

Honorable Magistrada
Dr. Maria Nancy Garcia Garcia
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI – SALA LABORAL.
Cali – Valle del Cauca.
E. S. D.

RADICADO	12 – 2020-589-01
DEMANDA	ORDINARIA LABORAL DE 2 INSTANCÍA
DEMANDANTE	CLAUDIA VICTORIA LIS VILLANUEVA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO	TRASLADO ALEGATOS 2 INSTANCÍA

Respetado Doctor,

MARTIN ARTURO GARCIA CAMACHO, mayor de edad, identificada con la Cedula de ciudadanía número 80.412.023 de Usaquén, titular de la Tarjeta Profesional N.º 72.569 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado de la parte demandante Sr(a) CLAUDIA VICTORIA LIS VILLANUEVA, manifiesto que estando dentro del término legal, me permito presentar **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** ante el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI – SALA LABORAL.**

Manifiesto honorable magistrado, la ratificación en cuanto a los argumentos expuestos en el escrito de la demanda y las respectivas pretensiones propuestas de conformidad con la normatividad aludida en las mismas.

SUSTENTACIÓN DE ALEGATOS

De acuerdo con el régimen probatorio colombiano, les incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, no obstante, para la temática en particular, La Honorable Corte Suprema de Justicia mediante línea jurisprudencial ha establecido que en los casos en los que se persiga la declaratoria de la ineficacia del traslado inicial de régimen pensional al RAIS, se debe aplicar una carga invertida de la prueba a favor del afiliado, al ser los fondos de pensiones privados la parte con mejor posición para probar los hechos por los cuales pretende validar la correcta ejecución del Acto Jurídico de traslado de régimen pensional.

Teniendo en cuenta lo anterior, le informamos a su honorable despacho, que después de surtidas las etapas procesales de primera instancia, la parte demandada **NO LOGRO DEMOSTRAR** de manera fehaciente e inequívoca que al momento del **ACTO JURIDICO** del traslado inicial de régimen pensional, le brindo a mi representado una asesoría pensional completa, integral, panorámica, imparcial y libre de vicios y/o presiones que pudieran haberle otorgado en su momento las herramientas necesarias para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, respecto a su futuro pensional.

Por el contrario y, sin necesidad de soportar la carga de la prueba, la parte a la que represento **SI LOGRO** demostrar un perjuicio grave derivado del incumplimiento del “*deber de información, asesoría y buen consejo y doble asesoría*” por parte de los fondos privados de pensiones demandados, tanto al momento en que se ejecutaron los trámites para el traslado de régimen de pensión inicial, como todo el tiempo soportado por la

falta de asesoría desde el momento que se materializo la vinculación al RAIS hasta la fecha límite que mi prohijado tenía para trasladarse de regreso al Régimen de Prima Media.

Para el caso en concreto y, después de oídas las declaraciones de la señora CLAUDIA VICTORIA LIS VILLANUEVA, concluimos sin duda alguna, la presencia de un engaño articulado por parte del fondo privado demandado, en la medida que el acto jurídico mediante el cual se tramito la afiliación al régimen de ahorro individual, se efectuó de manera irregular, teniendo en cuenta que al momento de su ejecución no se suministró una información seria, completa, veraz y pertinente, que le hubieren permitido a mi representado tomar una decisión consciente, libre, voluntaria e informada respecto a su futuro pensional.

La Honorable **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA LABORAL**, ha determinado que si bien, en virtud de la progresividad normativa, se han establecido obligaciones complementarias a las administradoras de fondos de pensiones en ambos regímenes, cierto es también, que ha afirmado que dichas administradoras al ser entidades de carácter financiero que administran PENSIONES, les correspondía la obligación insubsanable de cumplir al menos con el “*deber de información*” con respecto a las personas que pretendían afiliarse, tarea que debía cumplirse desde su misma creación legal, es decir, desde que entraron en operación con en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su texto original.

Siguiendo y como quiera, que en determinadas ocasiones algunos funcionarios judiciales han requerido la necesidad de coexistencia de ciertas condiciones, tales como la titularidad de un derecho adquirido o la de un régimen de transición, debemos recordarle muy respetuosamente a este honorable despacho, que la misma alta corporación de la jurisdicción ordinaria laboral, ha dejado en claro en jurisprudencias antiguas e inclusive recientes, que dicha condición es “**INTRACENDENTE**” para la determinación en la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la verificación sistemática de los requisitos legales recae sobre el **ACTO JURIDICO POR EL CUAL SE MATERIALIZA EL TRASLADO**, acontecimiento en el cual acaece el incumplimiento al “*deber de información*” y de manera complementaria y/o subsidiaria sobre los demás actos jurídicos relacionados con el deber de “*Asesoría y buen consejo*” y “*Doble asesoría*”. (SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, STL-3202-2020)

Con base en lo anterior, consideramos que **NO EXISTE JUSTIFICACIÓN VIABLE** para que las entidades demandadas busquen por medio de este recurso sustraerse de la responsabilidad derivada de no haberle brindado a mi representado una asesoría pensional completa, integral, panorámica, imparcial y libre de vicios y/o presiones que le hubieren permitido en su momento haber tomado una decisión libre, consciente y voluntaria, respecto a su futuro pensional.

Cabe resaltar, que el fallador de primera instancia, tuvo en cuenta todos y cada uno de los estamentos y argumentos que solidifican el presente escrito, razón por la cual, solicitamos que dicha decisión pueda mantenerse incólume, sin perjuicio de las determinaciones que pudieren ordenarse en favor de los derechos de mi representado.

Por lo tanto, me permito respetuosamente solicitarle a su honorable despacho, **CONFIRME** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado (12) Laboral del Circuito de Cali, mediante la cual se declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado inicial de régimen pensional de la Sra. CLAUDIA VICTORIA LIS VILLANUEVA a COLFONDOS S.A. y, se ordenaron las correspondientes disposiciones subsidiarias para materializar su regreso al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**, todo esto, teniendo en cuenta los siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DEBER DE ASESORIA DE LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES.

Los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, ordenan a los fondos de pensiones ser más claros con la información suministrada a sus afiliados para lograr una asesoría a tiempo y adecuada respecto de su futuro pensional, asesoría que faltó en el caso de mi representado.

Una buena información a tiempo logra que las personas puedan decidir establecer claras diferencias en el monto de la pensión que percibiría si lo reconoce la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en contraste con la que percibiría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como optar por lo que más le conviene en términos pensionales.

DECRETO 663 DE 1993

“Artículo 97.- INFORMACION

1. Información a los usuarios. 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.
(...)”.

“ARTICULO 3o. DECRETO 663 DE 1993 SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS. <Artículo modificado por el artículo 35 de la Ley 1328 de 2009. Entra a regir el 15 de octubre de 2009. Ver legislación vigente hasta esta fecha en Legislación Anterior. El nuevo texto es el siguiente:

1. **Clases.** Para los efectos del presente Estatuto son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósito, las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones y de cesantías y las sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen que regula su actividad.
2. **Naturaleza.** Las sociedades de servicios financieros tienen el carácter de instituciones financieras.”

Las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías involucradas son entidades financieras, por tal razón se encuentran sometidos al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus obligaciones no se concentran únicamente en enviar extractos, si no en asesorar profesional y oportunamente a sus clientes, para que en las contingencias derivadas del riesgo común puedan acceder a las prestaciones pensionales que brinda el sistema, estas obligaciones de alto impacto para la sociedad deben obedecer literalmente al espíritu de la Ley 100 de 1993, y de la Constitución Política de 1991, puesto que su fin esencial es garantizar la seguridad social, en condiciones dignas a los habitantes del territorio colombiano.

ARTÍCULO 10 DECRETO 720 DE 1994 POR MEDIO DEL CUAL SE REGLAMENTA EL ARTÍCULO 105 Y 287 DE LA LEY 100 DE 1993

“Artículo 10. **RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES.** Cualquier infracción, error u omisión—en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados—en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.” (Destacado en negrilla, fuera de texto)

ARTÍCULO 53 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y

conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. “

Respecto de la condición más beneficiosa, la norma anterior (Artículo 13 literal e Ley 100 de 1993) obliga a todos los operadores jurídicos a interpretar y aplicar las normas de la manera más favorable para el trabajador; para nuestro caso, lo más favorable es que mi representado, se encuentre afiliado a **COLPENSIONES** ya que esto garantiza el acceso justo de mi representado a la Seguridad Social.

JURISPRUDENCIA APLICABLE:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

Conclusiones comunes en las sentencias: radicados 31989 y 31314 del 9 de septiembre de 2008

“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. (Destacado en negrilla, fuera de texto)

“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. (Destacado en negrilla, fuera de texto)

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado sobre la viabilidad de obtener el regreso al Régimen de Prima Media de las personas que se están viendo afectadas por haberse traslado al Régimen de Ahorro Individual, bajo la figura de la nulidad de la vinculación, fue así como a través de la Sentencia 31314 del 09 de septiembre de 2008 en ella se analizó una sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral, así:

*“... que la Administradora demandada, admitió una afiliación de una persona en las reseñadas condiciones, sin enterar al interesado de las reales circunstancias pensionales del régimen de ahorro individual y con consecuencias frente a la dejación del de prima media con prestación definida que traía en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, amén de ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. 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 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. (Destacado en negrilla, fuera de texto)

"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. (Destacado en negrilla, fuera de texto)

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. (Destacado en negrilla, fuera de texto)

Por las razones anteriores el cargo es próspero y el fallo del Tribunal será casado en su integridad”.

La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, el día 21 de enero de 2014, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dictó sentencia en un caso similar, considerando que:

“... es claro para esta Colegiatura que la Administradora de Pensiones Colfondos no cumplió con su deber de informar a la actora, las desventajas que podía tener afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni siquiera se le puso al tanto de en qué consistía el mismo y sí se le indicó que el I. S. S. se iba a acabar. Sí bien se le informó que podía recibir su pensión a cualquier edad, no se le comunicó que para ello debía tener un capital mínimo acumulado en su cuenta de ahorro individual, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993. Acorde con las pruebas recaudadas, si bien se evidencia que la demandante firmó el formulario de afiliación a Colfondos, lo hizo guiada por lo manifestado por la asesora de la administradora de pensiones, la que faltó a su deber de informar a la demandante lo necesario a fin de tomar una decisión tan trascendental, como lo era el fondo al que debía afiliarse y su futuro derecho pensional, quedó demostrado que la asesora no le indicó los por menores de los dos regímenes que subsisten, incluso como lo sostuvo nuestra máxima Corporación, a sabiendas que la interesada se desanimaría en su decisión de afiliarse a un fondo privado...” (Destacado en negrilla, fuera de texto).

En otra sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Radicado No. 46292 del 03 de septiembre de 2014, con Magistrada Ponente **ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN**, de esta providencia es importante resaltar los siguientes aspectos de la parte considerativa:

“Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos. (Destacado en negrilla, fuera de texto)

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que **al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.** (Destacado en negrilla, fuera de texto)

(...)

A juicio de esta Sala 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. (Subrayado fuera de texto)

(...)

El más reciente pronunciamiento de la **SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** consignado en la sentencia SL-1452 del 3 de abril de 2019 con Magistrada Ponente **CLARA CECILIA DUÑAS QUEVEDO**, hizo un recuento del deber de asesoría de los Fondos de Pensiones desde su creación a la fecha, dentro de los aspectos más importante de la nueva línea jurisprudencial de la **SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, vale la pena destacarlos siguientes:

(....)

Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea el recurrente, la Corte analizará (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formulario de afiliación. Así mismo, (3) determinará quien tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.

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

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

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 que 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).

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

Desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, con 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.**

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, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

La transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. La obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, esto es claro para la Corte: (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

La Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación tienen el «deber de proporcionar a sus interesados «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en la relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», «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 en detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

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

1. **Debida diligencia.** Las administradoras del Sistema General de Pensiones **deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión.** En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

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

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

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

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

Artículo 7. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el **deber del buen consejo**, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al sistema Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y defectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberá suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada desvincularse 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 renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

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

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo. La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

Las administradoras de los regímenes del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los afiliados que requieran 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 la relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas 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 modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en 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: el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014** (Circular Básica Jurídica), así:

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

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

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

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

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFO, 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 evacuar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde su 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 pre impresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias

de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba a 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 desvirtuarse 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 ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno conocimiento.

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 disfavors de los consumidores financieros.

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

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

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

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

De hecho la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y 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 se 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 si mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, primero al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero al invertir la carga de la prueba en disfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que3 el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse.

Siguiendo y como quiera, que en determinadas ocasiones algunos funcionarios judiciales han requerido la necesidad de coexistencia de ciertas condiciones, como la titularidad de un derecho adquirido o la de un régimen de transición, debemos indicarle a este honorable despacho, que la misma alta corporación de la jurisdicción ordinaria laboral, ha dejado en claro en jurisprudencias recientes que dicha condición **NO ES RELEVANTE** para el estudio viabilidad de la declaratoria de la ineficacia del traslado, posición que nuevamente reitero por medio de un fallo de acción de tutela interpuesto en contra del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ- SALA LABORAL, con radicación STL-3202-2020:

“(…)

4. El del Tribunal desconoce de manera abierta y deliberada el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Como atrás se mencionó, un precedente es tal cuando los problemas jurídicos abordados en una sentencia o un conjunto de ellas son semejantes a los planteados en un asunto posterior. Dicho de otro modo, una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional de cierre será precedente vertical vinculante y obligatorio cuando sea pertinente para resolver una cuestión jurídica» (T-292-2006).

En este caso, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá desatendió las sentencias que ha emitido esta Sala sobre la materia. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:

4.1. ¿El precedente de esta Corporación solo aplica a los beneficiarios del régimen de transición?

Es extraño que el Tribunal afirme que la ineficacia del traslado de régimen pensional solo se predique respecto de los beneficiarios del régimen de transición. Ello, por cuanto la jurisprudencia de esta Corte ha establecido lo contrario, esto es, que no hay justificación constitucional que otorgue tal derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros.

En efecto, la regla jurisprudencial identificable en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, 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. En ninguna de ellas se afirma o se insinúa que solo aplique a los beneficiarios del régimen de transición, de manera que el Tribunal accionado restringió indebidamente el precedente, al tergiversar su alcance y, con ello, lesionó los derechos pensionales del demandante.

Es más, para la fecha en que el Tribunal emitió su fallo 8 de mayo de 2019, existía un precedente de esta Corporación en el que afirmó que la pertenencia al régimen de transición era un aspecto intrascendente a la hora de revisar los casos de ineficacia del traslado.

En efecto, en sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada en fallos CSJ SL1689-2019 y CSJ SL4426-2019, esta Corporación recalcó que las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición o tuviera un derecho consolidado, la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante; luego, sin ningún fundamento y bajo argumentos opuestos a la jurisprudencia de esta Sala, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desconoció el precedente.

PETICIONES

Que por las razones y fundamentos de hecho y derecho expuestos me permito elevar ante su Despacho las siguientes peticiones:

Solicito al Honorable **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI – SALA LABORAL**, CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, proferida dentro del proceso de la referencia, y consecuentemente se ordene de manera complementaria, las disposiciones pertinentes para el cumplimiento inmediato de dicha sentencia.

PRUEBAS

Solicito se tengan como pruebas todas las que reposan dentro de los expedientes de la referencia, para que sean tenidas en cuenta al momento de tomar una decisión respecto al recurso de apelación interpuesto por la parte vencida.

NOTIFICACIONES

Al suscrito abogado en la secretaría de su Despacho y en la Calle 15 #6N-34 Oficina 502 en la ciudad de Cali, Teléfonos: (031) 3003169 – (032)4022881 - 3168323934- 300 6130610 y/o e-mail: judicial@abogar.com.co

Del señor Juez – Magistrado

MARTIN ARTURO GARCIA CAMACHO
C.C. No. 80.412.023 de Usaquén
T.P. No. 72.569 del C. S. de la J.