



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL1452-2019

Radicación n.º 68852

Acta 12

Bogotá, D.C., tres (3) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso **GLORIA INÉS RESTREPO PÉREZ** contra la sentencia que profirió el 27 de junio de 2014 la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso que adelanta contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -HOY COLPENSIONES-** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió proceso ordinario laboral con el propósito de que se declare que: (i) es nulo su traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad; (ii) es beneficiaria del régimen de transición, y (iii) tiene derecho al reconocimiento

de la pensión de vejez en los términos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, solicitó que se condene a Colpensiones a pagarle la pensión de vejez, a partir del 3 de diciembre de 2008, junto con las mesadas adicionales de cada año, los intereses moratorios, la indexación y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, refirió que cotizó en diferentes periodos al ISS y, entre 1994 y 2001, al fondo de pensiones Porvenir S.A.; que en su caso procede la aplicación del precedente establecido por esta Corporación en la sentencia CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, toda vez que la AFP accionada mediante engaños le indicó que le resultaba más beneficioso trasladarse al régimen de ahorro individual, por cuanto podía pensionarse cuando lo deseara y no le informó que tal afiliación implicaba renuncia a la transición pensional contemplada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Agregó que, además, violó el deber de información y los principios de buena fe y transparencia porque nunca le dieron a conocer cuánto era el capital mínimo para acceder a la pensión a cargo del fondo, en tanto la edad para pensionarse era dos años más tarde que en el régimen de prima media, lo que le generó un evidente perjuicio.

Aseveró que pidió al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, entidad que se la negó bajo el argumento que no cumplió con los requisitos para conservar el régimen

de transición, pese a que tenía más de 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años al cumplimiento de la edad requerida y 933 sufragadas en total (f.º 3 a 9).

Porvenir S.A., al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió que la actora realizó aportes en ambos regímenes de pensiones, pero aclaró que la primera cotización a la AFP la realizó a partir del 1.º de julio de 1995. Frente a los demás, adujo que no eran ciertos, no le constaban o no eran hechos sino apreciaciones subjetivas de la demandante.

Afirmó que la accionante firmó libre y voluntariamente el formulario de afiliación; que la selección de los regímenes pensionales es voluntaria y la actora no ejerció el derecho de retracto que contempla la ley; que no es pertinente analizar si el acto de traslado tuvo algún vicio, toda vez que ya no tiene eficacia, en la medida en que la convocante retornó al régimen de prima media con prestación definida y su derecho pensional se define con las disposiciones propias de tal régimen, y que no existe prueba del incumplimiento del deber legal de información que se le endilga, puesto que sus asesores están preparados para prestar el mejor servicio a sus clientes.

En su defensa, formuló las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y prescripción (f.º 55 a 74).

Colpensiones al dar respuesta a la demanda, también se opuso a las pretensiones. Respecto de los supuestos fácticos en que se fundamentan, aceptó que le negó a la actora el reconocimiento de la pensión de vejez, aclaró que ella perdió el régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad y que no reúne el número de semanas exigidas para el otorgamiento del derecho pensional, toda vez que solo cotizó 895. Frente a los demás, manifestó que no le constaban o que no eran hechos.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de causa legal para pedir, compensación, prescripción, buena fe, imposibilidad de condena en costas, «inescindibilidad de la norma-intereses moratorios» e improcedencia de la indexación de las condenas (f.º 88 a 90).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Segundo Adjunto al Juez Noveno Laboral del Circuito de Medellín, a través de fallo de 29 de junio de 2011, absolvió a las accionadas de las pretensiones de la demanda, impuso costas a la promotora del litigio y concedió el grado jurisdiccional de consulta en caso que la decisión no fuese apelada (f.º 109 a 115).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la demandante, la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo de 27 de junio de 2014,

confirmó el del *a quo* y condenó en costas a aquella (f.º 135 a 143).

Para los fines del recurso extraordinario de casación, el Tribunal asentó que el problema jurídico a resolver se contraía en definir si existió nulidad en el traslado que efectuó la convocante a la AFP Porvenir S.A., de modo que pudiera recuperar el régimen de transición y reclamar la pensión de vejez al ISS.

En esa dirección, con fundamento en la presunción de buena fe prevista en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991, señaló que no se puede tener por probado un hecho solo a una parte, asumiendo de plano que la contraparte actuó de mala fe.

Agregó que se acreditó en el plenario que la actora se afilió al fondo privado Porvenir S.A. el 1.º de junio de 1995 (f.º75), documento que no se tachó de falso en la oportunidad establecida en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil; que aquella efectuó cotizaciones a tal entidad desde 1.º de julio de 1995 hasta el mes de octubre del año 2007 (f.º 76 a 79), y que en esta última fecha la accionante regresó al régimen de prima media, «*traslado que se cumplió a cabalidad*» (f.º 80 a 83).

Subrayó que no existía documento alguno «*que muestre algún tipo de ofrecimiento más favorable en relación con la pensión de vejez reclamada, que pudiera generar algún tipo de engaño para la demandante*»; además, que tampoco era viable determinar una posible omisión por

parte la AFP demandada al momento de la vinculación de la actora, en la medida en que, para ese entonces, no contaba con una «*expectativa de pensión*», toda vez que solo tenía 249.42 semanas cotizadas entre el 1.º de febrero de 1971 y el 22 de diciembre de 1983 (f.º 23 y 24), y continuó efectuando aportes hasta el año 2007 en el fondo privado.

Así, concluyó que no había lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen pensional en los términos que solicitó la demandante.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario de casación lo interpuso la demandante, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, revoque la decisión del *a quo* y acceda a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito, formula un cargo por la causal primera de casación, que fue objeto de réplica por las accionadas.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia de trasgredir la ley sustancial por la vía directa, en la modalidad de infracción directa de los

artículos 4.º, 5.º, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, en relación con los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990, 13-b, 31, 36, 90, 91-d, 141 y 272 de la Ley 100 de 1993, 63, 1502, 1508, 1603 y 1604 del Código Civil, 3.º del Decreto 1161 de 1994, 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, 60, 61 y 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 48, 53 y 83 de la Constitución Política de 1991.

La recurrente manifiesta que el Tribunal erró en sus afirmaciones, puesto que lo que debió indagar es si la AFP cumplió de forma oportuna, clara, concreta y suficiente su deber de información, carga probatoria que le correspondía asumir. Agrega que tal exigencia no anula la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de la Carta Magna, como equivocadamente lo entendió el *ad quem*. Para afianzar su postura, refiere la sentencia CSJ SL12136-2014, que reproduce en parte, así como los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011.

Señala que la Ley 100 de 1993 creó los fondos de pensiones privados con características especiales y requisitos establecidos en los artículos 90 y 91 de dicha normativa. Asevera que el juez plural no se percató de las obligaciones y responsabilidades contempladas para aquellas entidades en los artículos 4.º, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, en cuanto a que la obligación de información, supone una actividad calificada o profesional y que tales entidades responden hasta por la culpa leve.

Expone que ese deber no se agota con la simple elaboración o procesamiento de datos a los que se aplica fórmulas matemáticas previamente definidas por un programa de computación o software, sino en una verdadera asesoría que permita al potencial afiliado tener un contexto claro sobre las condiciones y las diferencias de abandonar el régimen de prima media para trasladarse al de ahorro individual.

Refiere varios artículos del Código Civil y explica que el 63 define la culpa leve como la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; el 1502 establece las condiciones o requisitos para que una persona se obligue válidamente frente a otra, entre ellos, *«que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio»*; el 1508 señala que el error es uno de los vicios del consentimiento; el 1603 contempla que los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella, y que el 1604 consagra la responsabilidad del deudor y su demostración. Lo anterior para concluir que *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearla»*, tal y como adoctrinó la Corte en la sentencia CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, que citó el juez plural.

Destaca que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece que la afiliación a cualquiera de los

regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, pues de lo contrario, *«la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Asevera que lo previsto en el artículo 272 *ibidem*, en armonía con el artículo 53 de la Constitución Política, es aplicable en el *sub lite*, debido a que el contrato de afiliación con Porvenir S.A. no tiene eficacia o validez si afecta sus derechos, tal como ocurre en este caso en el que perdió el derecho a pensionarse por las disposiciones del régimen de transición pensional.

Aduce que de haberse demostrado en el proceso que Porvenir S.A. desplegó una asesoría suficiente con indicación de que perdería el régimen de transición pensional con ocasión del traslado y que, aun así, ella mantuvo su deseo de afiliarse, podría aceptarse la legalidad de tal acto, aunque, afirma, que dicha situación también es *«problemática a la luz del principio de irrenunciabilidad de los derechos pensionales»*.

Por último, expresa que no tiene incidencia en la verificación del plurimencionado deber, el que la persona tenga o no una expectativa pensional, pues esta se materializa con el hecho de cumplir con uno de los requisitos para estar en el régimen de transición y no en atención a la densidad de cotizaciones, como lo entendió equivocadamente el *ad quem*.

VII. RÉPLICA DE PORVENIR S.A.

El opositor manifiesta que en atención a que el cargo se dirigió por la vía directa, quedan incólumes los

supuestos fácticos que fundamentaron la decisión del Tribunal y, por tanto, la acusación debe ser desestimada. En tal sentido, alude a la sentencia CSJ SL 42923, 20 mar. 2013.

Agrega que no es razonable el argumento de la demandante respecto a la nulidad del traslado, toda vez que si consideraba que su afiliación al régimen de ahorro individual fue perjudicial, no tiene sentido que permaneciera en el mismo entre 1995 y 2007, sin manifestar reparo alguno. Así, aduce que fue libre y voluntaria la decisión de la accionante de trasladarse a Porvenir S.A. y, luego, de retornar al ISS.

Afirma que la convocante no debatió en casación todos los pilares de la decisión del Colegiado de instancia y, por tanto, su acusación es exigua, para lo cual transcribe en parte la sentencia CSJ SL36764, 7 feb. 2012.

Por último, hace alusión a fallos de la Corte Constitucional sobre la recuperación del régimen de transición, tales como C-789-2002, C-1024-2004 y SU-062-2010; señala que la actora no conservó la prerrogativa transitoria pensional porque no tenía 15 años de servicios al 1.º de abril de 1994; que aquella no acreditó en el proceso vicios en el consentimiento que sirvan como fundamento de la nulidad del traslado, para lo cual refiere la sentencia CSJ SL6436-2015, que copia en parte; que en el *sub lite* no tiene cabida la teoría relativa a la inversión de la carga de la prueba; que si en gracia de discusión fuese admisible la nulidad del traslado deprecada, la misma

quedó subsanada con el paso del tiempo porque la acción correspondiente no se ejerció en el término previsto en la legislación, y refiere las sentencias CSJ SL 22125, 14 jul. 2004 y CSJ SL 36267, 14 feb. 2012.

VIII. RÉPLICA DE COLPENSIONES

La opositora señala que el argumento por el que solicita la actora la nulidad del traslado, esto es, la equivocación al escoger el régimen pensional ante una falta de asesoría, no es válido, porque se trata de un error de derecho que no vicia el consentimiento, para lo cual alude a la sentencia C-993-2006 de la Corte Constitucional.

Expone que el Decreto 656 de 1994 no establece obligaciones atinentes a «*dirigir o a desaconsejar*» a una persona para que no se afilie o no se traslade al régimen de ahorro individual.

Por último, menciona que, de aceptarse la nulidad del traslado, Colpensiones no puede asumir la pensión de vejez porque no cuenta con los aportes que la demandante realizó a la AFP.

IX. CONSIDERACIONES

Conforme a la vía de ataque que formula la recurrente, no se discuten los siguientes hechos: que la accionante nació el 3 de diciembre de 1953 (f.º 46), por lo que a 1.º de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad; que realizó aportes al ISS a partir del 1.º de febrero de 1971 (f.º 85), y

que el 1.º de julio de 1995 se trasladó al fondo de pensiones Porvenir S.A. (f.º 20, 75 y 76) y retornó al ISS el 16 de octubre de 2007 (f.º 79 y 80).

Conviene recordar que el Tribunal para motivar su decisión esgrimió que no se tachó de falso el formulario de afiliación a Porvenir S.A. y, por tanto, era válido; que la demandante no allegó al plenario documento alguno que evidenciara que Porvenir S.A. le ofreció una pensión más favorable, y que, en todo caso, no hubo ninguna omisión en el deber de información del fondo accionado al momento de la vinculación de la actora, toda vez que esta no tenía una expectativa pensional.

La impugnante cuestiona los anteriores razonamientos, para lo cual argumenta que el *ad quem* al concentrarse en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar si la AFP dio cumplimiento a su deber legal de informar de manera clara y suficiente sobre las consecuencias del traslado; que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla y, en este caso, correspondía a Porvenir S.A., y que la nulidad de la afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional.

Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizará (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con

diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una *expectativa de pensión* o un derecho causado.

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, hiperregulado, 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 acaree, 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:

*1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones **deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión.** En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de*

fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

*2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público **información cierta, suficiente, clara y oportuna** que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones,*

*3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias **deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros**, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.*

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:

*Artículo 7º. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el **deber del buen consejo**, por lo que se*

encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo

pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

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

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

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

instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

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

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia establezca.*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones

informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, primero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en disfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse.

Antes de proferir la decisión de instancia y, para mejor proveer, se ordenará que por Secretaría se oficie a Colpensiones a fin de que remita el historial detallado de las semanas que cotizó Gloria Inés Restrepo Pérez, para lo cual se le concederá un término de diez (10) días. Una vez se reciba la anterior información, la Secretaría lo pondrá a disposición de las partes por el término de tres (3) días a partir de la fecha de su recibo.

Cumplido lo anterior, pasará el expediente al Despacho.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación.

X. 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 que profirió el 27 de junio de 2014 la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario laboral que **GLORIA INÉS RESTREPO PÉREZ** adelanta contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -HOY COLPENSIONES-** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Antes de proferir la decisión de instancia y, para mejor proveer, por Secretaría oficiase a Colpensiones a fin de que remita el historial detallado de las semanas que cotizó Gloria Inés Restrepo Pérez, para lo cual se le concede un término de diez (10) días. Una vez se reciba la anterior información, la Secretaría lo pondrá a disposición de las partes por el término de tres (3) días a partir de la fecha de su recibo.

Cumplido lo anterior, pase el expediente al Despacho.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

IMPEDIDO

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN