

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANA ADELINA RAMIREZ LAZO CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES
MAGISTRADA PONENTE: ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN.

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa, me permito expresar mi disentimiento frente a la decisión adoptada en la parte resolutive del proveído, mediante la cual confirmó la decisión absolutoria de primer grado, pues considero que, la omisión en el deber de información por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional de la actora, deviene sin dubitación alguna en la ineficacia del referido acto.

Se sustenta la decisión en que, a su juicio, la parte actora confesó en interrogatorio de parte que sí recibió de la AFP la información necesaria de las características de los dos regímenes pensionales.

Esta servidora discrepa de tales planteamientos, toda vez que considero que en lo depuesto por la misma accionante, no se avizora confesión de haber recibido una información integral respecto de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales. Sin embargo, antes de descender al análisis factico del caso que nos convoca, considero oportuno hacer los siguientes planteamientos legales y jurisprudenciales.

El Código Civil colombiano, en su art. 1502 pregona que, el acto o manifestación de la voluntad mediante el cual una persona se obliga a otra, debe satisfacer cuatro requisitos *sine qua non*, dentro de los que se destaca que el obligado “*consienta en dicho acto o declaración y*

su consentimiento no adolezca de vicio". Entre tanto, el art. 1805 ibídem, señala de manera taxativa que los vicios que pueden afectar el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

Más adelante, el mismo estatuto en su art. 1741, sanciona con la nulidad absoluta y relativa los contratos que no cumplan con algunos de los requisitos formales, y como ya se indicó en apartes anteriores, uno de los requisitos es el consentimiento libre de cualquier vicio, de modo que *"El acto jurídico tiene eficacia y trascendencia legal en cuanto existen los elementos intrínsecos que lo condicionan, como son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y en cuanto, cuando es el caso, se hayan llenado como lo determina la ley"*¹

Así pues, reconocer efectos jurídicos a un acto que no satisface todos los requisitos formales, supone una afrenta al Estado Social De Derecho.

Adentrándose en las normas que integran el sistema general de seguridad social, se vislumbra que el consentimiento libre de vicios en el traslado de régimen pensional, tampoco se encuentra huérfano jurídicamente, en tanto, el literal B) del art. 13 de la ley 100 de 1993, señala que la selección de régimen de régimen debe responder a una decisión libre y voluntaria del afiliado, y, desde luego que una decisión carente de información o con información sesgada, no es de ninguna manera libre, por cuanto se encuentra viciada por el error al que el afiliado es inducido por la entidad encargada de suministrar la información integral. Así mismo, los artículos 271 y 272 ibídem, art. 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, art. 3 literal "C" de la ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, ley 1748 de 2014, art. 3° del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera, son disposiciones que establecen el deber de brindar información integral al afiliado al momento de elegir el régimen pensional.

¹ Sala Civil Corte Suprema de Justicia, sentencia SC19730-2017.

Es precisamente en estas disposiciones legales sobre las que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, edifica el precedente judicial sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional por la pretermisión del deber de información. En sentencia CSJ SL1452-2019 el alto tribunal analizó cuatro aspectos en torno al deber de información, a saber, i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado. Al respecto, puntualizó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo – artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010 – y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...”.

En lo que concierne al origen del deber de información, se advierte que, si bien es cierto, el deber de asesoría y buen consejo fue establecido en el año 2009, concretamente en el literal “C” del art. 3 de la ley 1328 de esa anualidad y el deber de doble asesoría fue incorporado al ordenamiento jurídico mediante la ley 1748 de 2014, ello no es óbice para que antes de la expedición de tales disposiciones legales, las administradoras de fondos de pensiones se sustrajeran del deber de brindar la información necesaria a los afiliados, en tanto, desde su fundación en el año 1993, estas entidades ya tenían la obligación de orientar de manera íntegra a sus potenciales afiliados. Así lo adoctrinó el máximo órgano de la justicia ordinaria laboral en sentencia SL1688-2019, (reiterada en sentencia SL1025-2022) en la que anotó:

“De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella

que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.”

Descendiendo al análisis factico del caso, es imperioso efectuar un análisis del interrogatorio de parte rendido por la misma actora y traído a colación por la Sala para sustentar la decisión absolutoria.

Concretamente, en las declaraciones citadas en la ratio decidendi de la decisión, la libelista expresa aspectos como:

- Que, en el año 1994, asistió a una reunión de al menos tres (3) horas con asesores de la demandada AFP PORVENIR, en la que le hicieron énfasis que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería.
- Que, le fue informado que, en el RAIS, dinero de los aportes iría a una cuenta individual, y no a un fondo común como sucedía en el RPMPD.
- Que, le fue informado que, en RAIS el valor de la pensión dependía del monto ahorrado o de los aportes que realizara, mientras que en el RPMPD se calculaba con base en los últimos diez años cotizados y con el cumplimiento de la edad mínima.
- Que, al acercarse a solicitar asesoría sobre su futuro pensional, la AFP le informó que con los aportes que había acumulado hasta ese entonces, su mesada pensional se acercaba a un salario mínimo mensual legal vigente y que en COLPENSIONES, su mesada pensional eventualmente mejoraría.
- Que, le fue informado que los rendimientos de los aportes en el RAIS dependían de la volatilidad de la bolsa de valores.
- Y por último, que le informaron que las cotizaciones que se encontraban en el ISS, serían trasladadas al fondo privado previa gestión de este último.

Pues bien, a juicio de esta servidora, de las declaraciones de la actora, no se advierte confesión de haber recibido de parte de la AFP información integral de las características de cada régimen. Se advierte que, en la reunión con los asesores, le insistieron en que el ISS desaparecería, pero no le informaron que sería reemplazada por otro fondo de pensiones de naturaleza pública. Al hacer hincapié en la liquidación del ISS y omitir informarle que se crearía otra entidad en su reemplazo, se genera en el afiliado un temor por su futuro pensional, que inevitablemente inclina su decisión a trasladarse de régimen pensional, con base en una información sesgada, pues no se les hizo mención a las ventajas del RPMPD.

También se advierte que, al brindarle información del RAIS, a la afiliada no se le muestran las desventajas, sino los aspectos positivos del mismo, tales como, que se pensionaría de manera anticipada.

De manera que, a la actora, no se le ilustró de manera clara y fácil de entender sobre cada una de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, pues únicamente se le informó de manera sesgada de las desventajas del régimen público, verbigracia que el ISS sería liquidado, y de las ventajas del régimen privado, verbigracia, que se podía pensionar anticipadamente, pero no se le indicó el monto del capital que debía acumular para ello, lo que no es de recibo para la suscrita, pues no es dable inferir que un régimen pensional solo tenga aspectos positivos, mientras que el otro solo suponga desventajas, de modo que no es cualquier información la que se le puede brindar al eventual afiliado.

A la accionante no se le informó en un lenguaje claro, simple y comprensible de aspectos como, i) el monto capital que debería acumular para consolidar su derecho pensional en el RAIS; ii) que la mesada pensional devengada en el RAIS, sería eventualmente inferior a la que le sería reconocida en el RPMPD debido a la forma en que se calcula cada una. Nótese que, fue recientemente que a la afiliada se le indicó que su mesada pensional en COLPENSIONES, sería

eventualmente superior a la que devengaría en la AFP PORVENIR, información que debió ser entregada antes del acto de traslado y no a la postre.

En suma, de las declaraciones vertidas por la accionante en interrogatorio de parte, no se vislumbra confesión de haber recibido información integral sobre las características favorables y desfavorables, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que, a juicio de esta servidora, la AFP PORVENIR no cumplió con el deber legal de suministrar información a su potencial afiliada, permitiendo un consentimiento desinformado, pese a tener a su disposición las herramientas técnicas y humanas para ello.

En los anteriores términos, dejo sustentado mi salvamento de voto.



CARMEN CECILIA CORTES SANCHEZ