

Señores

MAGISTRADOS:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI

SALA LABORAL

DOCTORA MARIA NANCY GARCIA GARCIA

MAGISTRADA PONENTE

E. S. D.

REF: ORDINARIO LABORAL

Demandante: MARGARITA ARDILA FLOREZ – C.C. N° 29.329.035.

Demandadas: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

LITIS CONSORTE NECESARIO: la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ASUNTO: ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

RAD:76001-31-05-008-2021-00222-01

JULIO CESAR TORRES BASTIDAS, mayor de edad, vecino, domiciliado y residenciado en esta municipalidad de Cali, identificado con cédula de ciudadanía 16.626.235 expedida en Cali y con Tarjeta Profesional N° 34.183 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado especial, de la señora **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, mayor de edad, vecina, domiciliada y residenciada en Cali, identificada con cédula de ciudadanía N°**29.329.035**, me permito presentar **ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA** dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** adelantado en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, con **NIT: 800.138.188-1**, e igualmente en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - NIT 900336004-7**, siendo **LITIS CONSORTE NECESARIO:** la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** , para que una vez surtido el trámite legal correspondiente y mediante sentencia de segunda instancia se **CONFIRME** la decisión del Ad quo, conforme a los siguientes:

HECHOS Y OMISIONES PROBADOS:

- 1) Que la señora **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, nació el 24 de julio de 1963, y se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en el mes de agosto de 1989.
- 2) Que la demandante, señora **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, se trasladó el día 05 de junio de 1995 desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado para esa época por el extinto

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para esa época por la sociedad **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, que luego paso a ser la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

- 3) Que la demandante, señora **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, se trasladó en el mes de Enero de 2000 desde el Régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para esa época por la sociedad **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, que luego paso a ser la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, entidad donde cotiza actualmente a través de su empleador.
- 4) Que la demandante, **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, al momento de realizarse la afiliación al fondo privado, para esa época la sociedad **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, que luego paso a ser la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no recibió por parte de este fondo privado, la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podía adquirir el derecho a la pensión por vejez, toda vez que no se le proyectó el valor de su pensión cuando adquiriera la edad y así mismo escoger la modalidad de pago de la misma, como tampoco se le informó que podría retractarse de su afiliación a dicho fondo.
- 5) Que la demandante, **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, al momento de realizarse el traslado entre el fondo privado, para esa época la sociedad **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, que luego paso a ser la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, al fondo privado administrado por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, tampoco recibió por parte de este fondo privado, la suficiente información acerca de los términos y condiciones en que podía adquirir el derecho a la pensión por vejez, toda vez que no se le proyectó el valor de su pensión cuando adquiriera la edad y así mismo escoger la modalidad de pago de la misma, como tampoco se le informó que podría retractarse de su afiliación a dicho fondo.
- 6) Que lo que motivó el traslado de la demandante, **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, fue la inducción en error ante la falta de presentación o proyección del cálculo del monto de la pensión con el propósito de demostrarle las ventajas que tendría si se trasladaba, y ello fue precisamente lo que lo condujo a que el no tuviera en cuenta que era más

beneficioso obtener una mesada pensional superior al cumplir la edad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al confrontarlo con el Régimen de Ahorro Individual con Solidad (RAIS)

- 7) Que otra de las razones del traslado de la demandante, **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, se dio como consecuencia de que los asesores, del fondo privado, le expresaron que mejoraría sus condiciones para obtener una pensión por un valor superior a la que podría aspirar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a una edad más temprana, toda vez, que se le manifestó que se podría pensionar a cualquier edad, pero, en momento alguno se le proyectó y menos se le expuso que dependía entre otros aspectos al monto de su ahorro individual, su expectativa de vida, edad de su cónyuge o compañera, etc.
- 8) Es evidente que la demandante, **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, con el traslado buscaba era mejorar sus condiciones al llegar a la edad para obtener una pensión, es decir, a su status de pensionado con una mesada lo más alta posible, siendo sometido a engaño pues se le suministró una visión de la realidad equivocada, en la medida que además de no haberse hecho un cálculo actuarial se le informó fue de los beneficios que obtendría más no de las desventajas. Contrario a lo anterior, actualmente cuenta con 58 años de edad y se encuentra frustrado su derecho a acceder a una pensión de vejez por un monto acorde con su salario mensual de los últimos años; en cualquier proyección que se pudiese haber hecho y que brilla por su ausencia, puesto que no se le suministró información real; y menos, adecuada, suficiente y cierta para su traslado.
- 9) Que la señora **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, cuenta con la edad y a pesar de que cumple con las semanas requeridas en la Ley 100 de 1993, se tiene que confrontando la mesada pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida , con una renta vitalicia (pensión) del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se puede constatar que se presenta una diferencia considerable con su mesada pensional y una renta mensual vitalicia (pensión), al proyectar el valor de su mesada pensional a los 57 años de edad que sería el tiempo exigido, para cumplir con los requisitos establecidos, en la Ley 100 de 1993
- 10) Que el día 23 de FEBRERO de 2021, la señora **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, buscando el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, al régimen de prima media con prestación definida a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES**, elevó solicitud a esta última como administradora actual en pensiones de ese régimen de prima media con prestación definida, la cual ese mismo día 23 de FEBRERO de

2021, da respuesta a la referida solicitud con Radicado No 2021_2050617-26152151 , informándole que su solicitud no ha sido aceptada, por los siguientes motivos: “ **MOTIVOS DE RECHAZO:** No es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse”.

11) Que el día 04 de MARZO de 2021, la señora **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, buscando el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, al régimen de prima media con prestación definida a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES**, presento derecho de petición ante la referida entidad, en la Oficina CAÑAVERALEJO de Cali, entre otros puntos solicitando: copia del estudio de la pensión anticipada y de vejez que debe haber realizado la entidad al momento de brindar la asesoría a la señora **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, sobre los beneficios del traslado de régimen pensional; simulación pensional comparando las mesadas pensionales entre los dos (2) regímenes de pensiones; certificación si cuenta con el capital necesario para solicitar la pensión y el valor aproximada de la mesada pensional; copia de la historia laboral completa; el traslado de ese Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**; e informar los fundamentos de hecho y de derecho en caso de considerar improcedentes las peticiones elevadas.

12) Que la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, mediante comunicado remitido desde MEDELLIN el día 23 de marzo de 2021, con Radicado SER-02211042, dio respuestas a las peticiones informando, que en respuesta a la petición presentada:

1. *Formulario de Afiliación.*

En atención a su solicitud le informamos que, procederemos a realizar la búsqueda del formulario de afiliación, el cual será enviado a la misma dirección física o de correo a la cual se le responderá la petición, en un termino de 15 días hábiles.

2. *Copia de los estudios de pensión anticipada y vejez al momento del traslado.*

En primer lugar se quiere poner de presente que la asesoría brindada al momento de la afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección se realizaba con una explicación motivada que parte del caso concreto de quien se esta afiliando....., dicha explicación se acompañaba de cálculos realizados de manera verbal.....

Ahora bien , respecto de lo preguntado para su caso concreto, debe indicarse que PROTECCION y sus asesores cumplen con las obligaciones establecidas en el Decreto 720 de 1994 y su asesoría se dio con la exposición propia de su condición pensional y con base en la normatividad vigente para la época, explicación que no se extendió en ningún momento a un documento específico distinto de la consolidación de la voluntad que finalmente se plasmaba en el formulario de afiliación

3. *Simulación Pensional comparativa entre regímenes.*

Buscando resolver sus interrogantes procedemos a realizar una proyección pensional aclarando que, las proyecciones que se realizan para calcular el momento en el cual un afiliado podría acceder a pensión de vejez son meras aproximaciones y en ningún momento establecen una fecha exacta, debido a que dependen de factores cambiantes constantemente.....

En su caso particular debido a que el bono pensional esta a cargo del DEPARTAMENTO DEL QUINDIO y ESE

HOSPITAL DEPTAL UNIV DEL QUINDIO SAN JUAN DE DIOS, estos no son negociables en la bolsa de valores y por consiguiente no entraría a su cuenta de ahorro individual quedando incompleto el capital que financiaría una prestación.

De acuerdo con lo anterior no es procedente ofrecer ningún tipo de modalidad anticipada.

Una vez aclarado lo anterior nos permitimos informarle los siguientes valores respecto de su posible pensión, si elevase la solicitud de pensión a los 60 años, con una fidelidad del 100%.

.Total dinero depositado en la cuenta de ahorro individual a fecha de pensión : \$229.776.064.

.Valor del Bono Pensional a fecha de redención normal: \$114.105.185

.Mesada Pensional: \$1.387.174.

Si la solicitud fuese elevada a Colpensiones.....

....

.Edad de pensión: 58 años

.Semanas Cotizadas a la fecha de pensión:1565

.IBL : \$ 4.568.182

.Tasa de reemplazo: 70,49%

.Valor de la Pensión: \$3.219.926.

4. Certificación si actualmente cuenta con el capital necesario para solicitar la pensión y el valor aproximado de la mesada pensional.
Se brinda respuesta en el punto anterior.
5. Copia de la Historia Laboral Completa.
Se encuentra adjunto a este comunicado. Nota: en realidad no fue entregado con este comunicado y mi poderdante, en vista de ello, la solicito el día 16 de abril de 2021.
6. Ordenar traslado a Colpensiones.
Con relación al traslado hacia Colpensiones, nos permitimos informar que, para hacer traslado de dinero entre regímenes estando usted válidamente afiliada a Protección, debe existir de por medio una solicitud de traslado y a la fecha esta no ha sido recibida por parte de Colpensiones.....
.....Consultadas nuestras bases de datos, se evidencio que usted se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección, desde 01 de Enero de 2000 y su fecha de nacimiento es el 24 de julio de 1963.
Teniendo en cuenta lo anterior, usted no cumple con los requisitos para realizar un traslado a Colpensiones ya que esta a menos de 10 años, para cumplir la edad de pensión, 57 años mujeres y 62 hombres.

13) Que con las respuestas anteriores, se encuentran agotadas las reclamaciones, abriéndose paso para acudir ante esa jurisdicción ordinaria laboral, para que desate este asunto que se pone en conocimiento.

FUNDAMENTACION LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA SOLICITUD DE CONFIRMACION DEL FALLO DEL AD QUO

El inciso 1° del artículo 1741 del Código Civil, con respecto a la nulidad absoluta y relativa, enuncia que:

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.”

El inciso 1° del artículo 1746 del Código Civil, al tratar sobre los efectos de la declaratoria de nulidad, señala que:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto y causa ilícita”.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en Sentencia con Rad. 31989 de fecha 9 Septiembre del 2008 del Magistrado ponente EDUARDO LOPEZ VILLEGAS, sentencia 33083 del 22 Noviembre del 2011 Magistrada ponente Dra. . ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON y en Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral Rad: No.31314 del 9 de septiembre del 2008 M.P Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON manifestó:

“... Acerca de la omisión de cumplir los Fondos de Pensiones, con su obligación de proporcionar una información completa, en sentencia de la fecha, radicado 31989, se explica así:

“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, -desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares.

“Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social.

“La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público.

“Ciertamente las administradoras de pensiones son en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones 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.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de

pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.”

El Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral en Sentencia N°. 273 de septiembre 30 de 2013 M.P Dra. ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON ha manifestado:

“... se puede concluir que entre las obligaciones impuestas al Fondo de Pensiones, está la de entregar a cada afiliado a más tardar al momento de la vinculación el texto del reglamento de funcionamiento aprobado por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, así como del respectivo plan al que se hubiere acogido el solicitante, debidamente explicado así mismo es diáfana al señalar que es obligación de Fondo de Pensiones informar de forma clara y por escrito el derecho de retracto que tienen los afiliados...”

En **SENTENCIA del 14 DE MAYO DE 2015**, proferida en Segunda Instancia por el honorable Tribunal de Cali – Sala Laboral, con ponencia del Dr. ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO, al decidir apelación Sentencia No. 122 del 16 de mayo de 2014, del Juzgado 9°. Laboral del Circulo de Cali , en proceso con Rad No. 2013-00510, ordena Revocar la mencionada sentencia y en consecuencia, declara la Nulidad del traslado del Régimen de prima con prestación definida de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual Fondo de Pensiones PROTECCION S.A. respecto a la señora ANA MARÍA DIAZ RODRIGUEZ.

En el caso señalado, se buscaba la nulidad del traslado y consecuentemente el traslado al régimen de prima media con prestación definida por no haber sido informada la demandante en cuanto a las consecuencias del traslado y demás circunstancias.

Estima el Tribunal en su fallo de segunda instancia, que le corresponde al Fondo Privado de Pensiones, suministrar una información clara, explícita, completa y veraz, sobre las consecuencias que implican el cambio de régimen. Por lo tanto le concierne probar que efectivamente brindó la asesoría adecuada y que realizó un proyecto pensional para que se tomara una decisión al respecto.

Señala en su providencia el alto tribunal que si bien es cierto *“la selección es libre y voluntaria, de acuerdo con el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, prescribe que no se aplica el sistema integral de seguridad social, cuando se **menoscaben la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores** siendo aplicables los principios mínimos previstos en el artículo 53 de la carta política, de donde deviene que la falta de información afecta la dignidad humana pues se trata al ser humano como una mercancía, esto es como un medio para hacer efectivo una afiliación siendo*

el proceso al revés. El sistema debe estar al servicio del ser humano". Se afecta la libertad individual pues no se le permite al afiliado escoger entre las opciones que le brinda el ordenamiento jurídico de acuerdo con las informaciones que permitan analizar frente a las opciones que le brinda cada régimen.

Cita en la sentencia como obligación de los Fondos de pensiones, que la información que se le suministra a quien va a realizar su traslado de régimen debe contener todas las etapas desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, como lo manda en especial los artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

"Las administradoras tienen el deber de proporcionar la información con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance oriental al potencial afiliado y a quien ya lo está".

Concluye el tribunal que la elección del régimen pensional trasciende el simple deber de información y como emanación del mismo reglamento la seguridad social y tiene además la responsabilidad del buen consejo para incluso desarmar al posible cliente si las condiciones en su totalidad no son benéficas para sus intereses, en términos de eficacia.

Considero la sala que *"a pesar de la firma del formulario de traslado de afiliación no se puede deducir que hubo un consentimiento voluntario, libre e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar su traslado teniendo en cuenta que era deber de la administradora realizar un proyecto pensional en donde le informara el monto de la pensión, el régimen al cual se va a trasladar, la diferencia e pagos de aporte y las posibles implicaciones o favorabilidad permitiendo al juzgador identificar que el traslado se efectuó con total transparencia"*.

Finaliza la sentencia reiterando que la carga de la prueba le corresponde al Fondo de pensiones quien asesoro sobre el traslado, acreditar que explico las condiciones del traslado en los términos referidos. "No puede pretenderse que el afiliado acredite estos aspectos, por la imposición del deber de información, e incluso el derecho a retractarse, so pena de correr con las consecuencias de tal omisión".

En igual sentido, la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en la **SL 1452-2019, RADICACION 68852 del 03 de Abril de 2019**, siendo Magistrada Ponente la Doctora **CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**, expuso lo siguiente:

" I. 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 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.

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.

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.

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.

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 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 **f**ormulario[... }.

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 SLI9447-2017).

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 si 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 tomo al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que *la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplear*», 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 aun, 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 desfavor de los consumidores financieros.

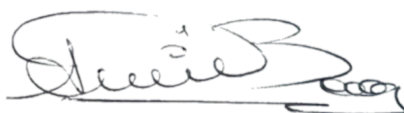
Conforme lo anterior, el Tribunal cometió un tercer error jurídico al no imponerle la administradora accionada la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información y, contrario a ello, exigirle al demandante acreditar el ofrecimiento engañoso de mejores condiciones pensionales en la AFP.

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. 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 esta manera dejo presentados mis alegatos en esta instancia.

Respetuosamente,



JULIO CESAR TORRES BASTIDAS

C.C. # 16.626.235 de Cali

T.P. No 34.183 del C.S.J.

ANEXOS:

Me permito anexar los siguientes documentos, además de los relacionados en las pruebas documentales:

- 1) Poder otorgado por la parte demandante.
- 2) Certificado de existencia y representación de **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 3) Certificado de inscripción o matrícula de la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** expedido por la Cámara de Comercio de Medellín.
- 4) Certificado de matrícula de Agencia de la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** expedido por la Cámara de Comercio de Cali.
- 5) Certificado de existencia y representación de **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 6) Certificado de inscripción o matrícula de la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** expedido por la Cámara de Comercio de Cali.
- 7) Certificado de existencia y representación de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 8) Copia ampliada al 150% de la cédula de ciudadanía de la demandante.
- 9) Copia simple registro civil de nacimiento de la demandante expedido por la NOTARIA PRIMERA del Municipio de CALARCA- QUINDIO.
- 10) Copia simple de solicitud de TRASLADO a COLPENSIONES.
- 11) Copia simple de solicitud de vinculación a HORIZONTES PENSIONES Y

CESANTIAS S.A.

- 12) Copia simple de la comunicación fechada en Cali, el 23 de FEBRERO de 2021, que dirigió COLPENSIONES la señora **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, informando que no es procedente la solicitud de traslado a esa Sociedad.
- 13) En (12) folios, copia del derecho de petición y sus anexos del 04 de MARZO de 2021, que en mi calidad de apoderado especial del demandante, elevé a PROTECCION.
- 14) En (03) folios, respuesta recibida de parte de **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** , a la solicitud relacionada con la información pensional de la señora **MARGARITA ARDILA FLOREZ**, remitida a su correo electrónico y que se distingue con el radicado No SER-02211042, SIN LOS DOCUMENTOS SOLICITADOS EN EL DERECHO DE PETICION PRESENTADO.
- 15) En (23) folios la Historia Laboral que le fuera generada a la demandante en PROTECCION el día 16 de abril de 2021.
- 16) Certificación expedida por oficina de correos de envió de la demanda y sus anexos a **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**
- 17) Certificación expedida por oficina de correos de envió de la demanda y sus anexos a **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**
- 18) Certificación expedida por oficina de correos de envió de la demanda y sus anexos a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**