

Señor

**JUEZ VEINTISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C.**

E.

S.

D.

**PROCESO: 2021-0045**

**DEMANDANTE: MARIA DEL PILAR GUAYASAN HURTADO**

**DEMANDADOS:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES **COLPENSIONES** y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS **PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: REFORMA DE LA DEMANDA ORDINARIA LABORAL**

**PLINIO APONTE ACOSTA**, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía No. 80.354.618 de Tocaima, Cundinamarca, abogado en ejercicio, portador de la T.P. 160.878 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como **apoderado judicial especial** de **MARIA DEL PILAR GUAYASAN HURTADO**, mayor de edad, con domicilio y residencia en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.835870 de Bogotá, según poder especial; por medio del presente escrito, respetuosamente presento a usted **REFORMA DE LA DEMANDA ORDINARIA LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES **COLPENSIONES** con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por **JUAN MIGUEL VILLA LORA** con domicilio principal la ciudad de Bogotá, o de quien haga sus veces, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. Representada legalmente por ALAIN ENRIQUE ALFONSO FOUCRIER VIANA o quien haga sus veces, y la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS **PORVENIR S.A.**, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. Representada legalmente por MIGUEL LARGACHA MARTINEZ, o de quien haga sus veces. La reforma de la presente demanda se hace con base el artículo 28 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, respecto en adicionar en las pretensiones la vinculación de la AFP **PORVENIR S.A.**, bajo los siguientes:

#### **HECHOS**

**PRIMERO:** La demandante fue afiliada a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** Fondo privado perteneciente al **Régimen de Ahorro Individual**.

**SEGUNDO:** Es así como la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, perteneciente al **REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**, la afilia a su fondo con fecha de efectividad diciembre de 2004.

**TERCERO:** La demandante al momento de la afiliación al fondo privado **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS S.A. COLFONDOS S.A.**, no fue asesorada o informada por ese fondo, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones.

**CUARTO:** El fondo privado **COLFONDOS S.A.**, al momento de la afiliación, no la asesoró respecto al régimen que más le convenía, teniendo en cuenta entre otras cosas, su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando.

**QUINTO:** El fondo privado **COLFONDOS S.A.**, al momento de la afiliación no le informó cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad, o a la edad de pensión, o para mantener su mínimo vital.

**SEXTO:** El fondo privado **COLFONDOS S.A.**, al momento de la afiliación, no le informó que no todo el aporte mensual que hiciera iría a su cuenta individual, y que parte de este se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen; y como influiría esto en su pensión.

**SEPTIMO:** El fondo privado **COLFONDOS S.A.**, al momento de la afiliación, no le informó sobre la posibilidad que tenía de tener que negociar el bono pensional entregado por el Régimen de Prima Media como consecuencia del traslado, para anticipar su pensión; y como podría influir en su pensión.

**OCTAVO:** El fondo privado **COLFONDOS S.A.**, al momento de la afiliación, no le informó sobre el derecho de retracto, ni en qué consistía.

**NOVENO:** El fondo privado **COLFONDOS S.A.**, al momento de la afiliación, no le informó que el monto de su pensión en ese régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios; y como influiría esto en su pensión.

**DECIMO:** El fondo privado **COLFONDOS S.A.**, al momento de la afiliación no le hizo proyecciones futuras de su pensión, con las hipótesis que podrían surgir en cada uno de los regímenes pensionales.

**DECIMO PRIMERO:** El fondo privado **COLFONDOS S.A.**, al momento de la afiliación, no le informó sobre las condiciones requeridas en el Régimen de Ahorro Individual para pensionarse anticipadamente.

**DECIMO SEGUNDO:** El fondo privado **COLFONDOS S.A.**, al momento de la afiliación tenía a su cargo una responsabilidad con ésta de carácter profesional, que le imponía el deber de asesorarla eficazmente, de manera rigurosa, transparente, adecuada y completa, con diligencia, prudencia, con respecto a la decisión de traslado de régimen.

**DECIMO TERCERO:** La demandante mediante solicitud con radicado No. 2019-14376919 del veinticuatro (24) de octubre de 2019 solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

**DECIMO CUARTO:** La Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** el día veinticuatro (24) de octubre de 2019, rechazó la solicitud de traslado de la demandante a esa administradora.

**DECIMO QUINTO:** Actualmente la demandante se encuentra vinculada y cotizando para pensiones en el fondo de pensiones privado demandado **PORVENIR S.A.**

## **PRETENSIONES**

### **PRETENSIONES PRINCIPALES**

**PRIMERA:** Declarar la nulidad de la afiliación de la señora **MARIA DEL PILAR GUAYASAN HURTADO** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada por **COLFONDOS S.A.**, con fecha de efectividad diciembre de 2004; ante la omisión de éste fondo del deber de informar a la demandante, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas.

**SEGUNDA:** Como consecuencia de lo anterior, condenar a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a restituir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES **COLPENSIONES** los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la señora **MARIA DEL PILAR GUAYASAN HURTADO**, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado.

**TERCERA:** Como consecuencia de lo anterior, condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES **COLPENSIONES** a recibir como afiliada a la señora **MARIA DEL PILAR GUAYASAN HURTADO**, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**CUARTA:** Condenar a las demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita.

**QUINTA:** Se condene a las demandadas al pago de las costas y gastos del proceso.

### **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

En el caso de no prosperar la pretensión primera principal, se invoca la siguiente pretensión como subsidiaria:

**PRIMERA:** Declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos, de la afiliación de la demandante **MARIA DEL PILAR GUAYASAN HURTADO** realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en cabeza de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, con fecha de efectividad diciembre de 2004; y posteriormente a la vinculación que le hizo **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a la demandante, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, por parte del demandante, al momento de la vinculación a ese fondo privado demandado.

### **FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO**

Como fundamentos jurídicos que sirven de apoyo al petitum, me permito exponer los siguientes:

#### **I. FUNDAMENTOS PRETENSIONES PRINCIPALES**

#### **OMISION DEL DEBER LEGAL DE INFORMAR POR PARTE DEL FONDO COLFONDOS S.A., AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN DE LA DEMANDANTE.**

Con fecha de efectividad diciembre de 2004, el fondo privado de pensiones **COLFONDOS S.A.**, vinculó a la demandante a su fondo, trasladándola del Régimen

de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

El literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, consagra que “La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley” (Subrayado fuera de texto).

Sin embargo, la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se hizo sin el lleno de los requisitos legales, pues para que pueda predicarse que existió consentimiento libre y voluntario, debió haber estado precedida de una adecuada y completa información con respecto al derecho pensional de la demandante, los riesgos, beneficios y desventajas que conllevaría el traslado de Régimen Pensional, y así poder decir que se dio un consentimiento informado, lo cual no sucedió; lo que trae como consecuencia la nulidad del traslado de régimen pensional, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que más adelante se expondrá.

Por su parte, el Artículo 60 literal c) de la Ley 100 de 1993 dispone la obligación de informar de los fondos de pensiones al momento de su vinculación.

“(…) c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y entre los Fondos de Pensiones gestionados por ellas según la regulación aplicable para el efecto, así como seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones.

*En todo caso, dentro del esquema de multifondos, el Gobierno Nacional definirá unas reglas de asignación al fondo moderado o conservador, para aquellos afiliados que no escojan el fondo de pensiones dentro de los tiempos definidos por las normas respectivas, reglas de asignación que tendrán en cuenta la edad y el género del afiliado.*

Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”. (Subrayado fuera de texto).

Como se mencionó, la demandante al momento del traslado al fondo de pensiones **COLFONDOS S.A.**, no fue asesorada o informada por ese fondo de pensiones que le ofreció a través de sus representantes vincularse a éste, de manera completa, transparente, rigurosa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los riesgos, beneficios, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones.

En efecto, el fondo de pensiones privado **COLFONDOS S.A.**, al momento del traslado de régimen pensional de la demandante, no le brindó información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto al régimen que más le convenía de acuerdo con su historia laboral, salarios y edad; ni sobre las implicaciones que el cambio de régimen tendría sobre sus derechos pensionales; no le informaron sobre el riesgos de poderse pensionar con una mesada menor a la que podría recibir en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, o inclusive no poderse llegar a pensionar, ni le hicieron proyecciones futuras de su pensión, ni se le informó que capital debía acumular para pensionarse

anticipadamente, o para tener derecho a una pensión, ni que capital necesitaría ahorrar para mantener su mínimo vital, pues no le informaron teniendo en cuenta que en el Régimen de Ahorro Individual el monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado, hasta que edad, y cuanto debía cotizar o con que salarios, en promedio, para alcanzar una pensión de vejez, por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de conservar el mismo salario base de cotización, o cuanto debía ser el capital que debía acumular para pensionarse con una mesada cercana a su ingreso mensual con el que cotizaba, con el fin de mantener su mínimo vital; no le informaron que no todo el aporte mensual que hiciera, iría a su cuenta individual, y que parte de éste se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen, incidiendo en el capital ahorrado, de tal forma que no todo lo cotizado realmente financiará la pensión de vejez; no le informaron que en caso de tener derecho a bono para anticipar la pensión posiblemente debía negociarlo, lo que traería como consecuencia la disminución de su valor real, afectando el valor de la pensión; no le informaron sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o que su tasa de reemplazo podría ser ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media; no le informaron que de tener beneficiarios, estando en el Régimen de Ahorro Individual, el monto de su pensión podría afectarse, toda vez que se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios; entre otras cosas relevantes para la toma de una decisión informada.

Así, la falta al deber de información de manera completa, transparente, rigurosa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, en que incurrió el fondo **COLFONDOS S.A.**, las omisiones en que incurrió, constituyen un engaño, engaño que conllevó a su vez a la demandante en incurrir en el error de cotizar para pensión en ese fondo.

ARTICULO 64. Ley 100 de 1993 -*“Requisitos para obtener la pensión de vejez. Los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.*

*Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre”.*

Por otro lado, es evidente que el fondo privado **COLFONDOS S.A.** no le permitió a la demandante conocer proyecciones de hipótesis de posibles montos de su pensión, que le pusieran en conocimiento, cuál de los dos regímenes le era más favorable o conveniente, o que le mostrará la diferencia entre uno u otro régimen, pues de lo contrario no se hubiera trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que esto le hubiera permitido observar que el monto de su pensión se vería disminuido.

El deber de informar y el derecho a ser informado es pilar de nuestro ordenamiento jurídico, veamos:

Artículo 78 de la Constitución Política *“La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización”.*

Artículo 20 de la Constitución Política. *“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”.*

Por otro lado, la omisión mencionada del fondo de pensiones al momento del traslado de la demandante, vulnera los principios de la seguridad social, pues denota claramente que en su momento el principio de eficiencia se vio quebrantado, veamos:

El Artículo 48 de la Constitución Política *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. ...”*

Sobre el principio de eficiencia de la Seguridad Social, la Corte Constitucional en sentencia No. T-116/93, manifestó *“la eficiencia es un principio que tiene como destinatario a los propios organismos responsables de la prestación del servicio público de la seguridad social -el Estado y los particulares-. Ella es reiterada por el artículo 209 de la Carta como principio rector de la gestión administrativa. Implica así mismo la realización del control de resultados del servicio”.*

Como se mencionó para que la selección del régimen pensional sea libre y voluntaria, debe ser informada, lo que significa que previo al traslado, el fondo de pensiones deberá garantizar que la persona ha expresado voluntariamente su intención de vincularse o trasladarse de régimen de pensiones, después de haber comprendido la información que se le ha dado, acerca de los beneficios, los inconvenientes o desventajas, los posibles riesgos y las alternativas o hipótesis, y sus derechos, para que puede elegir libremente.

Por lo anterior, es que resulta de especial importancia que la “pre-afiliación” esté acompañada de una labor de asesoría y de educación al usuario que sea adecuada y en beneficio de sus intereses, y sin carencias de la información.

Se requiere entonces de una suficiente ilustración en relación con las hipótesis que pueden surgir en relación con quien se va a afiliarse, en cada uno de los regímenes con base en el ingreso mensual, la expectativa de vida, cantidad de ahorro, para que la persona pueda escoger libremente.

Y es que lo que se está pretendiendo se proteja con la Nulidad del Traslado es el deseo de la afiliada de pertenecer a uno u otro régimen, el derecho a pensionarse con el Régimen de pensiones que desee, sin importar por ejemplo que pierda o no un derecho como el régimen de transición, pues independiente de esto último, era deber del fondo de pensiones **COLFONDOS S.A.** informar suficientemente a la demandante al momento del traslado, de las consecuencias, implicaciones, riesgos, ventajas y desventajas, entre otras cosas relevantes, del traslado de régimen. Así se refirió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, sobre el particular:

*“...en estas condiciones en realidad el deseo del afiliado es el que debe protegerse y proteger que no sea víctima de este tipo de engaños ... o de informaciones no suficientes, que la juez de primera instancia no se equivocó ... independientemente (...) del objetivo de la nulidad del traslado, y si la actora conserva o no el régimen de transición, o si se va a pensionar entonces con ese régimen o con la Ley 100, aquí discutimos es la Nulidad de Traslado originada por esa omisión del deber de informar que la jurisprudencia ha señalado suficientemente para declararla.”* (Sala Laboral Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 10 de septiembre de 2015, dentro del proceso con radica No. 2014 -51. MP. Marleny Rueda Olarte).

**LA OMISION AL DEBER DE INFORMAR TRAE COMO CONSECUENCIA LA NULIDAD DEL TRASLADO O DE LA AFILIACION DE REGIMEN PENSIONAL Y**

## **ESTA A SU VEZ COMO CONSECUENCIA LA DEVOLUCIÓN POR PARTE DEL FONDO PRIVADO, DE LOS VALORES RECIBIDOS CON SUS RENDIMIENTOS.**

La Ley 100 de 1993 en sus artículos 13 y 60, es clara cuando manifiesta que la decisión de traslado de régimen debe ser libre, voluntaria, y la doctrina y la jurisprudencia ha sido reiterada cuando manifiesta que, respecto de los actos jurídicos, la voluntad, tanto en su formación como en su exteriorización debe ser consciente y libremente emitida, lo que significa además que sea informada. En este caso donde el hecho de que la demandante no hubiera estado debidamente informada de las consecuencias del traslado de régimen, genera un vicio en el traslado y por tanto la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Es así como en un caso de desinformación sobre lo anterior, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencias como la de radicado No. 31989 de 2008, declaró la nulidad del traslado del demandante al régimen de ahorro individual.

Ahora bien, la declaración de nulidad trae como consecuencia el regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y deberá entonces el fondo privado demandado **COLFONDOS S.A.** devolver todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos de intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieran causado.

Así se refirió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: “La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*

*Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada. ...”* (Subrayado fuera de texto) (Sentencias como la de radicado No. 31989 de 2008).

## **DEBER DE INFORMAR POR PARTE DE LOS FONDOS DE PENSIONES, EN SU CALIDAD DE FIDUCIARIAS Y POR TANTO DE ENTIDADES PROFESIONALES ALTAMENTE ESPECIALIZADAS.**

De conformidad con el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, los fondos de pensiones constituyen patrimonios autónomos, propiedad de los afiliados, independientes del de la administradora, por lo que se les deben aplicar las normas y principios que regulan los encargos fiduciarios propios de la legislación comercial, tales como los artículos 1232 y 1243 del Código de Comercio, y el Decreto 1049 de 2006. Por ello, los fondos de pensiones, al administrar tales patrimonios autónomos constituidos por los ingresos de las cuentas de ahorro individual pensional y los que resultan de

planes alternativos de capitalización o de pensiones, así como los intereses y dividendos de los afiliados, sus funciones y obligaciones pueden concretarse para los efectos en estudio en que son receptores de los derechos y obligaciones legales derivados de la administración del régimen de ahorro individual con solidaridad, y deben proteger y defender los intereses de sus beneficiarios o futuros afiliados, incluso contra los actos propios; y en el marco de la seguridad social se constituyen en voceros de los afiliados respecto de sus derechos.

En efecto, por la calidad especializada y profesional de las sociedades fiduciarias, su régimen de responsabilidades no es el común para todas las sociedades, ya que su especialidad por originarse en el orden financiero, las enmarcan en puntuales prevenciones y cuidados, de tal forma que no afecten intereses de terceros que soportan su seguridad y fe en este organismo legal.

Sobre la materia, en el laudo del 26 de agosto de 1997, el tribunal de arbitramento al resolver las diferencias surgidas entre Leasing Mundial S.A. y Fiduciaria Fes S.A.-FIDUFES, determinó:

*“No hay duda que el fiduciario es un profesional dedicado a la prestación de servicios financieros, controlado por un organismo gubernamental de reconocida idoneidad, seriedad y exigencia, como es la Superintendencia Bancaria, suele ser característica de las actividades que desarrollan las compañías fiduciarias al ofrecer confianza y credibilidad al mercado, tanto por su bien ganada reputación de rectitud y probidad, como por su experiencia y conocimientos profesionales, así como por las actuaciones prudentes y cuidadosas, todo lo cual les permite prever riesgos y anticipar o precaver problemas y vicisitudes en forma más acertada y rápida de lo que cualquier persona no especializada podría hacer.”*

Así las cosas, siendo las sociedades fiduciarias profesionales autorizadas, tienen obligaciones y responsabilidades acorde con esta especial condición. Se trata de obligaciones y responsabilidades relativas a las informaciones que debe dar a todo cliente potencial (obligación precontractual) y a la seguridad que debe garantizar a los terceros.

*“Se trata de una persona con idoneidad particular; de un técnico iniciado frente a la masa de consumidores profanos en su materia. El profesional, por tanto, ha de tener la capacidad de dominar los riesgos de las cosas que maneja y de evitar o precaver los daños que su actividad usualmente conlleva”. (Philippe le Tourneau, Loic Cadiet. Droit de la Responsabilite, 1996 Pag. 456 y ss).*

*“La obligación de información, quizás es la más importante, y quizás debe ser más acentuada cuando el cliente es un profano y se entiende incorporada a los contratos aun si la ley no lo ha establecido” (Jacques Ghestin el Bernard Desché. Traite des Contrats. La Vente 1990, No. 867 y ss.).*

*“Ahora bien, la información que se suministre ha de ser inteligible para su destinatario; así mismo, debe ser exacta, pertinente y adaptada a la situación de que se trate”. (M. Fabre-Magnan. De L’Obligation d’information dans les contrats, 1992 No. 431).*

La doctrina considera que el profesional debe tomar la iniciativa de suministrar la información y para ello debe pedir a su cliente las precisiones del caso, e indagar acerca de sus necesidades, así como que el profesional tiene el deber de indicar a su cliente los aspectos negativos o contraproducentes de los bienes o servicios que ofrece, o las prestaciones que se le encomiendan, así como las limitaciones técnicas de tales bienes o servicios o de los riesgos que conllevan, de manera que el cliente debe ser advertido de los peligros que corre y de la forma de evitarlos.

Incluso se ha dicho que el profesional no debe dudar en disuadir a su cliente de obrar en la forma que pretende hacerlo, debiendo llegar al extremo de rechazar el encargo que se le propone cuando dicho encargo exceda la competencia o las capacidades del profesional, o cuando este considere que está condenado al

fracaso, no le es conveniente ( X. Perron. L'Obligation de Conseil, 1992 No. 172 y ss. - P. Le Tourneau. Op. Cit. Pag. 463).

Se trata entonces de que el profesional ilustre a su cliente respecto de las distintas alternativas con que cuenta; que lo oriente es sus decisiones y escogencias y lo incite o trate de persuadirlo a adoptar la solución que parece la más conveniente.

Este deber de información se encuentra ligado al deber de fidelidad y se complementa con el de respetar los intereses del cliente, al grado de preferir los intereses del cliente frente a los suyos, lo que obliga al profesional a actuar de la manera que más convenga a su cliente. Así las cosas, entre las distintas alternativas posibles, debe proponer o tomar -si tiene las facultades para ello- la que sea más favorable a éste, o la que parezca más apropiada a los propósitos que persigue. Por tanto, el profesional debe siempre tener en mente los intereses legítimos de quien utiliza sus servicios.

Ahora, el traslado de régimen conlleva el derecho de la persona a ser informada de manera rigurosa y transparente, y el deber para la administradora de brindar un estudio dando a conocer de manera clara y precisa, y atendiendo el caso particular del afiliado las diferentes alternativas con sus ventajas y desventajas, con especial cuidado de no menoscabar el derecho a la seguridad social en materia pensional, por lo que el trámite no puede implicar la pérdida de condiciones más favorables en cuanto al acceso o disfrute de la pensión, como puede ser el perder el derecho a una prestación vitalicia, el ver disminuido su monto o el acceder a la pensión a una edad superior.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia con radicado No. 31989 de 2008, sobre la obligación de información de los fondos de pensiones, así se pronunció:

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

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

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

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

*Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica*

en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

**Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.**

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

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.*

*(...)*”.

Lo anterior, ha sido reiterado por la misma Corporación en Sentencias con radicado No. 31314 de 2008 y 33803 de 20011.

Sin embargo, en este caso en concreto, el fondo de pensiones **COLFONDOS S.A.**, no cumplió frente a la demandante con su obligación de brindar un estudio dando a conocer de manera clara y precisa, y atendiendo el caso particular del afiliado las diferentes alternativas con sus ventajas y desventajas, riesgos, con especial cuidado de no menoscabar el derecho a la seguridad social en materia pensional.

### **INCUMPLIMIENTO DEL FONDO DE PENSIONES COLFONDOS S.A., A LOS ESTATUTOS DEL CONSUMIDOR Y AL ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO.**

En el mundo jurídico contemporáneo han surgido dos nuevas categorías de sujetos de derecho: el consumidor y el profesional, así como un régimen de responsabilidad para los profesionales, que les impone determinadas obligaciones, con el propósito, de defender a los consumidores.

En el derecho colombiano ha ocurrido lo mismo, la protección al consumidor es de origen legal, pues está contenida en varias normas escritas, con el fin de librar apoyo a los consumidores.

Ahora, los diferentes Estatutos de Protección del Consumidor Decreto Ley 3466 de 1982 y Ley 1480 de 2011 introdujeron el derecho de los consumidores a recibir información adecuada y completa, transparente, verificable, suficiente, y en forma responsable, con información en un lenguaje claro, conciso, comprensible sobre los productos o servicios que ofrezcan.

En Colombia, esta obligación de informar es de carácter legal y contractual, ya que el estatuto normativo mercantil así lo dispone, y el contrato de fiducia también la previo. En la legislación de Protección al consumidor se exige a todo productor, por ejemplo, informar al público, de manera eficiente, respecto de la calidad e idoneidad registrada de los bienes o servicios que ofrece, para lo cual las normas especifican las formas como deben darse tales informaciones (Art. 10 D.E. 3466 de 1982). Esta prestación se exige de todo profesional frente a cualquier persona que tenga en mente contratarlo, es decir, antes de celebrar el contrato y lo hace responsable extracontractualmente por los daños que pueda sufrir esa persona por la falta de información o por información inexacta, incompleta o desactualizada.

Por su parte, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dispone igualmente la obligación de estos fondos como sociedades de servicios financieros que se rigen por este Estatuto, la de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, obligación que no fue cumplida por el fondo de pensiones **COLFONDOS S.A.**

Artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero *“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 y poder tomar decisiones informadas.*

*En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.*

*...”*

La Norma aplicable para el momento del traslado, que antes de la modificación sufrida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, preceptuaba:

*“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”.*

**Incumplimiento del fondo de pensiones de no entregar el plan de pensiones como lo determina el Artículo 15 del decreto 692 de 1994.**

### **LA FIRMA DEL DEMANDANTE EN EL FORMULARIO DE AFILIACION O VINCULACION NO SIGNIFICA O NO PRUEBA QUE SE LE HUBIERA BRINDADO AL MOMENTO DEL TRASLADO LA INFORMACIÓN NECESARIA**

Ahora, el hecho de que de llegar a existir un formulario de afiliación donde pudiera aparecer la firma del afiliado o vinculado como señal de haberse realizado la vinculación de manera voluntaria, no dará lugar para que pueda pensarse que la información por parte del fondo de pensiones **COLFONDOS S.A.**, sí se le dio a la demandante, así lo sostuvo la Sala de Casación Laboral en la citada sentencia:

*“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”.*

Como también lo sostuvo la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia con radicado 2013-804 del 10 de noviembre de 2015, de Oswaldo Fajardo Castillo contra Colfondos, Porvenir y Colpensiones, MP. Luis Carlos González “... Al respecto encuentra la Sala que si bien el actor el 27 de mayo de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos, la cual cumple con los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de regímenes de pensiones ... para esta Sala, la mención que se encuentra en tal formulario donde el actor manifiesta la voluntad de seleccionar ese régimen no es suficiente para considerar que el actor era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que tal manifestación está preestablecida en el formulario y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante; y esto es así, porque a lo que se debe dar preeminencia al momento del traslado es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejan claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación, así lo ha considerado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos entre los que se encuentran el fechado el 9 de septiembre de 2008 con radicación 31989 cuyo ponente fue el doctor Eduardo Lope Villegas reiterada en la proferida el mismo día, con radicación 31314 cuya ponente fue la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón y la del 22 de noviembre de 2011 con radicación 33083 cuya ponente fue la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderon.”.

### **EXPRESIONES GENÉRICAS Y/O CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS FORMULARIOS DE AFILIACIÓN O VINCULACIÓN**

Por otro lado, el hecho de que en un formulario de afiliación, de llegar a existir, se acepten contenidos mediante expresiones genéricas, tales como el hecho de haber sido asesorado sobre los aspectos del Régimen de Ahorro Individual, o de las implicaciones de su decisión, no resultará suficiente para acreditar que en la realidad se brindó la debida asesoría, pues en materia laboral y de seguridad social existe un principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad, sobre lo meramente escritural o formal, que hace que no le baste a los fondos de pensiones ampararse exclusivamente en este tipo de

formularios de afiliación y manifestaciones, pues en verdad deberán demostrar que la asesoría se brindó con la absoluta rigurosidad que se les exige.

Así se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencia con radicado No. 46292 del 3 de septiembre de 2014 M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón:

*“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”.*

Por otro lado, dichas expresiones genéricas en realidad no están mencionando cual es la información que se le brindó al afiliado, cuales fueron todos esos aspectos que le fueron informados para la toma de la decisión de cambiarse de régimen, que permita evaluar por el juzgador si resultó ser una información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, transparente, suficiente y cierta.

Ahora bien, no cabe duda que el formulario de afiliación o vinculación que los fondos y administradoras de pensiones se encuentran obligados a hacer suscribir, son verdaderos contratos de adhesión, ya que se trata de un contrato estandarizado en donde estas entidades tienen la posibilidad de modificar el equilibrio de las cargas y de las obligaciones para beneficiarse, a través de las llamadas cláusulas abusivas.

Las cláusulas abusivas son aquellas que no dan la posibilidad de que puedan ser discutidas, no existe negociación individual sobre la misma, están predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita adherirse.

En Colombia, no hay una definición legal de cláusula abusiva, pero la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia del 2 de febrero de 2001, consideró que cláusula abusiva es aquella que *“favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”*. Esta sentencia señaló que las características arquetípicas de las mismas son: “... a) Que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”.

Doctrinariamente se ha dicho que cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales (Ernesto Rengifo, 2004, p. 197).

El principio general de buena fe, establecido constitucional y legalmente, consiste en que las partes en sus relaciones negociales, incluyendo las tratativas preliminares, la formación y la ejecución del contrato, se deben comportar con honorabilidad, honradez, rectitud y sin ánimo de engañar o lesionar al otro, lo que posibilita que el contratante, a su vez, pueda legítimamente confiar en que su comportamiento es leal, correcto y ajustado a derecho.

Ahora bien, algunos de los fondos privados, han incluido dentro de sus formularios de vinculación o traslado, manifestaciones generales tales como que se le ha entregado la información, sin concretar específicamente cual fue esa información, convirtiéndose en cláusulas abusivas, toda vez que lo que hacen es excluir o limitar su responsabilidad, o tratar de invertir la carga de la prueba al afiliado.

Lo anterior, además, porque no resulta lógico que quien se pretenda afiliarse o vincular al régimen de pensiones, sepa de ante mano cuál es esa información que le tiene que dar el fondo para consecuentemente poder decir que si se le brindó.

Además, la Ley 1328 de 2009 establece en su artículo 11 la prohibición de cláusulas abusivas, así:

*Artículo 11. “Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:*

*a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.*

*b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.*

*c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.*

*d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero”.*

Es de precisar que una de las formas de control de las cláusulas abusivas es a través de la intervención judicial, así de encontrar un juez una cláusula que tenga el carácter de abusiva podrá descartar su aplicación en un caso determinado, decretando su inexistencia.

### **CARGA DE LA PRUEBA**

De conformidad con los lineamientos Jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos como el que se pretende en esta demanda, la carga de la prueba se encuentra a cargo del fondo de pensiones demandado **COLFONDOS S.A.** Es decir, será a éste fondo privado al cual se traslado la demandante a quien le corresponderá demostrar que le brindó al momento del traslado de manera completa, transparente, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, toda la información respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este Régimen, los riesgos, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendente decisión de cambiarse de régimen de pensiones (Sentencias con radicados No. 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33803 de 2011 y 46292 del 3 de septiembre de 2014).

Así se refirió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“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”.* (Sentencia con radicado No. 31989 de 2008).

Al igual que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá: *“Es que una decisión tan importante, como es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época del retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consiente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero que también conozca los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual contrario a lo señalado por la juez si es verificable, deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondo de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen, se genera un traslado de la carga de la prueba de actor a la entidad demanda a la cual le corresponde demostrar que le informó al*

*afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se pueda proyectar, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizan, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión, o en términos prosaicos que gana y que pierde con el traslado de un régimen a otro, además de la declaración de aceptación de esa situación... Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR S.A. ..., la entidad no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministro al actor un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo ingreso base de cotización, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban 18 años para alcanzar la edad de pensión ...” (Sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con radicado 2013-804 del 10 de noviembre de 2015, de Oswaldo Fajardo Castillo contra Colfondos, Porvenir y Colpensiones, MP. Luis Carlos González).*

Lo anterior teniendo en cuenta que siendo los fondos de pensiones quienes tienen a cargo la responsabilidad de brindar la debida asesoraría a sus afiliados como a quienes pretendan afiliarse a esos fondos, serán por tanto quienes tendrán por ende la carga de demostrar que, si brindaron la completa y transparente información al momento del traslado, de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, según el cual, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo.

No resultando lógico que se pretenda trasladar la carga al afiliado, en este caso a la demandante, o que se presuma que debió tener la información por sus propios medios, o porque lo dispone la ley y la ignorancia de la misma no sirve de excusa, o porque se trata de una persona preparada, o con la educación suficiente para tener que haber conocido la información que debía suministrarle el fondo de pensiones, trasladándole la responsabilidad; pues se trata de información sumamente técnica, o especializada que debe ser aplicada al caso concreto de cada afiliado para poderse considerar que fue debidamente asesorado.

Así las cosas, será el fondo privado **COLFONDOS S.A.**, quien tendrá la carga de demostrar haberle brindado a la demandante la suficiente información sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional.

Sobre todo, lo último dicho, así se pronunció la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en un caso similar:

*“ ... La carga de la prueba está en cabeza de las personas demandadas; así las cosas para esta Sala es claro que la juez de primera instancia no se equivocó en señalar que era a la administradora quien debía acreditar las circunstancias que rodearon el traslado. También para la Sala se hace necesario recordar que acorde con la jurisprudencia la carga de la prueba se invierte, y debemos insistir en eso, en favor del afiliado, quien no es un experto en la materia ... porque por más que se tenga experiencia profesional y se tengan conocimientos científicos, eso no importa para el asunto a resolver, quien debe informar es el que se supone que conoce del tema, tener una profesión no significa que se conozcan todas las materias en otros campos como en este que le corresponde a las administradoras ..., en estas condiciones en realidad el deseo del afiliado es el que debe protegerse y proteger que no sea víctima de este tipo de engaños ... o de informaciones no suficientes que la juez de primera instancia no se equivocó ... independientemente (...) del objetivo de la nulidad del traslado, y si la actora conserva o no el régimen de transición, o si se va a pensionar entonces con ese régimen o con la Ley 100, aquí discutimos es la Nulidad de Traslado originada por esa omisión del deber de informar que la jurisprudencia ha señalado suficientemente para declararla.” (Sala Laboral Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 10 de septiembre de 2015, dentro del proceso con radica No. 2014 -51. MP. Marleny Rueda Olarte).*

## **IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL**

No podrá alegarse la existencia de prescripción sobre la declaración de Nulidad del Traslado de Régimen, por tratarse el derecho a la Seguridad Social de la libre selección del Régimen de Pensiones, un derecho imprescriptible, veamos.

El derecho al reconocimiento pensional es imprescriptible y son imprescriptibles todos aquellos derechos que conducen de manera necesaria al reconocimiento pensional, como en el presente caso.

En materia de Seguridad Social los derechos pensionales sobre el cual se pretende la protección es irrenunciable y su defensa en sede judicial no prescriben, es decir que pueden ser reclamados en cualquier momento, pues un término de prescripción o caducidad para solicitarlos, generaría de manera contradictoria que se pudiera renunciar a ellos en virtud del paso del tiempo.

Es así como en el presente caso, el derecho a la libre selección del régimen pensional, la pérdida de un régimen pensional, y adquirir una pensión de conformidad con el régimen que libremente escoja, como integrante que es del gran concepto de la seguridad social es imprescriptible, con base en el artículo 48 de la Constitución Política, y de ninguna manera podrá aplicárseles los artículos 448 del C.S.T, 151 del C.P.L, y demás normas especiales, que permiten ser aplicables cuando se trata de prestaciones económicas y de mesadas pensionales.

Así como tampoco podrá aplicarse el artículo 1750 del Código Civil, aplicable en temas relacionados con nulidades, pues en éste caso existe una norma de rango superior, como lo es el mencionado artículo 48 de del Constitución Política que debe ser aplicada en prevalencia este artículo.

Es así, como Corte Constitucional ha precisado que La seguridad social debe considerarse *“... un derecho imprescriptible, en atención a los mandatos constitucionales que expresamente disponen que dicho derecho es irrenunciable (art. 48 C.P) y que, a su vez, obligan a su pago oportuno (art. 53 C.P). (...) Para la Corte la naturaleza no extintiva de dicho derecho, constituye un pleno desarrollo de los principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad y, además, propende por la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, con la finalidad de asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida dignas [...]”* (Sentencia C-624 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil, sentencia C-230 de 1998, MP. Hernando Herrera Vergara, Sentencia T-746 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Por todo lo anterior, es que se deberá declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, **efectuado con fecha de efectividad diciembre de 2004**, con el fin de que el segundo pensionado a la demandante, ante la omisión de la debida información.

No acceder a lo solicitado desconocería la garantía irrenunciable a la seguridad social y el principio de libre escogencia del régimen pensional establecidos en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 al tratarse de derechos de rango constitucional que tienen estrecha relación también con el mínimo vital de su titular.

## **II. FUNDAMENTOS PRETENSION SUBSIDIARIA**

### **INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL**

En virtud de lo dispuesto en los literales b) y e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 272 de la misma normativa, y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no podrá predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario, al momento del traslado de régimen de un afiliado al Sistema de Pensiones, si este no estuvo, por tratarse de un presupuesto de eficacia, ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de

libertad de escogencia del sistema, la cual estará a su vez sujeta a la comprobación de que existió “libertad informada”, es decir una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales, tales como el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes pensionales se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión, es decir que existió una decisión informada.

Artículo 13.- *“Características del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:*

...

*b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley;*

*e) Modificado por el art. 2, Ley 797 de 2003 Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional; ...”*

Artículo 272. *“Aplicación preferencial. El sistema integral de seguridad social establecido en la presente ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores.*

*En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia”.*

En ese sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencia con radicado No. 46292 del 3 de septiembre de 2014 M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón:

*“En efecto, es el propio Estatuto de la Seguridad Social el que conceptúa que el régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien propende por «la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector público y sector social solidario», se rige bajo el respeto del «que libremente escojan los afiliados», lo que exhibe que el legislador, si bien permitió que nuevos actores económicos incursionaran en la administración del Sistema Pensional, no descuidó que se honraran las prerrogativas de los afiliados, menos si se tiene en cuenta, se insiste, que regularía derechos constitucionalmente protegidos como la pensión. Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió **una decisión informada**, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro (subrayado y 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 y negrilla fuera de texto).

...

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima (subrayado y negrilla fuera de texto).

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable (subrayado y negrilla fuera de texto).

*El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias....”*

Es así que como teniendo en cuenta que la decisión de la demandante de trasladarse al fondo privado **COLFONDOS S.A.**, no fue una decisión libre y voluntaria, al no haber sido una decisión informada o no existir una “libertad informada”, de conformidad con los hechos de la demanda, por no haber sido precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales, en un asunto de consecuencias mayúsculas y vitales, como es la elección del régimen pensional; la vinculación al fondo **COLFONDOS S.A.**, no sería válida, eficaz, y la consecuencia de ese traslado sería entonces la inoperancia de sus efectos.

Así las cosas, resultará imperativo para el juez, verificar si el traslado de régimen, se realizó bajo los parámetros de libertad informada, y del cumplimiento de los preceptos que la ley determina para que un contrato sea válido, ya que la ley en el art. 1740 del código civil determina que cuando falte un elemento para la validez del contrato es nulo, es decir que la decisión de traslado de régimen pensional estuvo acompañada por parte del fondo de pensiones **COLFONDOS S.A.**, de información precisa, oportuna, suficiente que delimite los alcances positivos y negativos en su adopción, que indique que la decisión estuvo precedida de una comprensión suficiente; y como quiera que el caso de la demandante esta libertad informada no operó, le asistirá a su señoría, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual. Y no podrá decirse, de conformidad con la citada jurisprudencia que la expresión genérica en un formulario de vinculación de haberse trasladado de manera libre y voluntaria, de existir, sea suficiente para demostrar esa decisión o libertad informada, pues deberá el fondo de pensiones **COLFONDOS S.A.** demostrar que sí brindó la información sobre las dimensiones legales del traslado.

Ni tampoco podrá alegarse, ni dejarse de considerar que no existe ineficacia en el traslado de régimen de la demandante, por no tratarse este caso en concreto de la pérdida del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien, en casos como el de la transcrita sentencia el demandante terminaba perdiendo con el traslado, el régimen de transición, en ningún momento la jurisprudencia está limitando la obligación de informar de los fondos de pensiones y el correlativo derecho a ser informado de los afiliados, a solo los casos de las personas que se vieron afectadas perdiendo el régimen de transición, al momento

del traslado por la desinformación; pues la sentencia es clara en manifestar que un traslado de régimen pensional no podrá ser eficaz si no puede predicarse de éste la existencia de consentimiento libre y voluntario, si éste no estuvo, por tratarse de un presupuesto de eficacia, inmerso de “libertad informada”.

Y no podrá ser otra la interpretación que deba dársele a la transcrita jurisprudencia, pues cuando esta menciona “ ... *Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte ...*”, está haciendo alusión a que debe darse la debida información así sea que el traslado sea del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, o lo contrario, lo que significa que en cualquier caso de traslado de régimen, para que sea eficaz debe darse el presupuesto de “libertad informada”, y no solo cuando se trate de un traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida a Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, único evento en que puede perderse el Régimen de Transición por el traslado de Régimen, sino que por el contrario puede ser del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, donde no habría lugar a poderse predicar la pérdida del régimen de transición; interpretándose así que no debe ser un requisito para poderse predicar que un traslado es ineficaz por la omisión en la información, que la demandante se encuentre dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que hubiera perdido éste derecho con el cambio de régimen.

#### **PETICION ESPECIAL: SOLICITUD DE VINCULACION COMO INTERVINIENTE DE LA AGENCIA NACIONAL DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO**

De conformidad con los artículos 610 a 612 del Código General del Proceso, como quiera que entre las demandadas se encuentra una entidad pública, como lo es la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, me permito solicitar al señor juez se sirva ordenar notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado del auto admisorio de la demanda y en los términos del artículo 612 del Código General del Proceso, con el fin de que si a bien lo tiene intervenga en el presente proceso.

#### **CUANTIA Y COMPETENCIA**

Su despacho es competente para conocer de este proceso, en razón del domicilio de las entidades de seguridad social demandadas, y del lugar donde se ha surtido la reclamación del derecho (Artículo 11 CPTSS). La cuantía de esta demanda se estima superior a CIENTO VEINTE (120) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes.

#### **TRAMITE**

A la presente demanda debe dársele el trámite del PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA, previsto en el Capítulo XIV, artículo 74 y siguientes del C.P.T.

#### **PRUEBAS**

Respetuosamente solicito se sirva decretar, practicar y tener como pruebas a favor de mi poderdante las siguientes:

##### **I. DOCUMENTALES**

a) Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la demandante **MARIA DEL PILAR GUAYASAN HURTADO**.

b) Respuesta de COLPENSIONES a la solicitud de traslado realizado por la señora **MARIA DEL PILAR GUAYASAN HURTADO**, expedida el veinticuatro (24) de octubre de 2019, en 1 folio.

c) Historia laboral consolidada Expedida por PORVENIR S.A., expedida el día veinticuatro de octubre de 2019.

#### **ANEXOS**

1. Poder debidamente conferido por la señora **MARIA DEL PILAR GUAYASAN HURTADO**, en (tres) folios.
2. Certificado de existencia y representación de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, expedido por la Cámara de Comercio.
3. Certificado de existencia y representación de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
4. Certificado de existencia y representación de **PORVENIR S.A.**, expedido por la Cámara de Comercio.
5. Certificado de existencia y representación de **PORVENIR S.A.**, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
6. Prueba Documental aportada.
7. Pantallazo de la notificación al correo electrónico de los demandados COLFONDOS S.A. [jemartinez@colfondos.com.co](mailto:jemartinez@colfondos.com.co) y PORVENIR S.A. [notificacionesjudiciales@porvenir.com.co](mailto:notificacionesjudiciales@porvenir.com.co)

#### **NOTIFICACIONES**

Recibiremos notificaciones en las siguientes direcciones:

- A mí representada en la Carrera 24 No. 4-29 Sur de Bogotá, correo electrónico [pilar\\_6616@hotmail.com](mailto:pilar_6616@hotmail.com)

- Al suscrito apoderado en la carrera 7 No. 29-34, Piso 7°, edificio ZULIA, de la ciudad de Bogotá. Tel. 3112643370, email [pioaponte66@gmail.com](mailto:pioaponte66@gmail.com)

- A la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** en la Carrera 15 No. 94-61de la ciudad de Bogotá, email [notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co)

-A COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS S.A. en la Calle 67 No.7-07 Piso 21 de Bogotá D.C., correo electrónico [jemartinez@colfondos.com.co](mailto:jemartinez@colfondos.com.co)

-A PORVENIR S.A. en la Carrera 13 No.23-A-65 de Bogotá y correo electrónico [notificacionesjudiciales@porvenir.com.co](mailto:notificacionesjudiciales@porvenir.com.co)

Del señor (a) Juez atentamente,

**PLINIO APONTE ACOSTA**

C.C. No. 80.354.618 de TOCAIMA- CUNDINAMARCA

T.P. No. 160.878 del C.S.J.