

Señor(es):
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C – SALA LABORAL
Magistrada Ponente
Atn. Dra DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ.

E. S. D.

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
RADICADO No: 2023-00088-01 (Juzgado 15)
DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO LOPEZ MORENO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

ASUNTO: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

JUAN CARLOS VILLARRAGA SARMIENTO, mayor de edad, con domicilio en Facatativá, Cund identificado con la C.C. No. 80.824.758, abogado en ejercicio y portador de la T.P. No. 144.217 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial del señor **CARLOS ALBERTO LOPEZ MORENO**, mayor de edad, con domicilio y residencia en Bogotá D.C, identificada con la C.C. No. 79.157.744, estando dentro del término legal, comedidamente llego ante ustedes señores Magistrados, con el fin de descorrer el traslado para alegar, dispuesto mediante auto de fecha 16 de abril de 2023, en los siguientes términos:

Solicito muy respetuosamente a este Honorable Tribunal, confirmar en su integridad la sentencia apelada, esto teniendo en cuenta que **COLFONDOS S.A.**, ni ningún otro sujeto procesal, demostró dentro del presente proceso que le haya brindado al demandante una amplia, veraz, oportuna, pertinente, clara y completa información para efectos de llevar a cabo su afiliación y/o traslado de régimen de pensiones, como lo exige la ley, motivo por el cual dicha afiliación es ineficaz como acertadamente lo declaró el Señor Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C, mediante la sentencia de fecha 29 de febrero de 2024.

Dentro del presente proceso se recibió el interrogatorio de parte del demandante señor **CARLOS ALBERTO LOPEZ MORENO**, el cual fue claro en afirmar que no recibió mayor información al momento de su afiliación y/o traslado de régimen, por el contrario, indicó que se le dijo que su pensión le sería reconocida en una cuantía superior a la que podía obtener con el **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL**, si este continuaba existiendo, pues, se le dijo también que se encontraba más segura su prestación pensional en este fondo de pensiones, que en el Instituto de Seguro Social que iba a extinguirse.

En adición a lo anterior, se encuentra acreditado dentro del presente expediente, que mi poderdante, señor **CARLOS ALBERTO LOPEZ**, suscribió formulario de afiliación ante **COLFONDOS S.A y SKANDIA S.A** donde se evidencia los funcionarios que fungieron como ejecutivos de cuenta y pesar de tal circunstancia, y que corresponde a una carga probatoria de la parte demandada al tenor de la pacífica jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia y por tratarse la negación de una asesoría adecuada plena de una de carácter indefinida al tenor del inciso 4 del artículo 167 del del Código General del Proceso, el fondo de pensiones **COLFONDOS S.A y SKANDIA S.A** no realizó esfuerzo probatorio alguno para acreditar la asesoría, por ejemplo, solicitando el decreto de los testimonios de los citados funcionarios. Sin duda alguna, estos funcionarios eran a quien les constaba las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la afiliación. La omisión en solicitar el testimonio de estos funcionarios puede entenderse como un indicio de que la asesoría previa a la afiliación no se realizó en debida forma, y en definitiva se trata de una omisión en las cargas probatorias del fondo de pensiones.

Tampoco obra en el expediente prueba alguna aportada por los citados fondos de pensiones **COLFONDOS S.A.** que dé cuenta que los funcionarios o ejecutivo de cuenta que suscribieron los formularios de afiliación, hubiese recibido una debida capacitación sobre los beneficios y desventajas de los diferentes regímenes pensionales, allegando títulos, certificados o constancias que dieran cuenta de tal hecho. La anterior omisión también configura un indicio para considerar cierto que la entidad demandada no brindó una adecuada

información previa al futuro afiliado, y nuevamente demuestra las falencias probatorias de la aquí demandada, a pesar de claramente estar en una mejor posición para probar.

Debe resaltarse que tal como se observa en la historia laboral de mi representado, se trata de una persona que se ha dedicado a desempeñar labores asociados al sector de la ingeniería Industrial, lo que sugiere un conocimiento limitado sobre cuestiones financieras y pensionales, lo cual debería haber impulsado a la entidad demandada a ofrecer una explicación más detallada y específica sobre las implicaciones de su decisión de afiliación y traslado de régimen.

Por lo anterior, se hacía imperativo que las administradoras de fondos de pensiones y cesantías actuaran con el mayor grado de diligencia y claridad al informar a sus afiliados, especialmente cuando se trata de decisiones que impactarán significativamente su futuro económico y bienestar. La ley claramente estipula que las AFP tienen la obligación de proveer toda la información necesaria de manera que los afiliados puedan tomar decisiones informadas sobre su futuro pensional.

Como es bien sabido, recientemente la Corte Constitucional emitió la Sentencia SU-107 de 2024, de la cual por el momento solo se conoce el comunicado de prensa del pasado 9 de abril de 2023, por medio de la cual moduló el pacífico precedente de la Honorable Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en los asuntos donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), ocurridos entre 1993 y 2009, por inexistencia o insuficiencia de la asesoría previa al traslado.

Sobre este punto, la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia había sido enfática en considerar que siempre que se indicara, en la demanda, que una Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) no informó sobre las consecuencias de un cambio de régimen pensional, correspondía a la AFP demostrar que sí brindó dicha información.

En esta providencia la Honorable Corte Constitucional resolvió modular este precedente advirtiendo que, aunque es posible la inversión de la carga de la prueba, esa debe ser aplicada en cuanto se agote las otras posibilidades probatorias al alcance del Juez. En el comunicado de prensa de la Sentencia SU-107 de 2024 afirmó lo siguiente:

“De conformidad con lo anterior, la Corte Constitucional moduló el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la inversión de la carga de la prueba en este tipo de procesos. Para ello, ordenó que en los procesos donde se pretenda declarar la ineficacia de un traslado deben tenerse en cuenta, de manera exclusiva, las reglas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y en el Código General del Proceso que se refieren al debido proceso. Esto supone que el juez, debe actuar como director del proceso judicial, con la autonomía e independencia que le son propios y, dentro de las muchas actuaciones dirigidas a formar su convencimiento para decidir lo que en derecho corresponda, puede:

(i) Decretar, practicar y valorar en igualdad todas las pruebas que soliciten las partes que sean necesarias, pertinentes y conducentes para demostrar los hechos que sirven de causa a las pretensiones o las excepciones.

(ii) Procurar, de manera oficiosa, la obtención de pruebas acudiendo a las enlistadas en el Código General del Proceso, tales como “(...) la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes”, y las demás que considere necesarias, pertinentes y conducentes.

(iii) Valorar las pruebas decretadas y debidamente practicadas con su intermediación, de manera individual y en su conjunto con las demás, luego de lo cual puede determinar el grado de convicción que aquellas ofrecen sobre lo ocurrido.

(iv) Acudir a la prueba indiciaria si lo estima necesario, en los términos de los artículos 176 y 242 del CGP; e

(v) Invertir la carga de la prueba cuando, analizando el caso concreto y la posición de las partes, esté ante un demandante que se encuentra en la imposibilidad de demostrar sus dichos, y en un proceso donde no haya sido posible desentrañar por completo la verdad a pesar de los esfuerzos officiosos.

La Corte Constitucional hizo énfasis en que la inversión de la carga de la prueba no puede ser la primera o la única opción de la que puede hacer uso el juez, pues es necesario que se haga uso de las herramientas que conforme a las reglas del debido proceso ya se encuentran dispuestas en el CPTSS y en el CGP.” (Subrayas fuera de texto)

Ahora, descendiendo al caso que nos suscita, debe resaltarse que este asunto fue tramitado íntegramente bajo el amparo del reiterado y pacífico criterio jurisprudencial vertido por la Honorable Corte de Suprema de Justicia en múltiples sentencias, entre las que se destacan las sentencias de la Sala de Casación Laboral SL-1452 del 2019, SL-1689 del 2019, SL-12 136 del 2014, SL-19447 del 2017, entre muchas otras. Por este motivo, no resulta posible hacer exigencias probatorias distintas o bajo los cuales se tramitó el proceso, por estar en juego, el derecho al debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad y la confianza legítima, al ver alterada sorpresivamente la carga de la prueba durante el curso del proceso, y sin lugar a decreto de pruebas adicionales, conforme lo contempla en estos eventos el inciso 3 del artículo 167 del CGP. Tal vulneración a su vez ocasionaría una grave violación al derecho a la seguridad social, en cuanto al señor **CARLOS ALBERTO LOPEZ MORENO**, como afectación directa a su derecho a obtener una pensión justa y conforme a las normas vigentes al momento de su afiliación y traslado de régimen pensional.

A pesar de lo anterior, a partir de un análisis detallado del material probatorio obrante dentro del presente proceso y siguiendo las reglas fijadas por la Honorable Corte Constitucional, se deduce con facilidad que las AFP demandadas no brindaron la correcta y debida información a las cuales se encontraban obligadas. Tal como se indicó líneas arriba el demandante en su interrogatorio fue clara en afirmar que las AFP demandadas jamás le brindaron información frente a las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

En el presente caso, no se hace imperativo hablar de una alteración de la carga de la prueba, hipótesis que estima residual la Corte Constitucional en su proveído, sino que haciendo uso de las reglas contenidas en el Código General del Proceso, tal como lo exigió la Honorable Corte Constitucional, se concluye que la afirmación de que a mi representado no le fue brindada la información previa a su afiliación, constituye una *negación indefinida*, motivo por el cual acorde con lo previsto en el inciso 4 del artículo 167 del CGP, la misma no requiere prueba. De esta manera se presume como cierto este hecho salvo prueba en contrario. Lo anterior ha sido recordado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, quien ha afirmado en sentencia de la Sala de Casación Laboral que:

“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 (ii) 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.”¹

Frente a los efectos de las negaciones indefinidas, como la de carecer de recursos económicos para cubrir el porcentaje necesario para la realización de un procedimiento médico, la misma Corte Constitucional ha reconocido que la prueba del hecho positivo contrario le corresponde a la contraparte en los siguientes términos:

“Igualmente, cuando la persona que acude a este mecanismo de protección judicial, argumenta la falta de recursos económicos para cubrir el porcentaje necesario para la realización del procedimiento médico, la Corte ha señalado que “le corresponde a la parte demandada controvertir y probar lo contrario, so pena de que con la mera afirmación del

¹Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Laboral. Magistrada ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO. Sentencia SL1688-2019 de 8 de mayo de 2019. Radicación no. 68838, Acta 16.

actor se tenga por acreditada dicha incapacidad. Lo cual es así por cuanto en esta hipótesis el dicho del extremo demandante constituye una negación indefinida que es imposible de probar por quien la aduce, corriendo entonces la carga de la prueba en cabeza del extremo demandado cuando quiera desvirtuar tal afirmación”²

Adicionalmente, del material probatorio allegado se observa que las pruebas aportadas por las administradoras de fondos pensionales son insuficientes para refutar las afirmaciones hechas por la demandante. La documentación presentada carece de especificidad y detalle respecto a la situación personal y financiera del señor **CARLOS ALBERTO LOPEZ MORENO**, en el momento de su afiliación y traslado. Esta falencia en la entrega de información personalizada y adecuada a sus circunstancias particulares contradice directamente las obligaciones establecidas por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, los cuales imponen a las AFP la obligación de garantizar que los afiliados tengan un conocimiento claro y completo de los beneficios y riesgos de los diferentes regímenes pensionales.

De otro lado, a partir del análisis del interrogatorio de parte, al igual que de los indicios que se pueden deducir de la ausencia de testimonios de los ejecutivos involucrados en la afiliación y la falta de evidencia de capacitación adecuada de los mismos, es claro que las AFP demandadas no cumplieron con su deber de informar de manera completa y adecuada al señor **CARLOS ALBERTO LOPEZ MORENO**, sobre los cambios significativos en su régimen pensional.

Sobre el deber de información y la carga de la prueba, en esta clase de asuntos, la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado en múltiples sentencias, señalando que es al Fondo Privado demandado, a quien le corresponde demostrar que cumplió con el deber de la información para llevar a cabo la afiliación del afiliado demandante, carga procesal que, en el presente asunto, no cumplió el fondo de pensiones aquí demandado. Me permito traer a colación, algunos de dichos pronunciamientos, así:

Respecto a la carga de la prueba y el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, se pronunció en los siguientes términos, la Corte Suprema de Justicia:

“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 quien le corresponde demostrarle, 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 suministro 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, si la brindo, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de la información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio tiene que 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 esta 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

² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1153/03, (1 de diciembre de 2003). Magistrado Ponente: Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

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».³

En sentencia la SL1689-2019, la misma Corporación realizó todo un recorrido por las obligaciones de asesoría e información a cargo de los Fondos de Pensiones:

(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 1º 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 3º, 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 3º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa N° 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 SL19447-20 17), 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 adocrinó en la sentencia que viene de citarse:

³ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. Sentencia SL1452-2019, (3 de abril de 2019). Bogotá, D.C.: Corte Suprema de Justicia.

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 SL12 136 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 1º 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 el 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.....

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 3º 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.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa N° 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 t al sentido, el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014. adicionó al artículo 9º 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 3º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

ART. 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 artículo 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:

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 lo 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 o 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.⁴

De otra parte, la propia Corte Constitucional, en providencia T-376 de 2018, se pronunció en los siguientes términos:

“Los deberes de información y custodia documental de las administradoras de fondos de pensiones

Ha sido en los últimos tiempos que se ha reforzado la idea de que las administradoras de pensiones tienen precisas obligaciones de información y cruce de la misma, en atención a que para su cumplimiento se exigía la implementación de plataformas tecnológicas cuyo perfeccionamiento no se dio de manera concomitante a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social; sin embargo, desde que el mismo fue creado existían deberes al respecto, dado que la propia Constitución Política contiene postulados en relación con la garantía de corrección, conocimiento y acceso a la información, verbigracia, los artículos 15, 20 y 74.

La jurisprudencia había entendido además que “los datos personales, la información laboral, información médica, información financiera y de otra índole contenida en archivos y bases de datos, son la fuente primaria para determinar el acceso o el alcance de ciertos derechos o el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de derechos y prestaciones sociales.” (Resaltado fuera del texto original).

Otro de los antecedentes en materia de información de las entidades del sector financiero lo fue el Decreto 663 de 1993 que incluyó en su ámbito de aplicación a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías estableció dentro de sus deberes: “proporcionar a sus afiliados, simultáneamente con su incorporación, una libreta, o cualquier otro instrumento que permita cumplir con las finalidades de ésta, en la que se registrará cada vez que aquéllos lo soliciten, el número de unidades de sus cuentas de capitalización individual, con indicación de su valor a la fecha.”

Ese mismo cuerpo normativo, en el artículo 97, también estableció en el haber de obligaciones de las entidades sometidas al control de la Superintendencia Bancaria la 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 y poder tomar decisiones informadas.”

Adicionalmente determinó que dichas administradoras se someterían a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria y en tal virtud tendrían deberes de conservación de archivos y documentos. Ahora bien, aunque dirigida a las entidades públicas, la Corte ha reconocido la importancia de la conservación, guarda y custodia de documentos, comoquiera que “el desorden y descuido administrativo con que se mantengan los archivos documentales, no puede constituirse en justificación razonable para impedir el ejercicio del derecho que tiene una persona a que la entidad ante la cual reclama una prestación pensional le dé respuesta de fondo a su petición, como una clara manifestación de la resolución definitiva de su solicitud.”

⁴ **Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral.** Sentencia Rad. 65791 (Acta 16), (8 de mayo de 2019). Magistrada Ponente: Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Bogotá, D.C.:

Posteriormente se expidió el Decreto 2555 de 2010, que en el artículo 2.6.10.1.2 estableció que los principios contemplados en el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 se aplicarían integralmente al Sistema General de Pensiones. De estos principios debe destacarse el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, de acuerdo con el cual las entidades debían 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.

Dicho conjunto normativo, contempló dentro de los derechos de los afiliados el de ser informados de manera cierta, suficiente, clara y oportuna de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo sistema de administración de multifondos, de las diferentes modalidades de pensión y de los efectos y consecuencias de las decisiones.

Ahora bien, en época más reciente, el legislador expidió la Ley 1748 de 2014 “Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones”, sobre la cual este Tribunal consideró que:

“Al prestar un servicio financiero relacionado con el desarrollo del artículo 48 de la Carta, y como se vio, la garantía del mínimo vital de la persona que ha llegado al final de su vida laboral y se encuentra en una edad en la que aumenta su vulnerabilidad, ya que se acerca a la tercera edad y, por consiguiente, a la condición de sujeto de especial protección constitucional, la información que se brinda acerca de dicha actividad adquiere una especial relevancia constitucional. Por ende, el deber de custodia que tienen, así como la garantía de acceso a las personas interesadas es reforzada.”

La jurisprudencia ordinaria laboral también le ha otorgado un significativo valor a la información que se le ofrece a un afiliado a la hora de elegir el régimen al cual desea pertenecer. Recientemente la S. de Casación Laboral explicó que:

“Por su parte, la discusión frente a la validez del traslado se suscita cuando está en discusión la pérdida del régimen de transición en los eventos de multifiliación o, cuando quiera que se discuten vicios del consentimiento por información errónea o incompleta que afecte al afiliado. Así lo ha hecho saber esta Corporación en providencias tales como CSJ SL19447 - 2017, donde se expresó:

Es que cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.

En efecto, es el propio Estatuto de la Seguridad Social el que conceptúa que el régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien propende por «la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector público y sector social solidario», se rige bajo el respeto del «que libremente escojan los afiliados», lo que exhibe que el legislador, si bien permitió que nuevos actores económicos incursionaran en la administración del Sistema Pensional, no descuidó que se honraran las prerrogativas de los afiliados, menos si se tiene en cuenta, se insiste,

que regularía derechos constitucionalmente protegidos como la pensión.

Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

A juicio de esta S. no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito..” (Resaltado fuera del texto original).

Y en otra oportunidad, con fundamento en la trascendencia de la pérdida del régimen de transición frente a cambios de régimen, clarificó que: “cuando lo que se discuta sea el traslado de regimenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.”

De esta manera, al resolver el caso concreto, ese Tribunal concluyó que el caso analizado fue decidido incorrectamente en la segunda instancia dado que se partió del hecho de que el traslado fue libre y voluntario sin soporte alguno, pese a que era necesario determinar previamente este aspecto para que se habilitara la decisión respecto de la pérdida o no del régimen de transición.

Esta Corte, en sentencia T-178 de 2005 también señaló que: “las entidades de naturaleza pública o privada que son administradores de bancos de datos o archivos públicos están en la obligación de actualizar y rectificar constantemente la información que en ellos se consigna, así como de ponerla a disposición de sus titulares y garantizar el acceso a la información con las restricciones que la Constitución y la ley

Es sabido, que dentro de las relaciones contractuales modernas se han reforzado los deberes de información de los contratantes debido a su complejidad, a la especificidad prestacional de las mismas y a la gran cantidad de prestaciones y servicios que se encuentran disponibles. La Honorable Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha afirmado que el deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones no solamente le

exige que la información que sea clara y concisa además debe darse como un buen consejo que busca mostrar los inconvenientes y beneficios de la decisión, y que se extiende incluso a desanimar al potencial afiliado en el caso que la decisión lo afecte.”⁵

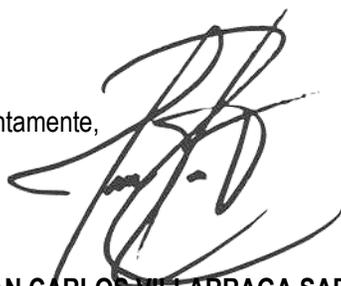
En un caso de idénticas condiciones al que aquí nos ocupa el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA LABORAL** Magistrado Ponente, **Dra. MILLER ESQUIVEL GAITÁN PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALFREDO FRANCISCO ZULETA VALLE** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LAS AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S. A**, en sentencia de fecha treinta (30) días de octubre de dos mil veinte (2020), respecto a la carga de la prueba señaló:

“DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas son las AFP demandadas quien tienen la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.”

Por lo anteriormente expuesto, solicito a ustedes señores Honorables Magistrados, se sirvan confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia, proferida por el señor Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en fecha 29 de febrero de 2024, por encontrar esta pleno respaldo legal y jurisprudencial, ya que es claro que las afiliaciones efectuadas por mi representado a **COLFONDOS S.A.**, y la posterior afiliación a **SKANDIA S.A**, son **INEFICACES**, por no haberse cumplido con los requisitos de validez de la primera de ellas realizada ante la **AFP COLFONDOS S.A.**, como lo era el brindar a su futuro afiliado una información amplia, veraz, pertinente y suficiente sobre el régimen al cual iba ser trasladado, así como las ventajas y desventajas del mismo.

Atentamente,



JUAN CARLOS VILLARRAGA SARMIENTO
C. C. No. 80.824.758 de Bogotá D.C.
T. P. No. 144.217 del C. S. de la J.

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de T-376/18, (17 de septiembre de 2018). Bogotá, D.C.: Corte Constitucional de Colombia.