma también que las explicaciones brindadas por la AFP demandada en la contestación a la demanda quedaron «devastadas» con el interrogatorio de parte rendido por su representante legal, en donde afirmó genéricamente que era necesario presumir que los asesores comerciales habían transmitido información suficiente sobre el traslado, lo que implicaba trasladar inadecuadamente la carga de la prueba a la demandante y reafirmaba el hecho de que en este caso no se cumplió el deber de informar sobre las consecuencias del traslado al RAIS, pues no existe algún soporte documental que así lo determine.

Precisa que el acto de traslado debe ser libre y voluntario y que ello implica para el interesado contar con toda la información pertinente, para no actuar en contra de sus propios intereses, cuestiones que no se pueden derivar simplemente del formulario de vinculación. Asimismo, que esa información debía recaer sobre proyecciones y comparaciones de los dos regímenes, así como sobre la inconveniencia de la operación para el caso particular de la demandante, elementos sin los cuales el Tribunal no podía asumir que esta última no fue víctima de engaño o que sí se

habían cumplido todos los deberes de gestión inherentes a la función del fondo de pensiones.

Sostiene que la demandante hizo negaciones indefinidas en el marco de la demanda, sobre la falta de información y asesoría, que, según las reglas relativas a la carga de la prueba, debían ser desvirtuadas por la demandada, con la prueba de su gestión efectiva, «*bien para persuadir o bien para desanimar*», y reitera que en este caso no existe prueba de la información completa y veraz sobre las consecuencias del traslado, de manera que con su decisión el Tribunal desconoció todas las reglas emanadas de la jurisprudencia en torno al *buen consejo* y la insuficiencia probatoria del formulario de vinculación. Cita, en este punto, extractos de la sentencia CSJ SL1452-2019.

Expone que la decisión del Tribunal desconoció la progresividad del derecho pensional y su naturaleza irrenunciable, los fines esenciales del Estado y la condición inalienable del derecho a la seguridad social, aparte de que pasó por alto la fijación del litigio, en la que no estaba en discusión el hecho de que la demandante retornó al RPM, tras lo cual no podía el Tribunal concluir erróneamente que la afiliación fue libre y voluntaria o que ese regreso al RPM demostraba el consentimiento libre de vicios de la afiliación al RAIS, de manera que en este caso estaba demostrado que «*[...] la demandante no convalidó el engaño del cual fue víctima, como con profundo error lo concluyó el sentenciador [...]*»

Finalmente, alega que esta corporación, en sede de instancia, encontrará que la demandante era beneficiaria del régimen de transición y tenía derecho al reconocimiento de la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, con un porcentaje de liquidación del 90%.

VII. RÉPLICA

El apoderado de Protección SA presenta unas consideraciones generales en torno a todos los cargos y, para tal efecto, cita segmentos de la sentencia de la Corte Constitucional CC C-1024-2004 y afirma que el Tribunal acertó en la interpretación del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Indica, en tal sentido, que dicha corporación concluyó válidamente que el retorno de la demandante al RPM saneó cualquier problema en la afiliación al RAIS, y que de darse curso a la tesis del recurrente se caería en el exabrupto de que ningún vínculo en la seguridad social tendría vocación de estabilidad, pues cada afiliado podría buscar lo que más convenga a sus intereses y caprichos, en contravía de la sostenibilidad del sistema.

Agrega que no es posible convertir el futuro económico de los afiliados en una especie de juego de azar, en el que cada cual puede hacer lo que le apetezca, sin términos o condiciones, y que la orden de devolución de los gastos de administración representa un enriquecimiento sin causa de la demandante, en perjuicio de la AFP demandada. Sostiene también que la negación indefinida no puede servir de base para que los jueces atiendan las pretensiones del afiliado, sin

ningún esfuerzo por comprobar el soporte de sus pretensiones y que, por regla elemental, nadie puede construir sus propias comprobaciones.

Específicamente, frente al primer cargo, explica que no hay confesión en la declaración del representante legal de Protección SA, sino una reafirmación del cumplimiento del deber de entrega de información idónea; que no es cierto que la entidad hubiera actuado en búsqueda exclusiva de sus intereses; que unos eventuales cálculos o proyecciones de la pensión resultaban intrascendentes; que el censor mezcla cuestiones jurídicas y fácticas en la acusación; que el formulario de afiliación fue suscrito en los términos legales; y que el recurrente no cuestionó el principal argumento del Tribunal, relativo a que con el retorno de la afiliada al RPM quedó superado cualquier inconveniente.

La apoderada de Colpensiones presenta réplica conjunta frente a los tres cargos y, con esos fines, señala que, para la fecha en la que se dio el traslado al RAIS, estaba vigente un simple deber de brindar información, que en este caso fue cumplido por el fondo demandado y podía ser acreditado con el formulario de vinculación. Añade que la ley, para ese momento, no contemplaba deberes adicionales, como la realización de una proyección pensional o que la asesoría estuviera documentada, lo que solo se vino a establecer con el Decreto 2241 de 2010.

Precisa también que en este caso la afiliación sí fue libre y voluntaria, aparte de que no era posible invertir la carga de

la prueba, de una forma tal que la parte demandante no asumiera ningún deber de demostrar algún vicio en el consentimiento expresado en el acto de afiliación, y que la decisión del Tribunal respeta los principios de sostenibilidad financiera del sistema, pues este tipo de asuntos genera una descapitalización y desconoce las reglas aplicables en materia de traslados y conservación del régimen de transición.

VIII. CARGO SEGUNDO

Se formula de la siguiente forma:

La sentencia impugnada viola por la vía directa, en el concepto de interpretación errónea, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, trasgresión que provocó la aplicación indebida de los artículos 1, 3, 11, 33, 64, 68, 96 y 97 de la Ley 100 de 1993; 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; 2 de la Ley 797 de 2003; 1 y 3 del Decreto 3800 de 2003; 3 del Decreto 1161 de 1994; 1502, 1508 a 1516 del Código Civil Colombiano; 19 del Código Sustantivo del Trabajo; 8 de la Ley 153 de 1887; 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990; 48 y 53 superiores y 145 del C.P.T. y de la S.S., en relación con los artículos 164 y 167 del C.G.P.

En desarrollo de la acusación, el censor aduce que el Tribunal incurrió en error jurídico al determinar que las reglas emanadas de la jurisprudencia, relativas a los deberes de información necesarios para la efectividad de un traslado, solo eran aplicables en los casos en los que el afiliado tenía una expectativa cercana de pensión o tuviera cumplidos los requisitos para obtener la misma, pues esta corporación ha enseñado que tales deberes están encaminados a verificar que se produzca una decisión realmente libre y voluntaria,

como lo exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que no «[...] pueda tener el carácter de un verdadero salto al vacío y carente de toda reflexión [...]»

En instancia, agrega, la Corte debe reconocer que en este caso no hubo información precisa sobre las consecuencias del traslado y, por ende, resulta necesaria la casación de la sentencia recurrida.

IX. RÉPLICA

Frente a los cargos dos y tres, el apoderado de Protección SA advierte que los jueces del trabajo tienen libertad para formar su convencimiento y que en este caso la apreciación de las pruebas fue atinada, de manera que, al dirigirse la acusación por la vía directa, tales deducciones fácticas se mantienen intactas, junto con la legalidad de la sentencia recurrida.

X. CARGO TERCERO

Se estructura en los siguientes términos:

La sentencia impugnada viola por la vía directa, en el concepto de infracción directa del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, trasgresión que provocó la aplicación indebida de los artículos 1, 3, 11, 13, 33, 36, 64, 68, 96 y 97 de la Ley 100 de 1993; 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; 2 de la Ley 797 de 2003; 1 y 3 del Decreto 3800 de 2003; 3 del Decreto 1161 de 1994; 1502, 1508 a 1516, 1604, 1610, 1740 del Código Civil Colombiano; 19 del Código Sustantivo del Trabajo; 8 de la Ley 153 de 1887; 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990; 48 y 53 Superiores y 145 del C.P.T. y de la S.S., en relación con los artículos 164 y 167 del C.G.P.

En desarrollo de la acusación, el censor alega que la decisión de traslado de régimen debe someterse a las condiciones de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, es decir que debe hacerse en forma libre y voluntaria, lo que, a su vez, implica la entrega de una información cierta, real, veraz y sin ningún tipo de sesgo, so pena de que el acto sea ineficaz.

Agrega que, como en este caso no está acreditado el cumplimiento de todos los protocolos relativos a ese deber de información, de manera que la demandante no tuvo conocimiento de las bondades y perjuicios de su traslado al RAIS, se produce el desatino jurídico por parte del Tribunal, pues, sin esa ilustración, el acto de afiliación no es realmente libre y voluntario.

Reitera las consideraciones expuestas en el primer cargo en torno a que en este caso no hubo cálculos y proyecciones comparativas de los dos regímenes; que la demanda contiene negaciones indefinidas en ese sentido, que competía desvirtuar a las instituciones demandadas; que la decisión del Tribunal es contraria a las reglas emanadas de la jurisprudencia de esta corporación; y que no se cumplieron los deberes de información y asesoría a la demandante, de manera que su traslado al RAIS resultaba ineficaz.

XI. CONSIDERACIONES

Los cargos se analizan de manera conjunta, a pesar de que se encaminan por diferente vía, en la medida en que denuncian la infracción de un conjunto similar de normas y se soportan en argumentos que se relacionan y complementan.

Para los fines de la acusación, no están sometidos a discusión los siguientes supuestos: i) la demandante estuvo afiliada al extinto Instituto de Seguros Sociales desde antes de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y era beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la referida norma, debido a su edad; ii) el 1 de julio de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS –, administrado por Protección SA; iii) posteriormente, en el mes de octubre de 2005, logró retornar al régimen de prima media con prestación definida – RPM –, en este caso administrado por Colpensiones; y, iv) finalmente, esta última institución le concedió una pensión de vejez, a partir del 1 de julio de 2014, sin reconocer el régimen de transición, por haberse registrado efectivamente el traslado de régimen y por no haber tenido más de 15 años de servicios o cotizaciones para el 1 de abril de 1994.

De cara a los referidos supuestos, en lo fundamental, como se dejó sentado en los antecedentes, el Tribunal partió de la base de que las denuncias de la demandante en torno a la validez de su afiliación al RAIS, efectuada en julio de 1998, debían imbuirse dentro del ámbito de los vicios del

consentimiento, concretamente dentro del concepto de *error de hecho*. Asimismo, consideró pertinente centrarse en el hecho del *retorno* de la afiliada al RPM, ocurrido en el mes de octubre de 2005, y resaltó que ese acto había sido libre, informado e, incluso, asesorado, además de que se había llevado a cabo por los cauces legales, de manera que, en sus términos, los efectos del traslado habían terminado y cualquier vicio había resultado convalidado.

Ahora bien, como lo resalta la oposición, los cargos no son lo suficientemente prolijos a la hora de identificar y controvertir los anteriores supuestos que, aunque confusos, fueron los verdaderos motivos de la decisión del Tribunal. Así, por ejemplo, no es cierto que ese juez colegiado hubiera incurrido en los primeros errores de hecho que se denuncian en el primer cargo, pues nunca concluyó con certeza que Protección SA sí brindó información suficiente sobre la dimensión y las consecuencias del traslado efectuado por la demandante al RAIS, en el año 1998. Tampoco sentó una regla jurídica como la denunciada en los primeros apartes del segundo cargo, relativa a que los criterios derivados de la jurisprudencia en torno a la materia solo se predicen de quienes tienen un derecho pensional consolidado o están próximos a adquirirlo.

Pese a lo anterior, de los tres cargos sí es posible rescatar un ataque en contra de las reflexiones del Tribunal, en tanto, según se denuncia en el primer cargo, dicha corporación desvió su mirada de la controversia suscitada en el proceso, relativa a las condiciones legales que debía reunir

el traslado de la demandante desde el RPM al RAIS, efectuado en 1998, para enfocarse en la voluntad expresada por la misma en el *retorno* del RAIS al RPM, ocurrido en el año 2005; tras ello, según se desprende de los cargos segundo y tercero, habría desconocido la regla jurídica en virtud de la cual el cambio de régimen inicial, del RPM al RAIS, debe analizarse en toda su dimensión, para determinar si el afiliado estuvo abrigado por un *consentimiento informado* al adoptar su resolución; y, nuevamente de cara al primer cargo, pasó por alto que Protección SA no demostró haber dado información clara, oportuna y efectiva de las consecuencias del traslado al RAIS, para el caso particular de la demandante.

Planteada la acusación en esos términos, frente al primero de los tópicos esbozados, vale la pena resaltar que, efectivamente, el Tribunal juntó confusamente el cuestionamiento nodal formulado en la demanda, en torno a la falta de información sobre las consecuencias del *traslado* de régimen pensional efectuado en el año 1998, del RPM al RAIS, con el escenario en el que se produjo el posterior *retorno* al RPM en el año 2005, de manera que traslapó los hechos e implicaciones de una figura con la otra. Es decir, supuso inadecuadamente y sin explicación que el consentimiento libre expresado en uno de esos momentos – *retorno* – demostraba el consentimiento libre necesario para el otro momento – *traslado* – y, más allá de eso, suplía cualquier falencia de información o asesoramiento.

Al actuar de esa manera, ciertamente el Tribunal se desentendió del objetivo inicial de la demanda, así como, entre otros, de la fijación del litigio, en la que quedó claro que la finalidad del proceso era indagar por las condiciones específicas – desinformación - en las que se habría producido el traslado de la demandante al RAIS, el 1 de julio de 1998, que producirían su «*nulidad*», y no por las circunstancias del *retorno* al RPM, que fue un hecho libre de debate. Por esa misma vía, el Tribunal terminó analizando si la actora podía conservar el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pese a su traslado de régimen al RAIS, al amparo de lo dispuesto por la Corte Constitucional en las sentencias CC C-789-2002 y CC C-1024-2004, que, se repite, no era el objeto del litigio.

Ahora bien, el Tribunal tampoco podía suponer que el retorno de la demandante al RPM – año 2005 - podía *convalidar* o *ratificar* su libertad informada en el momento previo de su traslado al RAIS – año 1998 -, pues, en primer lugar, desde el punto de vista fáctico, según el expediente administrativo cuya valoración se denuncia en el primer cargo, en conjunto con el interrogatorio de parte de la demandante, del que el Tribunal derivó una confesión, lo que demuestra dicha acción es que la afiliada intentó todas las acciones posibles para retornar al RPM, luego de advertir que su primer traslado al RAIS había sido un error desafortunado para sus intereses, que sacrificaba su derecho pensional con las condiciones del régimen de transición.

Es decir que, más que una *ratificación* de su voluntad de pertenecer al RAIS, con suficiente información sobre las consecuencias de esa medida, el retorno al RPM muestra es todo lo contrario, es decir, la intención desesperada de la actora de remediar un acto que en condiciones normales no hubiera consentido, por todas las graves consecuencias que le representaba.

Igualmente, desde el punto de vista jurídico, la consideración del Tribunal también resulta errónea pues, como se explicó en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, los traslados posteriores de un afiliado no pueden convalidar la actuación viciada en el traslado inicial, y como se ratificó en la sentencia CSJ SL1688-2019, las falencias en el suministro de información completa, veraz y efectiva sobre las consecuencias de un traslado, que pueden ocasionar su ineficacia, se deben examinar en el momento mismo del traslado y no con posterioridad.

Finalmente, la consideración del Tribunal en este punto fue en extremo contradictoria, pues coligió que el traslado inicial al RAIS había quedado superado, o que había culminado en sus efectos jurídicos con el retorno posterior al RPM, pese a que en la misma decisión le dio todos sus efectos a esa medida para deducir que la demandante había perdido el régimen de transición.

Es decir que, en torno a este primer tópico, la acusación es fundada.

Ahora bien, en segundo lugar, al desviar su mirada de la verdadera discusión planteada en el proceso, el Tribunal incumplió con su carga de analizar si el traslado de la demandante del RPM al RAIS, ocurrido en 1998, había estado rodeado de todas las garantías y procedimientos tendientes a que la afiliada hubiera adoptado su decisión en condiciones verdaderamente libres y voluntarias o a que contara con una *libertad informada*.

Tras ello, el Tribunal desconoció varias reglas jurídicas desarrolladas por la jurisprudencia mayoritaria de esta Sala. En efecto, a partir de sentencias como las CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL17595-2017, CSJ SL2372-2018, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL1217-2021, entre muchas otras, esta corporación ha determinado que las administradoras de fondos de pensiones cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de su elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares e historia laboral, entre otras, y partiendo de la base de que en un sistema pensional complejo pueden presentarse asimetrías en la información.

Asimismo, ha determinado la Corte que, de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993,

la elección de un determinado régimen pensional debe ser libre y voluntaria, lo que implica, en la materialidad, que el afiliado cuente con información clara, transparente y contundente sobre las características de cada régimen y respecto de la dimensión y consecuencias de su decisión, por lo que, en los términos de la Corte, debe estar acompañado por una *libertad informada* o *consentimiento informado* a la hora de adoptar cualquier determinación, más cuando alguna operación en tal sentido puede acarrearle graves consecuencias para la configuración de su derecho pensional (CSJ SL19477-2017, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4806-2020).

Ha establecido también la Corte que la carga de la acreditación de esa información y acompañamiento al afiliado corresponde a los fondos de pensiones, en virtud de sus obligaciones con el sistema y teniendo en cuenta, entre otras cosas, que la carga de la prueba de la diligencia le compete a quien debe emplearlo (CSJ SL19477-2017, CSJ SL1452-2019). Igualmente, que ese deber no se supera simplemente con el diligenciamiento de un formato o la adhesión a una cláusula genérica, sino con la comprobación de que el interesado tuvo *«todos los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada»* (CSJ SL1421-2019, CSJ SL1452-2019, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4630-2019). Asimismo, que las consecuencias de esas falencias en la información o de que el consentimiento del afiliado no hubiera sido informado es la *ineficacia* de la afiliación (CSJ SL4630-2019).

En este caso, según lo explicado en la sentencia CSJ SL1452-2019, para la fecha de la afiliación de la actora al RAIS – 1 de julio de 1998 – se encontraba vigente una *primera etapa*, en la que, de conformidad con normas como los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como el artículo 97 del estatuto financiero de la época, el fondo de pensiones Protección SA estaba obligado a brindar información transparente y necesaria sobre las características de cada régimen y las consecuencias de un cambio para el afiliado, incluyendo la posible pérdida del régimen de transición, en ejercicio de «*los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público*».

Ninguno de esos elementos fue evaluado por el Tribunal respecto del traslado de la demandante al RAIS, a partir del 1 de julio de 1998, de manera que dicho juzgador incurrió en los errores jurídicos denunciados por el censor.

Finalmente, siguiendo la misma línea, el Tribunal también pasó por alto que, en este caso, desde el punto de vista fáctico, al expediente tan solo fue aportado el formulario de vinculación de la actora a Protección SA (f.º 101), que contiene una leyenda en virtud de la cual seleccionó el RAIS de manera «*libre, espontánea y sin presiones*», pero no existe prueba de que se le hubiera indicado, en forma clara, veraz y transparente, las características de cada régimen y, específicamente, para su caso, las complicaciones y consecuencias negativas que se producirían para su derecho pensional, por la pérdida del beneficio de transición que contemplaba el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como

también lo confesó el representante legal de la entidad en el momento de responder al interrogatorio de parte que le fue formulado.

Esa valiosa información, vale la pena advertirlo, no era desconocida para el fondo ni resultaba de difícil confección y transmisión, para el momento del traslado, aparte de que afectaba ciertamente la comprensión de la actora sobre la dimensión y las consecuencias de su elección del RAIS.

Como consecuencia de lo expuesto, los cargos son fundados y se casará la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso de casación.

XII. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, la decisión de la Corte debe abarcar el recurso de apelación formulado por la parte demandada Protección SA, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Frente al recurso de apelación, basta con reiterar las consideraciones expuestas en sede de casación, en virtud de las cuales el fondo privado de pensiones tenía la obligación de brindarle a la demandante información clara, comprensible, veraz y transparente en torno a las consecuencias de su afiliación al RAIS, específicamente la pérdida del régimen de transición, en el momento mismo del traslado; que no demostró haberlo hecho en el curso del

proceso, con pruebas ciertas y eficaces, diferentes al formulario de afiliación; que tenía la carga probatoria de hacerlo, según lo ha enseñado la jurisprudencia; y que la consecuencia de tal omisión es la *ineficacia* de la afiliación.

Las referidas reglas, contrario a lo argüido por el apelante, no nacieron de una jurisprudencia cuya aplicación pudiera pensarse retroactiva, sino que emanaban de las mismas normas de la Ley 100 de 1993 y del estatuto financiero de la época, como se explicó en casación, y no eran incompatibles con la naturaleza comercial y el ánimo de lucro del fondo de pensiones.

Vale la pena advertir también que quien debía acompañar e informar a la actora era el fondo de pensiones, en virtud de sus especiales obligaciones, y que no era la afiliada la que debía asesorarse por su propia cuenta, como reclama el apelante.

Ahora bien, como se analizó en casación, la consecuencia de las falencias en la información, que afectaron el traslado de la actora al RAIS y la debida configuración de su derecho pensional, generan la *ineficacia* del acto de traslado y no su *nulidad*, como lo determinó el juzgador de primer grado. En este punto, se precisará el fallo apelado.

En virtud de lo anterior, en cuanto a la devolución de los gastos de administración impuesta por el juzgador de primer grado, también reclamada por el apelante, la

jurisprudencia ha explicado que constituye un simple resultado de la *ineficacia* del acto de traslado, pues, teniéndose que suponer que ese trámite nunca existió, los referidos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida (CSJ SL4989-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4630-2019), así como los valores pagados por primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cuya devolución debidamente indexados, con cargo a los recursos del fondo privado, también había lugar a ordenar.

Finalmente, respecto de las costas, las mismas son el resultado del proceso, donde la administradora privada de fondos de pensiones resultó vencida.

En lo que tiene que ver con el grado jurisdiccional de consulta, respecto de las decisiones desfavorables a Colpensiones, la Sala observa que de la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, la misma no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que tampoco se vio afectado para su caso particular en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 1 de 2005, pues si bien cumplió la edad mínima en el año 2012, tenía más de 750 semanas para la fecha de entrada en vigencia de esa reforma constitucional y podía extender ese beneficio hasta el año 2014, como lo determinó el juzgador de primer grado; y, hay lugar a ordenar la devolución a la entidad, de los conceptos ya referidos, que no fue dispuesta en la primera instancia, para financiar en debida forma la prestación.

Bajo ese escenario, la demandante tenía derecho a que su pensión de vejez estuviera gobernada por el régimen de transición y, concretamente, para su caso, que le fueran aplicadas las condiciones de edad, tiempo y monto del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, al que estaba afiliada desde antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

La decisión del juzgador de primer grado adoptó la misma fecha de reconocimiento de pensión de vejez ya asumida por Colpensiones en la Resolución n.º GNR 224043 del 17 de junio de 2014 – 1 de julio de 2014 -, así como el ingreso base de liquidación, solo que se modificó el porcentaje o *monto*, que ascendió a 90%, de acuerdo con lo que dispone el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y teniendo en cuenta el total de 1403 semanas cotizadas por la afiliada, conforme se observa se observa a continuación:

Concepto	Valor
Total semanas cotizadas por la afiliada	1403,00
Base tasa de reemplazo por las primeras 500 semanas	45,00%
Número de semanas adicionales	900,00
Adición del 3% a la base por cada 50 semanas adicionales	54,00%
Límite máximo de la tasa de reemplazo establecido en el Acuerdo 049 de 1990	90,00%
TASA DE REEMPLAZO	90,00%

Concepto	Valor
Ingreso Base de Liquidación (IBL) según Resolución GNR 224043	\$ 9.060.251,00
Tasa de reemplazo según Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 758 de 1990)	90,00%
Valor de la primera mesada pensional	\$ 8.154.225,90
Valor de la mesada pensional a partir del 01/07/2014	\$ 8.154.225,90

El retroactivo causado corresponde a las diferencias verificadas entre la pensión de vejez otorgada y la que debió haberse reconocido, conforme al régimen de transición, que se cuantificó correctamente sobre 13 mesadas anuales, y actualizada a 31 de octubre de 2021, corresponde a:

FECHAS		VALOR DE LA MESADA PENSIONAL CALCULADA	VALOR DE LA MESADA PENSIONAL CANCELADA POR COLPENSIONES	VALOR DE LAS DIFERENCIAS	CANTIDAD DE MESADAS AL AÑO	VALOR TOTAL DE LAS MESADAS
INICIAL	FINAL					
1/07/2014	31/12/2014	\$ 8.154.225,90	\$ 5.676.247,00	\$ 2.477.978,90	7,00	\$ 17.345.852,30
1/01/2015	31/12/2015	\$ 8.452.481,39	\$ 5.883.865,95	\$ 2.568.615,44	13,00	\$ 33.392.000,70
1/01/2016	31/12/2016	\$ 9.024.637,38	\$ 6.282.150,07	\$ 2.742.487,30	13,00	\$ 35.652.334,95
1/01/2017	31/12/2017	\$ 9.543.320,11	\$ 6.643.210,87	\$ 2.900.109,24	13,00	\$ 37.701.420,10
1/01/2018	31/12/2018	\$ 9.933.510,39	\$ 6.914.826,65	\$ 3.018.683,74	13,00	\$ 39.242.888,66
1/01/2019	31/12/2019	\$ 10.249.197,45	\$ 7.134.579,91	\$ 3.114.617,54	13,00	\$ 40.490.028,05
1/01/2020	31/12/2020	\$ 10.639.107,67	\$ 7.406.000,73	\$ 3.233.106,94	13,00	\$ 42.030.390,19
1/01/2021	31/10/2021	\$ 10.810.445,18	\$ 7.525.270,67	\$ 3.285.174,51	10,00	\$ 32.851.745,08
TOTAL DIFERENCIAS						\$ 278.706.660,03

Por último, la excepción de prescripción sobre estas diferencias también fue acertadamente resuelta, pues entre la concesión de la pensión por parte de Colpensiones y la petición de reliquidación no transcurrieron más de 3 años. Al margen de ello, no existe alguna otra condena en contra de Colpensiones que deba ser revisada.

Así las cosas, salvo la precisión relativa a que debe declararse la ineficacia y no la nulidad de la afiliación al RAIS, se confirmará la decisión emitida por el juzgador de primer grado; y se adicionará, en el sentido de condenar a Protección SA a devolver a Colpensiones, además del valor correspondiente a los gastos de administración, las primas

de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, conceptos que deberán discriminarse con sus respectivos valores, con el detalle de los periodos a los que corresponden, los ingresos base de cotización, aporte pagado, valores descontados con esos fines, y demás información relevante, que permita establecer con claridad el cumplimiento de la orden.

Como ya se explicó, las costas de primera instancia quedan en firme a cargo de Protección SA y las de segunda instancia también correrán por su cuenta, debido al resultado de la apelación.

XIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el 29 de enero de 2019, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por la señora **PATRICIA MARGARITA RICARDO RICARDO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** – y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA.**

En sede de instancia, resuelve:

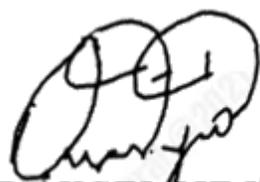
PRIMERO: Modificar el numeral segundo de la decisión emitida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de mayo de 2018, en cuanto se declara la *ineficacia* de la afiliación de la demandante al RAIS, ocurrida el 1 de julio de 1998.

SEGUNDO: Adicionar el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a Protección SA a devolver a Colpensiones, además del valor correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando tales conceptos con sus respectivos valores, con detalle de los periodos a los que corresponden, los ingresos base de cotización de cada uno, el aporte pagado, y las sumas descontadas de las cotizaciones efectuadas a favor de la demandante y objeto de devolución.

TERCERO: En todo lo demás, se confirma la decisión apelada y consultada.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA

Impedido

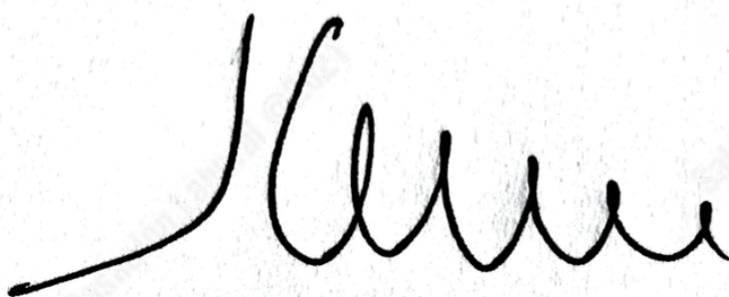
FERNANDO CASTILLO CADENA



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ



JORGE LUIS QUIROZ ÁLEMAN