



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 2

## **SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO**

**Magistrado ponente**

**SL2259-2021**

**Radicación n.º 82740**

**Acta 17**

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ MONTOYA** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018), en el proceso ordinario que instauró contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**.

### **I. ANTECEDENTES**

Francisco Javier Sánchez Montoya llamó a juicio a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, con el fin de que se declarara la nulidad o

ineficacia del traslado el 23 de enero de 1998 del régimen de prima media con prestación definida - al de ahorro individual con solidaridad -RAIS-. En consecuencia, se condenara a las demandadas a autorizar el retorno del demandante al RPMPD administrado por Colpensiones, ordenando a Provenir S. A. el traslado de la totalidad de los aportes, lo ultra y extra *petita* y las costas.

Fundamentó sus peticiones, en que nació el 3 de julio de 1955 razón por la cual alcanzó los 62 años en la misma fecha del año 2017; que prestó servicios al Departamento de Risaralda -Servicios Seccional de Salud- entre el 25 de enero de 1982 y el 2 de noviembre de 1991; al ISS empleador del 26 de diciembre de 1984 al 21 de enero de 1985 y del 3 de noviembre de 1992 al 31 de marzo de 1998; a la Universidad Tecnológica de Pereira del 15 de agosto de 1990 al 1º de septiembre de 1992 y del 8 de agosto de 1994 al 17 de abril de 2017 y al Hospital Universitario San Jorge de Pereira entre el 2 de mayo de 1997 y el 5 de abril de 1999.

Adujo, que además del tiempo de servicios prestado y cotizado por el recurrente como empleado oficial, ha venido prestando servicios y cotizando simultáneamente durante varios periodos como médico del sector privado, habiendo acumulado al menos hasta el 17 de abril de 2017, más de 35 años, 12.683 días, equivalentes a 1811 semanas.

Manifestó, que luego de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, fue visitado y contactado por una dependiente de la AFP Provenir S. A., quien lo instó y

asesoró para trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, convenciéndolo que de hacerlo, tendría una pensión de vejez no solo anticipada sino superior a la que obtendría si se mantuviera en el RPMPD, con derecho a excedentes de libre disposición y a disponibilidad de los recursos, suscribiendo así el formulario de traslado persuadido de que la información era veraz y benéfica.

Indicó, que para la data de su traslado, 23 de enero de 1998, prestaba sus servicios de manera simultánea como médico en la ESE Hospital San Jorge, en el ISS y como médico docente en la Universidad Tecnológica de Pereira; que sólo suscribió formulario para el traslado con el empleador ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira; que no lo hizo respecto al ISS ni a la Universidad Tecnológica de Pereira y, por ende, tampoco sus empleadores; que a pesar de ostentar la condición de empleado oficial, no presentó ante Porvenir S. A., el documento de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; que Porvenir S. A., durante la afiliación no le brindó asesoría eficaz para retornar al RPMPD; que en ese tiempo tampoco se le informó que la prestación pensional sería superior con Colpensiones.

Aseveró, que por Comunicación del 6 de abril de 2017 Porvenir S. A., le informó entre otras cosas: que su capital acumulado ascendía a la suma de \$314.106.042; que la pensión de vejez para cuando cumpliera 62 de años sería de \$3.967.000; que el IBL calculado fue de \$10.996.427.

Afirma, que de no haberse trasladado su pensión a partir del 3 de julio de 2017, sería equivalente al menos a \$8.689.376, superando en más de 100 % de la liquidada por el RAIS; que el 23 de marzo de 2017 solicitó la nulidad o ineficacia de su traslado, solicitud respondida de manera negativa el 6 de abril del mismo año, informándole que la única forma posible sería a través de una orden judicial por considerar la existencia de alguna irregularidad; que Colpensiones rechazó su traslado el 27 de marzo de 2017, por considerar que faltaban menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, decisión confirmada el 31 de marzo de ese mismo año (f.º 4 a 30 del cuaderno del Juzgado).

Colpensiones se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, manifestó no constarle por tratarse situaciones ajenas a su entidad, aceptando únicamente lo relacionado a la solicitud de traslado del accionante.

En su defensa propuso las excepciones de mérito de, inexistencia de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y la innominada (f.º 123 a 126, ibídem).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., negándose a las pretensiones, adujo frente a los hechos que los tiempos laborados descritos en la demanda no corresponden a los contenidos en la historia laboral; que según el reporte, el actor cuenta con 1836 semanas de aportes; que a Francisco Javier Sánchez Montoya se le brindó toda la información relacionada con las

característica propias del RAIS, sus diferencias con el RPMPD y las consecuencias derivadas de su traslado; que las proyecciones de mesadas pensionales que se le entregaron al afiliado para la época del traslado si eran superiores en el RAIS, era en razón a que en ese tiempo la inflación era mucho más elevada que en la actualidad; que no obstante, en su tiempo se le explicó a cerca de la imposibilidad de determinar, *a priori*, la mesada debido a que la misma dependía de variables inciertas como el número de semanas efectivamente cotizadas, el valor del bono pensional, rentabilidad del portafolio, comportamiento de la economía y demás.

Dijo, que aunque reportó un solo empleador, aparecían aportes de la Universidad Tecnológica de Pereira y del Hospital Universitario San Jorge; que la declaración del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, está contenida en el formulario de afiliación a Porvenir S. A. y que el demandante nunca radicó solicitud de asesoría para retornar al RPMPD, sin embargo, el fondo envía a todos sus afiliados que estén cercanos a cumplir la edad límite de traslado de régimen, una comunicación en la cual los invita a acercarse a una de sus oficinas para analizar su situación particular y determinar su conveniencia.

Excepcionó de fondo, la validez de la afiliación a Porvenir e inexistencia de vicios en el consentimiento; saneamiento del eventual vicio del consentimiento; prescripción, buena fe y la innominada (f.º 151 a 164 del mismo cuaderno).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, por sentencia del 12 de abril de 2018 (f.º 278 Cd a 279 del cuaderno del Juzgado), absolvió de las pretensiones de la demanda.

## **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Por apelación del demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante fallo del 27 de junio de 2018 (f.º 33 a 34 Cd del cuaderno del Tribunal), confirmó la sentencia recurrida e imponer costas al actor.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal centró como problema jurídico determinar si había lugar a declarar ineficaz la afiliación de Francisco Javier Sánchez Montoya al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Se refirió a la sentencia de esta Sala, CSJ SL12136-2014, para analizar que cuando está en juego por el traslado, la posible pérdida del régimen de transición por los beneficios que ésta conlleva, la carga de la prueba de haber ofrecido al usuario la información necesaria para tomar una decisión libre y voluntaria radica en cabeza del administrador. Sin embargo, cuando se trata de afiliados que no ostentan la calidad de beneficiarios del régimen de transición, la carga de la prueba de los motivos que se alegan como causas de la

ineficacia del traslado, le corresponde a quien los invoca, sin que, con el objeto de trasladar la carga probatoria a la administradora, le baste sostener que no fue informado sobre las consecuencias que el traslado conllevaría.

Sostiene, que ello es así en consideración a que las personas cuyos derechos están regidos en un todo por la Ley 100 de 1993 conocen que el sistema general de pensiones se soporta en dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten cada uno de ellos con características diferentes, con pros y contras, pero en todo caso con beneficios equiparables. Ninguno de ellos mejor o peor que el otro. Y precisamente por ello, sin que respecto a cualquiera de los dos se pueda pregonar *prima facie* un beneficio o un perjuicio que lo haga superior o inferior al otro. De allí que para establecer la ineficacia del traslado sea preciso que el interesado pruebe, sin lugar a dudas, que la información que se le dio al momento del cambio fue falaz y que producto de ese engaño, se asumió la decisión del traslado.

Aseguró, que en el presente caso, era necesario advertir que Francisco Javier Sánchez Montoya no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que, de acuerdo con el registro civil de nacimiento (f.º 85 del cuaderno del Juzgado), se evidencia que para 1º de abril de 1994, fecha en que empezó a regir el sistema general de pensiones, él tenía cumplidos 38 años de edad al haber nacido el 3 de julio de 1955 y según el certificado de información laboral emitido por la Gobernación de Risaralda (f.º 32) y la historia laboral inmersa en el

expediente administrativo que se encuentra en Cd visible folio 127 vto. para ese momento tan solo acreditaba 12 años, 2 meses y 6 días de servicios.

Acotó, que el demandante narra en la demanda (f.º 4 a 30), que su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad no fue eficaz en consideración a que la AFP Porvenir S. A., no le brindó la información suficiente para tomar una decisión adecuada, por lo que, al tornarse ello en una negación indefinida, en principio le correspondería a la AFP demostrar que sí lo hizo.

Afirmó, que esa inversión de la carga probatoria no se hace efectiva en este caso, debido a que Sánchez Montoya al suscribir el Formulario de afiliación n.º 996956 del 23 de enero de 1998 (f.º 161) declaró bajo la gravedad del juramento, haber escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad, de manera libre y espontánea y sin presiones, es decir, que su traslado a ese régimen pensional se hizo bajo los parámetros establecidos en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993. De modo, que le incumbía probar las afirmaciones en contrario, con base en las cuales aspiraba a obtener la declaración de ineficacia, pues al no ser beneficiario del régimen transicional, no se evidencia que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 23 de enero de 1998, le haya producido, en principio, afectación alguna.



Advirtió, que más allá de adjuntar el registro civil de nacimiento, la copia de la cédula de ciudadanía, los certificados de información laboral de las diferentes entidades en las que prestó sus servicios, la historia laboral y los extractos expedidos por la AFP Porvenir S. A., la solicitud de traslado elevada ante las entidades demandadas y el Oficio n.º 0207412024265400, en el que la AFP accionada realiza la perspectiva de pensión de vejez, a la que podría acceder en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pero no se ocupó de traer otro tipo de pruebas, desistiendo de los testimonios decretados por petición suya, con el fin de acreditar que la AFP Porvenir S. A. le había dado una información mentirosa que no hubiera hecho tomar una decisión cimentada en un engaño.

Describió que, por el contrario, al responder el interrogatorio de parte, Francisco Javier Sánchez Montoya confesó que en la asesoría brindada por la AFP accionada en el año 1998, se le informó que en el régimen de ahorro individual con solidaridad podía acceder a la pensión de vejez de manera anticipada, lo cual confirmó cuando antes de arribar a los 62 años, solicitó que se le reconociera la prestación económica y le dijeron que podía acceder a ese derecho, pero desistiendo de ello al ver que el monto no era el esperado; que también reveló que en la asesoría se le indicó que el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual podía ser parte de la masa sucesoral y que de acuerdo al monto de sus aportes, iba a poder tener acceso a una parte de sus ahorros para disponer de los excedentes de libre uso o destino, aceptando igualmente que el asesor le dijo que

cada tres años podía movilizarse entre los dos regímenes pensionados, indicando finalmente que solo hace tres años aproximadamente avizoró que el traslado no había resultado conveniente.

Indicó, que conforme con lo expuesto, más allá de afirmarse en la demanda que el accionante no recibió la información suficiente que le advirtiera sobre las implicaciones que le traía trasladarse del de prima media al de ahorro individual con solidaridad y que se le había dado información mentirosa, la verdad es que ello no quedó demostrado, pues, por el contrario, con la confesión hecha por el demandante, lo que quedó acreditado es que la información dada no contraría lo dispuesto el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, por lo que resultaría equivocado concluir que lo manifestado por la AFP Porvenir S. A. no obedecía a lo establecido en la ley, siendo el caso señalar que cuando a Sánchez Montoya se le preguntó cuál había sido la información que se le había dado, en ningún momento afirmó que se le hubiera prometido por parte de la AFP un monto de la pensión de vejez superior a la que podría devengar en el régimen de prima media con prestación definida, al punto que hizo saber que en ese momento, esto es, en el año 1998, no le comunicó al asesor cuál era su expectativa pensional.

Explicó, que tampoco puede perderse de vista que el accionante fue informado y, en consecuencia, era consciente de que podía movilizarse entre regímenes cada tres años, tal y como lo establecía en ese momento el literal e) del artículo

13 de la Ley 100 del 93 en su versión original, y que a partir de la modificación que le introdujo el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pasó a ser de cinco años, facultad de la cual no hizo uso en su oportunidad legal, ya que después del 23 de enero de 1998, cuando realizó la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad, decidió mantenerse afiliado a este régimen pensional.

Concluyó, que al no quedar acreditado que el traslado efectuado por el accionante ocurrió por un engaño en el que lo hizo incurrir la AFP y que él no hizo uso oportuno de la facultad de trasladarse, necesario resulta concluir que el mismo no resulta ineficaz, motivo por el que conformó la sentencia de primer grado.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

Interpuesto por Francisco Javier Sánchez Montoya, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver (f.º 4 a 64 del cuaderno de la Corte).

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

Pretende que esta Corporación,

CASE TOTALMENTE la sentencia de segundo grado proferida por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el día 27 de junio de 2018, en cuanto confirma la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 12 de abril de 2018 que absuelve a la entidad demandada de las pretensiones del recurrente y se le condena en costas.

Como consecuencia de lo anterior se solicita que la honorable Sala de Casación Laboral se constituya en Tribunal de instancia, revoque la sentencia de primer grado y se acojan las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad e ineficacia del traslado del que fue objeto el señor FRANCISCO JAVIER SANCHEZ MONTOYA desde el 23 de enero de 1998 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de ello se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, a autorizar el traslado del señor FRANCISCO JAVIER SANCHEZ MONTOYA del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida administrado por la última, trasladando a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES-, la totalidad de los aportes realizado a su nombre y que deben ser aceptados por ésta, con la consecuente condena en costas a su favor.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados y se pasa a estudiar de manera conjunta en razón a que comparten análogos argumentos y persiguen el mismo fin (f.º 15 a 64 del cuaderno de la Corte).

## **VI. CARGO PRIMERO**

Acusa la sentencia del Tribunal por:

Violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho manifestado no solo en la apreciación de la prueba sino además, por la falta de apreciación de otras legalmente incorporadas al proceso que condujo a violar, por aplicación indebida, los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política; 1º, 3º, 13, 114, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 en relación con los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo; 11 y 12 del Decreto 2157 de 1945; 1511 y 1524 del Código -Civil Colombiano.

Presenta como errores de hecho:

1.2.1. Dar por demostrado sin estarlo, que el señor Francisco Javier Sánchez Montoya no fue inducido a engaño y error para trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

1.2.2. Dar por demostrado sin estarlo, que el señor Francisco Javier Sánchez Montoya, fue informado de manera eficaz para adoptar la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

1.2.3. Dar por demostrado sin estarlo, que el señor Francisco Javier Sánchez Montoya fue informado plenamente de las consecuencias del traslado de régimen.

1.2.4. No haber dado por demostrado estándolo, que el señor Francisco Javier Sánchez Montoya, no presentó la comunicación escrita de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y que constituía requisito para trasladarse por primera vez de régimen.

1.2.5. Haber dado por demostrado sin estarlo, que el señor Francisco Javier Sánchez Montoya seleccionó el régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre, voluntaria y sin presiones simplemente por haber suscrito el formulario y haberlo declarado "bajo juramento"

1.2.6. Dar por demostrado sin estarlo, que como todas las personas conocen de los regímenes de pensiones y de las consecuencias de los traslados porque uno no es mejor que otro, no se puede valorar la prueba en igualdad de condiciones con el que es beneficiario del régimen de transición.

#### Denuncia como pruebas no apreciadas:

1.3.1. Hechos 12, 13 y 14 de la demanda que constituyen negaciones indefinidas. (fl. 8 y 9)

“12. La AFP Porvenir durante la afiliación del actor, no le brindó asesoría eficaz para retornar al régimen de prima media con prestación definida.

13. La AFP durante el tiempo de la afiliación del actor no le informó que la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida sería superior a la que le correspondería en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

14. La información y asesoría de la dependiente de Porvenir no solo resultaron falsas sino además claramente lesivas a los intereses de mi representado”.

1.3.2. Historia laboral del señor Francisco Javier Sánchez Montoya expedida por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- en la que da cuenta que para el mes de enero de 1998, que corresponde al del traslado, prestaba servicio y se hallaba afiliado al Instituto de Seguros Sociales como empleado no solo de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, sino además de la Universidad Tecnológica de Pereira y del Instituto de Seguros Sociales. (fl. 40 cuaderno 1).

1.3.3. Hecho 11 de la demanda que constituye negación indefinida.

“11. A pesar de ostentar la condición de empleado oficial el recurrente no presentó ante Porvenir el documento de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993”.

1.3.4. Oficio del 06 de abril de 2017 mediante el cual la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir le comunica o informa a su afiliado, entre otros aspectos, lo siguiente: (fl, 94 a 96 cuad. 1)

Que el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual ascendía a \$314.106.042.

- Que la pensión de vejez a la fecha en que cumpla 62 años de edad, sea de 93967.000\*

- Que el Ingreso base de liquidación del cálculo para la mesada pensional es de \$10.996.427

1.3.5. Afirmación indefinida expresada en el hecho 16 de la demanda.

“Si el señor Francisco Javier Sánchez Montoya no se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad) su pensión de vejez a partir del 3 de julio de 2017, fecha en la que cumplió 62 años de edad, sería equivalente al menos a \$8.689.376, suma que resulta de aplicar la siguiente fórmula:

[...]

Se deduce entonces que la pensión del actor en el régimen de prima media con prestación definida, calculada en \$ 8.010.645.93, superaría en más del 1000/0 de la mesada que le correspondería en el régimen de ahorro individual con solidaridad, \$ 3.967.000 que es la liquidada por Porvenir a partir de la fecha en que cumpla 62 años.

Y, como indebidamente apreciadas:

1.4.1 Formularios de traslado suscritos por el actor (folios 87 y 165).

1.4.2. Interrogatorio de parte del señor Francisco Javier Sánchez Montoya. (fl. 278 vuelto cd de audiencia de pruebas).

Para la demostración del cargo, sostiene que la legislación adjetiva o procedimental y muchos menos la jurisprudencia, han definido, como quiere hacerlo ver el Tribunal, que las negaciones o afirmaciones indefinidas solo tienen efectos, cuando de las mismas se pueda deducir la pérdida o no de un derecho o expectativa.

Asegura, que se dice lo anterior, porque el Colegiado hace una discriminación injustificada, por demás no prevista en la ley, en tratándose de las negaciones o afirmaciones indefinidas, al considerar que prácticamente estas no invierten la carga de la prueba, cuando una persona que se ha trasladado de régimen de pensiones no cumplía alguno de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiario del régimen de transición, con el argumento de que:

las personas, cuyos derechos están regidos en un todo por Ley 100 de 1993, conocen que el sistema general de pensiones se soporta en dos regímenes solidarios excluyentes, que coexisten, cada uno de ellos con características diferentes, con pros y contras, pero, en todo caso, con beneficios equiparables. Ninguno de ellos mejor o peor que el otro y precisamente por ello, sin que, respecto a cualquiera de los dos se pueda pregonar, prima facie, un beneficio o un perjuicio que lo haga superior o inferior al otro.

Afirma, que el inciso 5º del artículo 167 del CGP no hace la distinción efectuada por el fallador de segunda instancia, en el sentido de que las negaciones o afirmaciones expresadas en la demanda carecen de efectos probatorios o no puede validarse porque su fin no sea recuperar un derecho como sería el régimen de transición, por lo que cumpliendo el principio hermenéutico según el cual, cuando la ley es clara y no distingue, no le es dable al intérprete hacerlo so pretexto de consultar su espíritu y menos en tratándose de derechos laborales en los que se impone el principio de favorabilidad no solo en la aplicación sino en la interpretación de fuentes formales y más aún en el caso que se estudia, en la que la norma procesal establece un efecto útil para el actor como destinatario de la seguridad social y que le sirve de finalidad en las satisfacción o alcance de sus derechos laborales, tal como lo establecen los artículo 53 y 228 de la CP en concordancia con el 11 del CGP.

Acota, en lo relacionado a que a que el actor con la firma del formulario de afiliación declaró la escogencia de régimen de forma libre, que el documento de folios 87 y 165 no dice lo señalado en la sentencia, porque al suscribir el mismo, al que pusieron a declarar bajo juramento en el formato de proforma fue al empleador, pero que, de todas maneras, tampoco tiene la virtualidad de concretar o definir que la asesoría hubiera sido oportuna, eficaz, libre de engaño.

Alude a los hechos 12, 13 y 14 de la demanda, para expresar que Porvenir S. A. no allegó prueba de lo contrario, por lo que, no podía deducirse que hubiera confesado en el



interrogatorio como lo afirma la sentencia, que la información recibida había sido útil y eficaz para convencerse del traslado y para no retornar al régimen de prima media, que el traslado no resultaba lesivo a sus intereses, todo lo contrario, lo que indica y remata diciendo es que, fue engañado por el Gobierno y por los bancos, que no entiende como teniendo dos posibilidades le fueran a vender una cosa que no era tan buena como en la que estaba.

Arguye, que la prueba debe estudiarse en conjunto y no puede fraccionarse para extraer de la misma solo aquello que no le convine a una de las partes y más aún, cuando el precario examen se hace en contra destinatario de la seguridad social, para lo cual, transcribe ampliamente su interrogatorio, enfatizando que a fin de hacer uso de las reglas de la sana crítica, según los artículos 60 y 61 del CPTSS, no se puede citar simplemente frases de una prueba para deducir consecuencias contrarias.

Dice, que cuando en el interrogatorio, señaló que la asesora de Porvenir S. A. le informó que podía pensionarse anticipadamente o retirar el dinero para él administrarlo y que, de todas formas, el RAIS es era más beneficioso que el RPMPD, haciendo énfasis en la pregunta 6ª, considera que evidencia la falsa información que recibió.

Indica, que tampoco constituye asesoría eficiente que se le informe al potencial cliente que podía pensionarse anticipadamente, que tendría excedentes de libre disponibilidad, que si falleciera los recursos pasarían a ser

parte de la masa sucesoral, cuando no se le explican o exponen las condiciones, circunstancias que sí debían ser conocidas por la AFP, en tanto que, como administradora de régimen de pensiones no solo estaba llamada a conocer la ley sino además sus implicaciones y, por ende, tenía la obligación además de exponer los potenciales beneficios, lo que no le convenía o lo que le afectaba, pues como lo ha definido esta Corporación, esa asesoría debe ser integral, citando la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31898.

Insiste, que no era correcto para estimularlo decirle que tendría como opción pensionarse o que se le devolviera el dinero para que lo administrara, pues en realidad, la ley no previó esta situación, porque la única posibilidad sería tener excedentes de libre disponibilidad, pero no de cualquier manera, pues en los términos del artículo 85 de la Ley 100 de 1993, debían cumplirse los requisitos de los numerales a) y b), acentuando que con un IBL de \$10.996.427 como el liquidado por la AFP (f.º 95 vto. numeral 4º) y la liquidación de la pensión, no habría excedente alguno. Adicionado a que, los recursos de la cuenta de ahorro individual no pasarían a la masa sucesoral si optara por la renta vitalicia que era la que le garantizaba incremento o reajuste anual, como lo explica el demandante en el interrogatorio.

Precisa, que la prueba debe ser examinada y valorada integralmente y si se estudia la historia laboral expedida por Colpensiones (f.º 40 del cuaderno del Juzgado), como en efecto debió hacerlo la sentencia, podría haberse evidenciado que para el mes de enero de 1998, fecha en que se produjo el

traslado, estuvo afiliado al hoy Colpensiones, teniendo como empleador al ISS, en el que se reporta como salario \$439.688; con el empleador Universidad Tecnológica de Pereira, \$681.342 y con el Hospital Universitario San Jorge de Pereira, \$2.249.899, de lo cual se deduce que precisamente para este mes, tenía un ingreso base de cotización acumulado de \$3.370.929, salario que en términos reales resulta equivalente al del ingreso base de liquidación obtenido por la AFP Porvenir S.A. para el año 2017, \$10.996.427 y que le reporta o comunica a través del Oficio 0207412024265400 del 06 de abril de 2018 (f.º 95 *ib.*), correspondiente al promedio de los últimos 10 años anteriores a abril de 2017, corroborando que no contó desde su traslado al RAIS con salarios altos y que cotizó con condiciones uniformes hasta la fecha en que cumplió 62 años de edad el 3 de julio de 2017.

Increpa, que la liquidación por él presentada en la demanda, en la cual refiere que el monto de su pensión debió ascender a \$8.010.645,93 de no haberse trasladado al RAIS, en nada le llamó la atención al *ad quem*, indicando que las personas no tienen el suficiente conocimiento o capacidad para comprender el sistema, pues si ello hubiere sido así, nunca se cambiaría.

Recalca, que la inducción a error conlleva la ineficacia del traslado, para lo cual refirió al artículo 13 y 272 de la Ley 100 de 1993, así como el 1511 y 1524 del CC, rechazando el argumento expuesto por la demandada en el sentido que, para el momento en que se produjo el traslado las tasas de

interés eran más altas, citando sentencias como CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083 y CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292.

Reprocha, que el Tribunal no estudió el hecho 11 de la demanda que constituye negación indefinida y para la cual Porvenir S. A. se limitó a señalar que hizo la declaración en el formato proforma elaborado por la misma, como si ese documento supiera el requisito previsto en la norma sustantiva, siendo que le correspondía a la AFP demostrar lo contrario, esto es, que sí le presentó el documento de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el cual era indispensable para procurar el traslado de régimen por primera vez y que no podía sustituirse con una simple leyenda proforma en letra chiquita y casi imperceptible, pues si la ley lo exige de alguna manera, mal podría sustituirse o desconocerse su contenido con un formato elaborado de manera generalizada, pues si así se permitiere, resultaría procedente la aplicación de la excepción de ilegalidad para darle prelación a la ley frente al simple reglamento.

Enfatiza, que no puede perderse de vista que la AFP Porvenir, utilizó el mismo documento o formato para que el recurrente suscribiera la autorización de traslado y declarara su voluntad (f.º 87 y 165); esa trama documentaria resulta precaria para el afiliado en atención a que se utilizó estratégicamente la leyenda en letra más pequeña y comprimida, para de una sola vez inducirlo a suscribir el traslado, la misma firma de la declaración de *«que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea*

*y sin presiones»* a la que se refiere el estudiado artículo 114, fue utilizada para el traslado, lo que su juicio constituye una inducción tendenciosa (f.º 15 a 50 del cuaderno de la Corte)

**VII. RÉPLICA**

Colpensiones opone que el cargo primero presenta errores de técnica, por cuanto denuncia como infringidas normas constitucionales y procedimentales sin precisar que se trata de una violación de medio, además de no tener en cuenta que para ello, se requiere adicionalmente que se propongan como vehículo de vulneración de normas de carácter sustancial.

Sostiene, que el recurrente por la vía indirecta presenta planeamientos de orden jurídico, lo cual no es permitido en la senda escogida y que, a pesar de los ataques, el Tribunal fue acertado en su decisión absolutoria (f.º 73 a 76 del cuaderno de la Corte).

**VIII. CARGO SEGUNDO**

Asegura que,

Es la sentencia cuestionada, violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 13 y 272 de la Ley 100 de 1993, en relación con el artículo 167 del Código General del Proceso y los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, lo que lo que condujo a violar por infracción directa, los artículos 13 y 53 de la Constitución Política y los artículos 21 y 340 del Código Sustantivo de Trabajo además del artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Plantea como argumentación del cargo, básicamente lo mismo presentado en el anterior, centrándose en que no resulta lógica la discriminación que hace la sentencia respecto de validar una negación indefinida solo respecto a los beneficiarios o destinatarios del régimen de transición, para hacerle mayores exigencias probatorias a los que no lo son.

Afirma igualmente, que entonces es equivocada la apreciación e interpretación que hace el *ad quem* cuando manifiesta que le correspondía probar, sin lugar a dudas, que la información que se le dio al momento del cambio régimen pensional fue falaz, pues contrario a lo señalado, quien debió demostrar que la asesoría fue concreta, suficiente, integral y eficaz era a la promotora del traslado y más aún cuando el mismo estatuto procedimental general, artículo 167 del CGP, incorporó el principio de la carga dinámica de la prueba al establecer que esta la debe tener la parte que se encuentre en mejor posición para aportar las evidencias o esclarecer hechos controvertidos (f.º 50 a 64 del cuaderno de la Corte).

## **IX. RÉPLICA**

Colpensiones señala el mismo error técnico aducido al cargo anterior, en lo concerniente a la violación medio; alude que en el cargo segundo no se explica la manera como se estructura la interpretación errónea, siendo que le correspondía explicar las razones por las cuales se consideraba que los preceptos invocados eran aplicables al caso, pero en el sentido o alcance que se les dio no era

ajustado, lo que en este caso no ocurrió; además de no presentar cuál fue el sentido errado que le dio el *ad quem* a la norma y cuál debió ser su correcto entendimiento (f.º 76 a 78 del cuaderno de la Corte).

## X. CONSIDERACIONES

El Tribunal fundamentó su decisión en que:

*i)* si con el traslado de régimen pensional se pone en riesgo la pérdida del régimen de transición, la carga de la prueba de que al afiliado se le brindó la información necesaria para que su traslado se realizara de manera libre y espontánea, correspondía al fondo de pensiones respectivo;

*ii)* si por el contrario, no se encuentra de por medio la pérdida de la transición, la carga de la prueba de los motivos que genera la ineficacia, corresponde a quien los invoca, es decir, al demandante, sin que le baste la sola manifestación de que no fue informado;

*iii)* el interesado en el segundo evento, debe demostrar que la información recibida fue falaz y que producto de ello asumió la decisión del traslado.

*iv)* al no ser Francisco Javier Sánchez Montoya beneficiario del régimen de transición, no la operaba inversión de la carga de la prueba en su favor;

*v)* con la suscripción del formulario de afiliación del actor a la AFP Porvenir S. A. (f.º 161), se evidenció que este declaró bajo la gravedad del juramento, haber escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad, de manera libre y espontánea y sin presiones, ajustándose así a las exigencias de los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993.

*vi)* las demás pruebas allegadas al proceso por parte del accionante no contribuyeron a demostrar que la decisión de traslado del RPMPD al RAIS estuvo precedida de engaños, contrariando el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993;

*vii)* Francisco Javier Sánchez Montoya, en su interrogatorio de parte, confesó que en 1998 cuando hizo su paso al RAIS le fue comunicado que podía acceder a la prestación pensional por vejez de manera anticipada, que el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual podía pasar a su masa sucesoral, que teniendo en cuenta sus aportes, podía también acceder a una parte de lo ahorrado, haciendo uso de los excedentes de libre disponibilidad de haber lugar a ello y que, tenía la facultad de trasladarse de fondo, en ese tiempo, cada tres años.

*viii)* contando con la oportunidad de retornar al RPMPD no hizo uso oportuno de tal facultad, manteniéndose en el RAIS.



La censura radica su inconformidad en la equivocación del *ad quem* al concluir que el traslado de régimen pensional fue realizado de manera libre, espontánea y sin presiones, al manifestar su voluntad con el diligenciamiento y suscripción del formulario preimpreso de vinculación y entendiendo, a partir de su interrogatorio de parte, que conocía de todas las incidencias de su decisión, al punto que durante el tiempo en que tuvo la oportunidad de retornar del RPMPD al RAIS decidió mantenerse.

Todo lo anterior, a partir de la premisa incorrecta de que, al no afectar su cambio de régimen pensional la pérdida de la transición por no ser beneficiario de este, no operaba la inversión de la carga de la prueba en su favor, en lo relacionado a la acreditación de que llevó acabo el acto jurídico de traslado como consecuencia de la información engañosa entregada por parte del fondo, viéndose así, avocada a probar afirmaciones indefinidas.

Para resolver, desde ya, en principio, se evidencia error del Colegiado, por cuanto la posición actual de esta Sala, tiene establecido que, para efectos de la eficacia del traslado de régimen pensional, no se suple el deber de información de parte de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS a los afiliados, con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, por constituir de suyo, una expresión genérica, que no consulta con la necesidad de que a las personas, antes de la concreción del acto jurídico, les sean informadas verdaderamente las incidencias que, respecto a sus prestaciones pensionales puedan tener, para lo cual, es

necesario que se cuente adicionalmente con un consentimiento informado, correspondiéndole a las AFP suplir la carga de la prueba, documentando que se comunicó a plenitud los efectos que traen consigo el cambio de régimen.

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL1452-2019 reiterada en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, esta Sala se ocupó de analizar:

(i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

Explicó que,

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

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

vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede 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 efecto, textualmente, la Sala adoctrinó en la sentencia que viene de citarse:

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

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

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

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

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer

«las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

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

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

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

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las

entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

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

[...]

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

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

[...]

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de

dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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

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

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

[...]

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue



incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

[...]

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

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la 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 perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

#### **1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible**

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «*la afiliación se hace libre y voluntaria*», «*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

[...]

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.

## **3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado**

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible– o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Conforme lo anterior, el Tribunal cometió un tercer error jurídico al no imponerle la administradora accionada la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información y, contrario a ello, exigirle al demandante acreditar el ofrecimiento engañoso de mejores condiciones pensionales en la AFP.

#### **4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado – No es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado**

La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto (CSJ SL1689-2019) (Negrillas y resaltado dentro del texto).

Finalmente, recuerda la Sala que en relación con el argumento de que la pertenencia al régimen de transición al momento del traslado es la que exige la ilustración al afiliado al momento del traslado, en sentencia CSJ SL1440-2021, se dijo:

Asimismo, conviene precisar que el razonamiento del Tribunal según el cual el criterio de esta Corporación --en materia de la inversión de la carga de la prueba-- solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado cuente con un derecho adquirido o una expectativa legítima para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información, resulta abiertamente desacertado, pues, como lo ha manifestado la Sala en reiteradas oportunidades, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al interesado información veraz, clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional *«Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (SL1688-2019).

De lo expuesto se decanta, que el Tribunal no podía dar por acreditado que al accionante se le brindó la información necesaria para efectos del traslado del RPMPD al RAIS por el hecho de haber diligenciado el formulario pre impreso de vinculación, en tanto que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, los fondos privados de pensiones, deben demostrar la existencia de un consentimiento informado del afiliado, atribuyéndose sin excepción a las AFP la carga de la prueba, de manera que, independientemente si se encuentra o no en riesgo la pérdida del régimen de transición del afiliado, si este alega no haber recibido la información debida, como sucedió con Francisco Javier Sánchez Montoya, ello estructura la manifestación de una negación indefinida que lo pone en *«una posición probatoria complicada-cuando no imposible- o*

*de desventaja, [frente al] el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar».*

Por lo expuesto, los cargos prosperan.

En **SEDE DE INSTANCIA**, sirven los argumentos atrás expuestos para revocar la decisión del juzgado y, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado que el demandante realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, ordenando a Porvenir S. A., a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades.

Sin costas en el recurso extraordinario. Las de las instancias estarán a cargo de la llamada a juicio, que deberá incluirse en la liquidación que practique el Juez de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

## **XI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el veintisiete (27) de junio de dos mil dieciocho (2018) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ MONTOYA** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**

**CESANTÍAS PORVENIR S. A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.**

En **SEDE DE INSTANCIA** se revoca la decisión del juzgado y en su lugar, se declara la ineficacia del traslado que el demandante realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordena a Porvenir S. A., a trasladar a Colpensiones, el capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, con los gastos de administración y comisiones con cargo a sus utilidades.

Costas como se dijo en la parte motiva.

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

  
**SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO**

  
**CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA**

  
**CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO**



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral

# EDICTO

La Secretaría Adjunta de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

## HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

<b>CÓDIGO ÚNICO DE IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO CUIP</b>	<b>660013105004201700203-01</b>
<b>RADICADO INTERNO:</b>	<b>82740</b>
<b>TIPO RECURSO:</b>	<b>Extraordinario de Casación</b>
<b>RECURRENTE:</b>	FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ MONTOYA
<b>OPOSITOR:</b>	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.
<b>FECHA SENTENCIA:</b>	24-05-2021
<b>IDENTIFICACIÓN SENTENCIA:</b>	SL2259-2021
<b>DECISIÓN:</b>	<b>CASA REVOCA... SIN COSTAS</b>

El presente edicto se fija en un lugar visible de la Secretaría por un (1) día hábil, hoy 16/06/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

  
**FANNY VARGAS HERNÁNDEZ**  
Secretaría Adjunta

El presente edicto se desfija hoy 16/06/2021, a las 5:00 p.m.

  
**FANNY VARGAS HERNÁNDEZ**  
Secretaría Adjunta





Secretaría Adjunta de la Sala de Casación  
Laboral

Corte Suprema de Justicia

CONSTANCIA DE EJECUTORIA

En la fecha 21-06-2021 y hora 5:00 p.m., queda  
ejecutoriada la providencia proferida el 24-05-  
2021.

SECRETARIA