



SEÑOR (A)

JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI (REPARTO)

E. S. D.

PROCESO: DEMANDA ORDINARIA LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
– NULIDAD DE AFILIACIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO
INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

DEMANDANTE: PAOLA ANDREA TORO GARCIA

DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.,
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA S.A.,
COLFONDOS.

CRISTIAN KEVIN GÓMEZ PAZ, mayor de edad, identificado con C.C. 1.118.284.299 de Yumbo, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No.305861 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado judicial de la señora **PAOLA ANDREA TORO GARCIA**, mayor de edad, identificado con C.C. 66.825.016 de Cali Valle, conforme al **PODER ESPECIAL, AMPLIO Y SUFICIENTE**, me permito interponer **DEMANDA ORDINARIA LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** contra la **ADMISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**- representada por **JUAN MIGUEL VILLA LORA**, mayor de edad, identificado con C.C. 12.435.765 o por quien haga sus veces al momento de contestación de la demanda y contra la **SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, representada por **JUAN DAVID CORREA SOLORZANO**, mayor de edad, identificado con C.C. **98.542.022** o por quien haga sus veces al momento de contestación de la demanda, **HORIZONTE** ahora **SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, representada por **MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ**, mayor de edad, identificado con C.C. 79.156.394 o por quien haga sus veces al momento de contestación de la demanda, **SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS OLD MUTUAL** ahora **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** representada por **SANTIAGO GARCIA MARTINEZ** mayor de edad, identificado con CC 79945537 o por quien haga sus veces al momento de contestación de la demanda, **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS** representada por **ALAIN ENRIQUE ALFONSO** mayor de edad identificado con C.C. **80504783** o por quien haga sus veces al momento de contestación de la demanda, entidades con domicilio y representación legal en Cali al tenor del artículo 25 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de conformidad con los siguientes:

HECHOS



1. La señora **PAOLA ANDREA TORO GARCIA**, nació el 25 de febrero de 1971 por lo que a la fecha cuenta con 49 años de edad.
2. Inició su vinculación laboral en el mes de agosto de 1989 cotizando en pensión para el Régimen de Prima Media administrado en dicha fecha por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – ISS** hoy **COLPENSIONES**
3. Posteriormente se vinculó con diversos empleadores continuando cotizando para el Régimen de Prima Media hasta su vinculación a la **AFP PROTECCION** en el mes de febrero de 1994, siendo esta su primera vinculación a un fondo privado de pensiones.
4. Dentro del proceso de afiliación, mi cliente fue abordado en su sitio de trabajo por un promotor de la **AFP PROTECCION**, quien la convenció de realizar el traslado, aduciendo que tendría una pensión de valor superior a la que recibiría en el **ISS**, hoy **COLPENSIONES**, quedando vinculado con la **AFP PROTECCION** desde entonces.
5. En el proceso de afiliación nunca se le explicó a la señora **PAOLA ANDREA TORO GARCIA** de las condiciones del traslado, ni muchos menos se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas, por lo que incumplieron su deber legal que tenían de proporcionar información veraz y completa respecto a las consecuencias negativa que tendría con el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión.
6. La **AFP PROTECCION**, nunca le informó a mi mandante de manera clara y por escrito sobre el derecho a retractarse de su afiliación, tal como lo establece el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994.
7. La **AFP PROTECCION**, nunca le informó por escrito a mi mandante que podía retornar al Régimen de Prima Media antes de que le faltare menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez en el RPM.
8. La **AFP PROTECCION**, no cumplió con las obligaciones legales correspondientes en materia de asesoría, por lo que impidió que mi poderdante tuviese elementos de juicio suficientes para sopesar las condiciones desfavorables que tenía al cambiarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, amén de las grandes bondades y superiores ventajas que le ofrecieron los funcionarios de dicha administradora privada de pensiones.
9. La **AFP PROTECCION**, indujo en un **ERROR EN EL CONSENTIMIENTO** a mi mandante, al no brindarle la asesoría adecuada.
10. Una vez en el **RAIS**, la señora **PAOLA ANDREA TORO** estuvo vinculada a las **AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**

CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS. hasta que retorno a la **AFP PROTECCIÓN**

11. Luego de solicitar una asesoría sobre su estado pensional a su **AFP actual, PROTECCION**, y con la densidad de semanas y salario cotizado se estiman que a los 57 años de edad su mesada pensional será de \$981.007.
12. En la actualidad mi cliente tiene 1169,71 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, divididas en 239,57 en el Régimen de Prima Media (RPM) Y 930,14 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).
13. Cuando mi cliente solicitó el traslado nuevamente, este no se pudo realizar por estar en los 10 últimos años para pensionarse y a través de representación mi poderdante presentó reclamación administrativa a **COLPENSIONES**, para solicitar la nulidad de este traslado, siendo resuelto en forma negativa.

PRETENSIONES

1. Que se **DECLARE** la nulidad y/o ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida que se le efectuó a mi mandante a la **AFP PROTECCION**, la cual estuvo mediada de error, y que por ello este se encuentra viciado de nulidad, al no informarle de manera completa, comprensible y a la medida: i) sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría en el régimen de prima media, ii) la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación y de retornar al régimen de prima media y iii) por no habersele hecho entrega física del el plan de pensiones y reglamento de funcionamiento, tal como se ordena en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.
2. Como consecuencia de la nulidad del traslado, se ordene a través de esta sentencia el retorno de mi poderdante a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** entidad que administra el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
3. Se **ORDENE** a la **AFP PROTECCION**, que, una vez ejecutoriada la sentencia, se sirva trasladar los aportes efectuados por mi mandante junto con sus respectivos rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y asumir las diferencias que haya lugar.
4. Se **CONDENE** a la parte demanda en este proceso a reconocer y pagar a mi mandante las costas y agencias en derecho que se causen.

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

A la señora **PAOLA ANDREA TORO GARCIA**, jamás se le informó por parte de la **AFP PROTECCION**, sobre las modalidades de pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las diferencias con la que obtendría en el Régimen de Prima Media, y la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación.



GÓMEZ PAZ
ABOGADOS

Según se desprende del artículo 13 del Decreto 692 de 1994, la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que se seleccione; tratándose de traslado de régimen el primer formulario de afiliación determina la pertenencia a aquel y no varía por la suscripción de otros formularios; a menos claro está que exista cambio de administradora pensional.

El artículo 11 del Decreto 692 de 1994 expresa que cuando un afiliado al sistema de seguridad social en pensiones ha seleccionado y opta por vincularse a uno de los regímenes pensionales, acepta las condiciones de estos para acceder a las prestaciones que ellos contienen. Esa vinculación, señalan los incisos segundo y tercero de la norma es libre y voluntaria por parte del afiliado y debe manifestarse al momento de vincularse a determinada administradora mediante la suscripción de un formulario previamente señalado por la entonces Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.

En el inciso 5 del precepto se plasma la hipótesis en la que el afiliado se traslade del Régimen de Prima Media, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, caso en el cual *“deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”*.

El eje central de la afiliación, la vinculación y traslado entre regímenes es la manifestación de la voluntad del afiliado, en llevar a cabo dichos procedimientos, misma que en el último evento debe plasmarse por escrito.

La exteriorización de la voluntad jurídicamente se considera como consentimiento. Este es un requisito esencial de las obligaciones y de los actos o negocios jurídicos tal como lo establece el artículo 1508 del Código Civil, y para que esté presente se exige que debe ser consciente y libre, lo que se traduce en que no esté afectado de error fuerza o dolo, los cuales la ley y en la doctrina coinciden en denominarlos como vicios del consentimiento.

El error como vicio del consentimiento, es considerado como “la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento.”¹

La legislación colombiana solo castiga con la declaratoria por parte del juez de la nulidad del acto jurídico o contrato, cuando aquel ha sido celebrado mediando un error de hecho², esto es, aquel que concierne exclusivamente a las modificaciones del mundo exterior pues el error de derecho o aquel que equivale a invocar como excusa la ignorancia de la ley, se encuentra proscrito³.

¹Corte Constitucional Sentencia C 993 de 2006

² Artículos 1509, 1510, 1511 del Código Civil

³ Artículo 1509 ibíd.



Por obvias razones para tomar la decisión de trasladarse o no de régimen, un afiliado debe conocer las ventajas y desventajas de cada uno de ellos, el cual proviene de la información que brinda la administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual debe ser completo, adecuado y suficiente.

Las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad son entidades de carácter financiero especializadas cuya finalidad es prestar el servicio público de pensiones. Dentro de sus obligaciones y deberes se encuentra el deber de información, el cual según el tratadista y ex magistrado Eduardo López Villegas, surge de la naturaleza misma de una relación especializada, en el que el poder del conocimiento porque se ofrece la confianza en el gestor se traduce en la ilustración apropiada a quien le encomienda sus negocios para traslucir la lealtad con la que se administran sus intereses.⁴

A su turno y siguiendo al tratadista, el artículo 18 del Decreto 656 de 1994 y el 48 de la Ley 1328 de 2009 señala que dentro las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentra la gestión de asesoría, que implica la asistencia de la AFP en materias complejas como las de indicarle a sus afiliados el mejor plan de pensión, el mejor portafolio de inversiones y a partir de la información más completa.

La labor de gestión de asesoría se explica en los siguientes términos:

“(...) la asimetría de las relaciones del profesional experto y el profano que pone en manos de aquel la suerte de sus asuntos impone un deber de información, que cualitativamente se transforma en un deber de asesoría y consejo, en materias graves, donde está la suerte del afiliado, y en asuntos de alta complejidad, no basta con proporcionarle al afiliado unos datos, unas proyecciones, unos riesgos, sino que esa información debe ser calificada de tal forma “que permita a los afiliados tomar decisiones”, se ha de entender que el deber no se cumple liberando la información, sino asegurándose de que el afiliado reciba el apoyo necesario para quedar en posición de tomar decisiones razonables, lo que en casos implica adentrarse en el campo de la valoración de la información para servir de guía y asesor, para evitar el que se tomen las opciones que abiertamente se contraponen a sus intereses

Para la decisión sobre cuál ha de ser la mejor cobertura pensional al escoger el régimen o dentro del régimen, la modalidad de pensión, o, dentro de las inversiones, el mejor portafolio, la administradora debe asesorar a sus afiliados y beneficiarios. La previsión normativa del decreto 719 de 1994 impone ese deber de asesoría, de manera expresa para efectos de la contratación de la renta vitalicia y la selección de la respectiva aseguradora de vida, mandato que por fuerza ha de entenderse para acompañar al afiliado

⁴ LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. Seguridad Social Teoría Crítica. Medellín Sello Editorial, 1a. Ed. de 2011.volumen 1 Pg. 287



GÓMEZ PAZ
ABOGADOS

en la decisión de adoptar como modalidad de pensión la renta vitalicia inmediata o el retiro programado con renta vitalicia.”⁵

En sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, reiterada en la sentencia del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto de las obligaciones especiales de las AFP y concretamente sobre su deber de información a sus potenciales afiliados y quienes ya lo son expuso:

“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

⁵ Ibid. pág. 277, 278



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”.



GÓMEZ PAZ
ABOGADOS

De igual forma el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral, con ponencia del Magistrado Diego Roberto Montoya Millán Radicación 07 2013 00776 01 en Sentencia del 01 de octubre de 2014, manifestó:

“... las administradoras de pensiones, lo son de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, en quienes la ley radica el deber de gestión de los intereses de quienes a ellas se vinculen, cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación; en ese orden, señala que la razón de la existencia de las administradoras es la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas que resulten confiables, particularidades que las ubican en el campo de la responsabilidad profesional, imponiéndoseles el deber de cumplir especialmente con las obligaciones previstas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, 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.

Se recuerda además en el referido pronunciamiento, que de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y de 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, donde 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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.

De tal manera, al tenor de los lineamientos previstos por la Corte Suprema de Justicia, la entidad además, debía cumplir con el deber de informar las diferentes alternativas e inconvenientes del Régimen de Ahorro Individual, en palabras de la Alta Corporación, “...y aún a llegar, si fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica”, situaciones que, al tenor de los parámetros fijados por la Sala de Casación Laboral en el proveído antes citado líneas atrás, trae como consecuencia la



nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Ahorro Individual...”

En el caso de mi cliente, nunca se le informó por parte de **PROTECCION S.A.**, sobre las modalidades de pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y las diferencias con la que obtendría la pensión en el Régimen de Prima Media, ni mucho menos de la posibilidad de retracto para que, como lo han dicho los altos tribunales, se cumpla con la obligación no solo desde la etapa anterior a la afiliación sino hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

De acuerdo a todo lo anterior tenemos entonces que:

1.- Nunca se le hizo entrega del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de **PROTECCION S.A.**, tal cómo se ordena en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994 que reza:

“Artículo 15º.- Todo fondo de pensiones deberá tener un plan de pensiones y un reglamento de funcionamiento aprobados de manera previa e individual por la Superintendencia Bancaria. El reglamento debe contener, a lo menos, las siguientes previsiones:

- a) Los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora;*
- b) El régimen de gastos conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Bancaria, y*
- c) Las causales de disolución del fondo.*

El texto del reglamento, así como del respectivo plan, deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación.

Los reglamentos deberán ser redactados de forma tal que sean de fácil comprensión para los afiliados y la copia que de los mismos se entregue a éstos deberá emplear caracteres tipográficos fácilmente legibles.

Parágrafo. -Las modificaciones a los reglamentos de los fondos de pensiones deberán ser igualmente aprobadas de manera previa por la Superintendencia Bancaria.

Parágrafo Transitorio. - A las personas que se vinculen a un fondo de pensiones durante los dos primeros meses de funcionamiento del mismo, el texto del reglamento podrá serles entregado a más tardar al vencimiento de dicho término”:

Con la omisión a las obligaciones especiales por parte de **PROTECCION S.A.** se le privó a mi mandante de una completa y pormenorizada explicación de sus derechos



y deberes como afiliados, así como sobre las ventajas del “novedoso” sistema de alcanzar una pensión y sus modalidades.

2.- Además de la abierta violación del deber de información sobre las modalidades de pensión a las cuales podría acceder mi mandante, dado que el asesor de **PROTECCION S.A.**, no se las indicó, ni tampoco posteriormente le entregó el plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento de la entidad; también es pertinente denunciar que **PROTECCION S.A.**, en primera oportunidad no le informó a mi mandante sobre la posibilidad que tenía de retractarse de su traslado de régimen, posibilidad que viene establecida en el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994 así:

Artículo 3o. Traslado de regímenes. Se entenderá permitido el retracto del afiliado en todos los casos de selección con el objeto de proteger la libertad de escogencia dentro del Sistema General de Pensiones, de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección.

Las personas que con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto hubieren seleccionado expresamente un régimen de pensiones, podrán ejercer el derecho de retracto dentro de los quince (15) días hábiles a partir de la vigencia de éste. Dicho derecho deberá expresarse por escrito a la administradora o al empleador, según se trate de trabajador dependiente o independiente y dejará sin efectos la selección inicial. Este podrá utilizarse entre otros casos, en los siguientes:

- a) Aquellas personas afiliadas al Instituto de Seguros Sociales, cajas o fondos de pensiones del sector público que no hubieran cotizado en dichas administradoras de prima media al menos ciento cincuenta (150) semanas y no tengan derecho a bono pensional, y*
- b) Aquellas personas beneficiadas del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el decreto 813 de 1994.*

En caso de retracto deberá darse aviso al empleador o a la administradora según sea el caso, con el objeto de que ésta traslade la correspondiente cotización.

Cuando las administradoras efectúen procesos de promoción, deberán informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse de que trata el presente artículo.

Según la norma referida, es obligatorio para todas las Administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse de su traslado de régimen; con ello se garantiza que el asegurado pueda reafirmar su decisión de mantenerse afiliado a



ellas con su silencio, o manifestación expresa, o por el contrario optar por regresar al régimen de prima media.

Como en el caso de mi mandante no se cumplió con este requisito, se puede concluir que se le privó de corregir el yerro en el que le hizo incurrir la administradora, que jamás le brindó oportuna información sobre las modalidades de su pensión.

Sobre este particular la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Cali, con ponencia de la magistrada Elsy Jimena Valencia Castrillón, en sentencia del 9 de septiembre de 2013, radicación 7600113011-2011-00847-01 expresó:

“Claro lo anterior y teniendo en cuenta que la demandante afirma que el Fondo de Pensiones no cumplió con las obligaciones establecidas en la normativa reseñada, se debe concluir que tal aseveración es una negación indefinida, y que a diferencia de lo establecido por la a quo, en virtud de lo establecido en el inciso final del artículo 177 del CPC, no requiere ser probada por quien la alega, sino que por el contrario, tal circunstancia conlleva a que se traslade la carga de la prueba contra quien se aduce, lo cual no aconteció en el caso de autos, pues al revisar el cúmulo probatorio, se observa a folio 51 la solicitud de vinculación elevada por la demandante, más de ella no se desprende información alguna que indique que el Fondo de Pensiones le explicó de manera detallada todos los datos referentes al traslado, incluyendo ventajas, desventajas, beneficios y demás circunstancias que se puedan derivar del acto mismo de cambiar del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y mucho menos se vislumbra que se le hubiere indicado el derecho de retracto que tiene el solicitante, ni el término para el mismo, lo cual de manera imperiosa lleva a concluir que PORVENIR S.A. no cumplió con las obligaciones legales de brindar la información completa a la demandante, lo cual conllevó a que incurriera en afectación en menor o mayor grado de su derecho constitucional a la Seguridad Social.

Siendo, así las cosas, se ha de revocar la decisión adoptada por la a quo, y en consecuencia se declara la nulidad de la vinculación de la señora BEATRIZ ELENA MONTOYA DE OROZCO al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., y en virtud de ello, se declara que la accionante nunca se trasladó de régimen pensional, entendiéndose entonces que la demandante siempre estuvo vinculada al régimen de prima media administrado por el ISS”.⁶

Es evidente que la labor de PROTECCION S.A., en el caso de mi mandante, fue de hacer las veces de una simple recaudadora de cotizaciones, que nunca se ha

⁶sala laboral de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Cali, con ponencia de la magistrada Elsy Jimena Valencia Castrillón, en sentencia del 9 de septiembre de 2013, radicación 7600113011-2011-00847-01



preocupado por informar sobre las ventajas y desventajas que implica estar, o mantenerse afiliado a dicho fondo pensional y al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Con ese proceder transgredió el deber de gestión de los intereses de mi mandante, el cual nació desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora; se faltó a la responsabilidad profesional que les asiste, pues se recalca, se vulneraron las obligaciones que taxativamente están contempladas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 ya indicados.

Sobre la responsabilidad profesional de las AFP, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 9 de septiembre de 2008 ya referida precisó:

"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".⁷

2. CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA:

PROTECCION S.A., tiene el imperativo de demostrar que brindó la información amplia y suficiente a mi mandante para afiliarse a ella.

El artículo 167 del Código General del Proceso señala el principio de la carga de la prueba en los siguientes términos *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen..."*. En otras palabras, si las partes pretenden sacar adelante sus pretensiones y excepciones, tienen que aportar las pruebas necesarias que demuestren los hechos y efectos jurídicos que contempla una norma.

⁷la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 9 de septiembre de 2008



No obstante, se considera que en este caso se debe acudir al concepto de carga dinámica de la prueba. Según ella se permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla⁸. Esto indica que dependiendo de las circunstancias del caso concreto y de la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, esta le corresponderá aportarla a aquella que este en mejores condiciones para hacerlo.

El tema de la carga dinámica de la prueba no es nuevo, sino que tiene una materialización clara en el artículo 167 del Código General del Proceso que al respecto indica:

“Artículo 167. Carga de la prueba.

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código”.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Del artículo citado, fluye que el juez puede exigir probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos; incluso considerar cual parte se encuentra en mejor posición probatoria cuando este en cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

⁸BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, en: Revista Temas Jurídicos. No 11, 1995, Pág. 16.



En este caso, es **PROTECCION S.A.**, quien está en mejores condiciones de aportar aquellos documentos que prueban que al momento de mi poderdante afiliarse le remitieron e hicieron entrega de el plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento de la entidad y le remitieron las misivas en las que le planteaban el derecho que tenía mi mandante a retractarse de su afiliación y le informaba sobre el plazo máximo que tenía para regresar al Régimen de Prima Media administrado por **COLPENSIONES**.

No obstante, en caso de que al juez no le satisfagan estos medios de prueba, se precisa que quien tiene el deber de demostrar que, si informó a mi mandante sobre los beneficios y condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es **PROTECCION S.A.**, pues es más fácil para él demostrar los actos positivos que dan cuenta de la suficiente información que tuvieron que entregarle a mi mandante. Ello sin perjuicio que es la ley quien le impone esta obligación.

Sobre la carga de la prueba tratándose del deber de información de las AFP, la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Cali, con ponencia de la magistrada Elsy Jimena Valencia Castrillón, en sentencia del 9 de septiembre de 2013, radicación 7600113011-2011-00847-01 indicó:

“Claro lo anterior y teniendo en cuenta que la demandante afirma que el Fondo de Pensiones no cumplió con las obligaciones establecidas en la normativa reseñada, se debe concluir que tal aseveración es una negación indefinida, y que a diferencia de lo establecido por la A quo, en virtud de lo establecido en el inciso final del artículo 177 del CPC, no requiere ser probada por quien la alega, sino que por el contrario, tal circunstancia conlleva a que se traslade la carga de la prueba contra quien se aduce, lo cual no aconteció en el caso de autos, pues al revisar el cúmulo probatorio, se observa a folio 51 la solicitud de vinculación elevada por la demandante, más de ella no se desprende información alguna que indique que el Fondo de Pensiones le explicó de manera detallada todos los datos referentes al traslado, incluyendo ventajas, desventajas, beneficios y demás circunstancias que se puedan derivar del acto mismo de cambiar del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, y mucho menos se vislumbra que se le hubiere indicado el derecho de retracto que tiene el solicitante, ni el término para el mismo, lo cual de manera imperiosa lleva a concluir que PROTECCION S.A. no cumplió con las obligaciones legales de brindar la información completa a la demandante, lo cual conllevó a que incurriera en afectación en menor o mayor grado de su derecho constitucional a la Seguridad Social”.

Así mismo en la sentencia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral RAD. 07 2013 00776 01 del pasado 01 de octubre de 2014, antes mencionada, refiriéndose a la carga de la prueba manifestó:



“ En este punto es de advertir, en relación con el deber de información de la Administradora de Pensiones, tal como se dejó sentado en la sentencia citada, la carga de la prueba en el asunto de autos, se encuentra en cabeza del Fondo Privado, no solo por ser a quien se atribuye el incumplimiento de la obligación de proporcionar información veraz y suficiente previa al traslado y consecuente afiliación del demandante, sino por lo que se denomina por la doctrina “ la carga dinámica de prueba” asignada a quien tiene mayor facilidad de acceder a los medios para acreditar el hecho extrañado, dada su proximidad a la prueba y condiciones técnicas e institucionales, que en este caso no es otra que la Administradora de Fondo de Pensiones, entidad a quien correspondía entonces, acreditar que el traslado de régimen de la accionante se realizó con el lleno de los requisitos legales, de manera libre, espontánea y sin presiones, y que la información necesaria para el mismo, en la que se deben indicar tanto sus beneficios como sus perjuicios, fue proporcionada de manera inequívoca..”⁹

Por último, ajustando esta demanda a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Cali en sentencia de Radicado 009-2013-00510-01, en proceso ordinario laboral que promovió la señora **ANA MARÍA DÍAZ RODRÍGUEZ** en contra de **COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN S.A.**, mediante sentencia 122 del 6 de mayo de 2015, con ponencia del Magistrado **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE** dijo lo siguiente:

“Ahora bien, teniendo en cuenta que la actora en el hecho 3° de la demanda, manifiesta que el Fondo de Pensiones y Cesantía Protección S.A., no le brindó al momento de la afiliación al sistema, la información necesaria, sobre las causas y efectos que le ocasionaría el trasladarse del Régimen; se debe precisar que la entidad en mención no aportó al plenario, sustento probatorio donde demuestre que le dio una asesoría acertada y clara, que no indujera en error a la actora a firmar su traslado, teniendo en cuenta, que es deber de las Administradoras, ofrecer una buena gestión, ante los intereses del afiliado, puesto que son ellas quienes tienen la experiencia, pericia y responsabilidad, de las decisiones que se tomen al momento de efectuar el traslado, por lo que deben existir una etapas previas antes de la formalización de la afiliación.

Así mismo, se considera, que a pesar de que la actora, firmó el formulario del traslado, del cual se allegó copia del formulario de afiliación al Fondo de Pensiones y Cesantía Santander (folio 60), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado, cuando las personas desconocen, sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos Pensionales, a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta, que era deber de la administradora, realizar un proyecto Pensional en donde se informe el monto de pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles

⁹Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala Laboral RAD. 07 2013 00776 01 del pasado 01 de octubre de 2014



GÓMEZ PAZ
ABOGADOS

implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Por lo que teniendo en cuenta el análisis jurisprudencial aquí planteado, es procedente la Nulidad del traslado realizado, esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado Colpensiones, teniendo en cuenta que el mencionado régimen, resulta más favorable para la actora, especialmente en cuanto a su cuantía al momento de adquirir su pensión, pero advirtiéndole que el mismo se hace sin recuperar el régimen de transición, puesto que como quedó planteado en las anteriores consideraciones, la señora Díaz Rodríguez, no era beneficiaria de dicho régimen.

Es de anotar que las jurisprudencias antes citadas corresponden a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, lo que no obsta su aplicación a cualquier traslado entre régimen, dadas las diferencias entre ambas modalidades, el monto de la pensión, la prohibición de traslado cuando falten menos de 10 años para acceder a la pensión y demás factores que puedan diferenciar las prestaciones que otorgan uno u otro”.¹⁰

Respecto a la carga de la prueba, le corresponde al fondo de pensiones quien asesoró sobre el traslado, acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró al interesado.

No puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los fondos privados imponen el deber de información, es por lo que estos deben precisar que información dieron.

En pocas palabras, en quien descansa el deber de informar, corre con la carga de la prueba de que informó y las condiciones en que lo hizo, so pena de correr con las consecuencias de tal omisión, que para el caso se entienda que no hubo información.

Además del artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, rigen el derecho a la información o libertad informada, el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagren entre otros los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece el derecho de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse, que no aportó el fondo demandado en este asunto. De igual manera, le son

¹⁰TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI Radicado 009-2013-00510-01 ponencia del DR. CARLOS ALBERTO OLIVER GALE



aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero, sobre deber de información en los siguientes términos:

El artículo 72 literal F del Decreto 663 de 1993, prescribe:

ARTICULO 72. REGLAS DE CONDUCTA Y OBLIGACIONES LEGALES DE LAS ENTIDADES VIGILADAS, DE SUS ADMINISTRADORES, DIRECTORES, REPRESENTANTES LEGALES, REVISORES FISCALES Y FUNCIONARIOS. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la obligación legal de abstenerse de realizar las siguientes conductas:

f) No suministrar la información razonable o adecuada que a juicio de la Superintendencia Bancaria deba entregarse al público, a los usuarios o a los clientes de las entidades vigiladas para que éstos puedan tomar decisiones debidamente informadas y puedan conocer cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas.

El artículo 97.1 del Decreto 663 de 1993, señala:

ARTICULO 97. INFORMACION.

1. Información a los usuarios. <Numeral modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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 y poder tomar decisiones informadas.

El artículo 98.4 del Decreto 663 de 1993, consagra:

4. Debida prestación del servicio y protección al consumidor. <Numeral modificado por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:>

4.1 Deber general. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que estos reciban la atención debida en el desarrollo



de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.

Dentro de las funciones de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, el artículo 325 literales c y e, precisan lo siguiente:

ARTICULO 325. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES. *<Artículo sustituido por el artículo 1 del Decreto 2359 de 1993. El nuevo texto es el siguiente:>*

1. Naturaleza y objetivos. <Inciso 1o. modificado por el artículo 35 de la Ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:>La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora, y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:

c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia.

e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe.

Las posturas jurisprudenciales se resumen de en lo manifestado en sentencia del Tribunal Superior de Cali, sentencia 248 de 2016 proceso 760011310500420140050301.

- 1. Las administradoras de fondos de pensiones y cesantías tienen una responsabilidad profesional con sus afiliados, entre sus múltiples deberes está el de información.*
- 2. El deber de información debe comprender todas las etapas del proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional.*
- 3. 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.*
- 4. La información, en asuntos como la elección del régimen de pensional debe centrarse en proporcionar ilustración suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, aún a llegar, si*



fuere el caso, a desanimar el interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Es decir, estar dotada de transparencia máxima.

5. Aunque la solicitud de vinculación inicial se encuentre firmada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo libre, espontánea y sin presiones, si la decisión del afiliado no se adoptó sin el pleno conocimiento de lo que ello entraña, no podría predicarse que la selección tiene tales características.
6. La libertad y voluntariedad en el traslado implican que la decisión fue adoptada teniendo en cuenta los alcances positivos y negativos en su adopción.
7. Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicados de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos real consentimiento para adoptarla.
8. Como reglas básicas para estimar si un traslado cumplió los requisitos de la transparencia están: el conocimiento de los beneficios que dispense cada régimen, la proyección sobre el monto de la pensión que se percibiría en cada uno de ellos, la diferencia en el pago de aportes que se realizan en cada régimen, y las implicaciones y conveniencias de la decisión.

Es de anotar que las jurisprudencias antes citadas corresponden a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, lo que no obsta su aplicación a cualquier traslado entre régimen, dadas las diferencias entre ambas modalidades, el monto de la pensión, la prohibición de traslado cuando falten menos de 10 años para acceder a la pensión y demás factores que puedan diferenciar las prestaciones que otorga uno u otro”.

Sobre todo lo aquí fundamentado, en reciente jurisprudencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 1452-2019, Radicación No. 68852, del 3 de abril de 2019 estipuló:

*“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).*

(...)



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

(...)

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

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

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

(...)

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 conjugué 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.

(...)

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

(...)

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.

(...)

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple



diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado.

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

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

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

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

(...)

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 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 la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

(...)

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.



GÓMEZ PAZ
ABOGADOS

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

COMPETENCIA

Es usted competente, señor Juez para conocer de la presente demanda, en consideración de la naturaleza del proceso y del domicilio de las partes, teniendo en cuenta que se pretende la nulidad del traslado de régimen Pensional y no el reconocimiento de una pensión.

CUANTIA Y PROCESO

A la presente demanda debe dársele el trámite de un Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia, cuya cuantía supera los Veinte (20) salarios Mínimos legales vigentes de la ley 712 año 2001, artículo 9 modificado por el artículo 46 de la ley 1395 de 2010.

MEDIOS DE PRUEBA

Para que sean tenidas como pruebas a favor de mí representado acompañó las siguientes.

DOCUMENTALES

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de mi poderdante.
2. Reporte de semanas cotizadas en pensiones de PROTECCION S.A.
3. Simulación pensional.
4. Reclamación administrativa ante COLPENSIONES.
5. Respuesta a la misma por parte de COLPENSIONES.
6. Certificado de Existencia y representación legal de PROTECCION S.A.

ANEXOS



- Poder para actuar.
- Los medios de prueba que se enunciaron.
- Dos copias de ella para el traslado a las partes demandas y para el archivo y copia en medio magnético CD con el fin de dar traslado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

NOTIFICACIONES

El suscrito apoderado las recibiré en la Avenida 4 Norte No. 8N-67, oficina 103, Edificio Don Sebas, en la ciudad de Santiago de Cali, teléfono (2) 896-4358 celular 302 2953438 y correo electrónico notificaciones@gomezpazabogados.com

La demandante las recibirá en Avenida 5 norte # 16N – 18 Apto 401, en la ciudad de Cali, teléfono 3164780910, correo electrónico gomezpazabogado@gmail.com

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, las recibirá en avenida Roosevelt # 34-06, en la ciudad de Cali, teléfono (051)2307500 correo electrónico clientes@proteccion.com.co

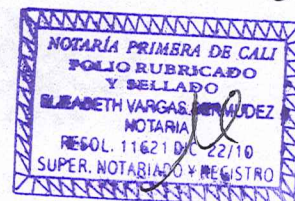
La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, las recibirá en Carrera 10 No.72-33, Torre B, Piso 11, Bogotá D.C, teléfono 018000410909, correo electrónico contacto@colpensiones.gov.co y notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, las recibirá en Carrera 13 No. 26 A-65 Bogotá D.C, correo electrónico notificacionesjudiciales@porvenir.com.co

La **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** las recibirá en Avenida 6A Norte No 37N-25, Centro Comercial Chipichape, Oficina 614 – 615.

Atentamente,

CRISTIAN KEVIN GÓMEZ PAZ
C.C. 1.118.284.299 DE YUMBO
T.P. 305.861 DEL C.S. DE LA J.



Señor
JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
E. S. D.

Referencia: **PODER ESPECIAL**

PAOLA ANDREA TORO GARCIA, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía No. C.C. No. 66.825.016 de Cali Valle, manifiesto a usted, que mediante el presente escrito confiero poder especial, amplio y suficiente al doctor **CRISTIAN KEVIN GÓMEZ PAZ**, mayor de edad y vecino de Cali, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.118.284.299 expedida en Yumbo (Valle del Cauca), abogado titulado y en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional No. 305861 del C. S. J., para que en mi nombre y representación, adelante **PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, representada por el señor **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o quien la remplace o haga sus veces, la **SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, representada por **JUAN DAVID CORREA SOLORZANO**, mayor de edad, identificado con C.C. 98.542.022 o quien lo remplace o haga sus veces, **HORIZONTE** ahora **SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, representada por **MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ**, mayor de edad, identificado con C.C. 79.156.394 o por quien haga sus veces, **SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS OLD MUTUAL** ahora **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** representada por **SANTIAGO GARCIA MARTINEZ** mayor de edad, identificado con CC 79945537 o por quien haga sus veces, y **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS** representada por **ALAIN ENRIQUE ALFONSO** mayor de edad identificado con C.C. **80504783** o por quien haga sus veces; a fin de solicitar las siguientes:

PRETENSIONES

1. Que se **DECLARE** la nulidad y/o ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida que se le efectuó a mi mandante a la **AFP PROTECCION**, la cual estuvo mediada de error, y que por ello este se encuentra viciado de nulidad, al no informarle de manera completa, comprensible y a la medida: i) sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría en el régimen de prima media, ii) la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación y de retornar al régimen de prima media y iii) por no habersele hecho entrega física del el plan de pensiones y reglamento de funcionamiento, tal como se ordena en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.
2. Como consecuencia de la nulidad del traslado, se ordene a través de esta sentencia el retorno de mi poderdante a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** entidad que administra el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
3. Se **ORDENE** a la **AFP PROTECCION**, que, una vez ejecutoriada la sentencia, se sirva trasladar los aportes efectuados por mi mandante junto con sus



GÓMEZ PAZ
ABOGADOS

respectivos rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y asumir las diferencias que haya lugar.

4. Se **CONDENE** a la parte demanda en este proceso a reconocer y pagar a mi mandante las costas y agencias en derecho que se causen.

Mi apoderado judicial queda facultado para elaborar la correspondiente demanda judicial, para conciliar, recibir, desistir, sustituir, reasumir, transigir, impugnar, y todas y cada una de las facultades consagradas en el Art. 77 del C.G.P., aplicado por analogía al procedimiento laboral, de tal manera que no pueda alegarse insuficiencia del mandato.

Respetuosamente solicito reconocer personería a mi apoderado judicial en los términos aquí indicados.

Atentamente,

PAOLA ANDREA TORO GARCIA
C.C. 66.825.016 de Cali Valle

Acepto,

CRISTIAN KEVIN GÓMEZ PAZ
C.C. No. 1.118.299 de Yumbo (Valle)
T.P. 305861 C.S.J.

NOTARIA PRIMERA DE CALI
PRESENTACIÓN PERSONAL

Compareció al despacho de la Notaría Primera del Circuito de Cali

TORO GARCIA PAOLA ANDREA
y exhibió la **C.C. 66825016**
y declaró que la firma y huella que aparecen en el presente documento son suyas y que el contenido del mismo es cierto. Ingrese a www.notariaenlinea.com para verificar este documento.

Para constancia se firma Fecha: 2020-07-29 10:10:33
PODER A CRISTIAN KEVIN GOMEZ PAZ PARA TRAMITES ANTE JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI

ELIZABETH VARGAS BERMUDEZ
NOTARIA PRIMERA DEL CIRCULO DE CALI

REPÚBLICA DE COLOMBIA
NOTARIA PRIMERA DE CALI

Cod. 65nq8
2612-86e2a9bd