

Señor(a)
JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI (REPARTO)
E. S. D.

REFERENCIA: DEMANDA ORDINARIA LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA, C.C. 39.705.938
DEMANDADOS: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS., Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

MARTIN ARTURO GARCÍA CAMACHO, mayor de edad, domiciliado y residenciado en Bogotá, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, en representación de la señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA**, identificada con la cédula de ciudadanía **39.705.938** de Fontibon, como consta en el poder adjunto, ante su Despacho respetuosamente me permito interponer Demanda Ordinaria Laboral de Primera Instancia en contra de **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.**, entidad de derecho privado, debidamente representada por el Dr. **JUAN DAVID CORREA SOLÓRZANO** o quien haga sus veces al momento de la notificación, contra **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS.**, entidad de derecho privado, debidamente representada por el Dr. **ALAIN ENRIQUE ALFONSO FOUCRIER VIANA** o quien haga sus veces al momento de la notificación y contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** representado legalmente por el Dr. **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o quien haga sus veces al momento de la notificación de la presente demanda buscando por este medio judicial:

I. PRETENSIONES:

- a. **SE DECLARE** que **COLMENA CESANTIAS Y PENSIONES HOY ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.**, al trasladar del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** el mes de mayo de 1994, a la señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA**, no cumplió con su deber de ofrecer a su afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional.
- b. Como consecuencia de la anterior declaración, se decrete la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.**
- c. Ordenar a **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS**, trasladar a la señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA**, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, como si nunca se hubiese surtido el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
- d. Ordenar a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** aceptar el traslado de la señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por esa entidad.
- e. Se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen con este proceso a las demandadas.
- f. Que se aplique las facultades extra y ultra petita concedidas al Despacho.

II. HECHOS

1. La señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA**, nació el **25 de febrero de 1966**. (Prueba 1)

2. la demandante señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA**, actualmente cuenta con **55** años.
(Prueba 1)
3. De acuerdo con la Historia Laboral expedida por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA** se vinculó con el empleador **PLANETA COLOMBIANA E.**, el **19 de junio de 1984**, efectuando aportes al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. (Prueba 2)
4. En el mes de mayo de 1994, la señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA** se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) del **I.S.S.** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), más concretamente a **COLMENA CESANTIAS Y PENSIONES HOY la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A** conforme historia laboral de **COLFONDOS S.A** y formulario de afiliación (Prueba 3,15)
5. En el mes de enero de 1997 mi representado se traslada al fondo de pensiones **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** conforme formulario 0054808 (PRUEBA 4)
6. Antes de cumplir los 47 años (**25 de febrero de 2013**) la demandante señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA**, no recibió por parte de **COLFONDOS S-A- PENSIONES Y CESANTIAS**, asesoría respecto de la posibilidad de regresar de nuevo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
7. Mi representado ha cotizado al Sistema General de Pensiones, un total de **1725,86** semanas tal como se observa en la historia laboral consolidada de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** ., así: (Prueba 3)
8. Mi representado ha cotizado al Sistema General de Pensiones **516.14** semanas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy administrado por **COLPENSIONES**.
9. Mi representado ha cotizado al Sistema General de Pensiones **1209,71** semanas en el **REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD**, donde se encuentra actualmente afiliado.
10. El 01 de JUNIO de 2021, mi representado radicó **FORMULARIO DE AFILIACION** ante **COLPENSIONES**, en el cual solicitó la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. (Prueba 5)
11. El 01 de JUNIO de 2021, **COLPENSIONES** le negó la afiliación a mi representado por estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez. (Prueba 6)
12. El 01 de JUNIO de 2021, mi representada radico **DERECHO DE PETICION** ante **COLPENSIONES**, el cual solicitó la nulidad del traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, (Prueba 7)
13. El día El 01 de JUNIO de 2021, en respuesta, **COLPENSIONES** le negó el traslado a mi representada argumentando que *“no es procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado fue realizado por la señora LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA, ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen”* por estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez. (Prueba 8)

14. Mi representado envió comunicación a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, con fecha 31 de mayo de 2021, solicitando información acerca del soporte de la asesoría brindada al momento del traslado. (Prueba 09)
15. La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, omite pronunciarse de fondo y solo remite copia de la afiliación a este fondo de pensiones.
16. Mi representado envió comunicación a **COLFONDOS S.A.**, con fecha 31 de mayo de 2021, solicitando información acerca del soporte de la asesoría brindada al momento de la fecha límite para trasladarse. (Prueba 11)
17. **COLFONDOS S.A. S.A.**, mediante comunicación del 16 de junio de 2021, dio respuesta al derecho de petición en mención manifestándole que las asesorías son a petición del afiliado (Prueba 12)
18. Mi representado envió comunicación a **COLFONDOS S.A.**, con fecha 31 de mayo de 2021, solicitando información acerca del valor de la mesada pensional a la que tendría derecho. (Prueba 11).
19. **COLFONDOS S.A.**, mediante comunicación del 16 de junio de 2021, dio respuesta al derecho de petición en mención manifestándole que a la edad de 57 años tendría derecho a una mesada de 0(GPM) (Prueba 12)
20. Si la señora LUZ STELLA **PULGARIN MONTOYA** se encontrara afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, podría acreditar el cumplimiento de requisitos mínimos para pensión a la edad de 57 años, se le aplicaría un ingreso base de liquidación (IBL) equivalente a la suma de **\$2.398.728** de acuerdo con el cálculo actuarial que adjunto en la presente demanda. (Prueba 13)
21. Si la señora LUZ STELLA **PULGARIN MONTOYA** se encontrara afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Administrado por **COLPENSIONES**, el valor de la mesada sería aproximadamente de **\$1.895.416**, aplicándose una tasa de reemplazo del 79.18%, de acuerdo con el cálculo actuarial que adjunto en la presente demanda. (Prueba 13)

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y RAZONES DE DERECHO

Fundamento de Derecho:

DEBER DE ASESORIA DE LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES.

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

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

ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

- a. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;
- 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.

(....)

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. <La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. Ver Notas de Vigencia> El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud^{<1>} en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios.

(Subrayado y negrilla en textos es nuestro).

DECRETO 663 DE 1993

“Artículo 97.- INFORMACION

1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.
(...)”.

ARTÍCULOS 4 y 14 del DECRETO 656 DE 1994.

“ARTICULO 4o. En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.

ARTICULO 14. Las Sociedades Administradoras de Fondo de Pensiones tendrán, entre otras, las siguientes obligaciones:

- a) Mantener los activos y pasivos de los fondos que administren separados entre sí y de los demás activos de su propiedad. Igualmente, conservan actualizada u en orden de la información y documentación relativa a las operaciones de los fondos y a los afiliados;
- b) Mantener cuenta corrientes o de ahorros destinadas exclusivamente a manejar los recursos que administran, las cuales serán abiertas identificando claramente el Fondo al que corresponde la cuenta respectiva;
- c) Enviar a sus afiliados, por lo menos trimestralmente, un extracto que registre las sumas depositadas, sus rendimientos y saldos, así como el monto de las comisiones cobradas y de las primas pagadas. La Superintendencia Bancaria podrá autorizar a las administradoras el envío o disponibilidad de extractos por medios distintos a la correspondencia escrita;
- d) <Literal modificado por el artículo 55 de la Ley 1328 de 2009. Entra a regir el 15 de septiembre de 2010. Ver legislación vigente hasta esta fecha en Legislación Anterior. El nuevo texto es el siguiente:>

Invertir los recursos del sistema en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

e) Cuando negocien activos de los fondos administrados, deberán expresar y dejar constancia en los títulos correspondientes del nombre del fondo por cuenta del cual actúan;

f) Abonar los rendimientos del fondo en la cuenta de ahorro pensional de cada afiliado y a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el período correspondiente, según las instrucciones que al efecto imparta la Superintendencia Bancaria;

g) Garantizar a los afiliados de los fondos una rentabilidad mínima, que será determinada con base en la metodología que adopte el Gobierno Nacional teniendo en cuenta los parámetros señalados en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993;

h) Adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones retrasadas. Los honorarios correspondientes a recaudos extrajudiciales solamente podrán ser cobrados a los deudores morosos cuando estas acciones de cobro se adelanten por terceros cuyos servicios se contraten para el efecto.

Las cuentas de cobro que elaboren las administradoras por las sumas que se encuentren en mora prestarán mérito ejecutivo;

i) Atender oportunamente las solicitudes de retiro de excedentes de libre disponibilidad, incluidas las correspondientes a retiros de aportes voluntarios, que deberán ser presentadas con no menos de seis (6) meses de antelación. El preaviso de que trata el presente artículo no es renunciable por parte de la administradora;

j) Prestar, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 60 de ley 100 de 1993, asesoría para la contratación de rentas vitalicias, cuando ellas les sea solicitada por sus afiliados;

k) Publicar la información que determinen el Gobierno Nacional y la Superintendencia Bancaria de conformidad con sus facultades legales;

l) Devolver los saldos de que tratan los artículos 66, 72 y 78 de la Ley 100 de 1993 dentro de los mismos plazos máximos que se fijen para el reconocimiento de pensiones y, si a ello hubiere lugar, entregarlos de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 7o. del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;

m) Las demás que señalen las disposiciones legales."

(Subrayado y negrilla en textos es nuestro).

ARTICULO 15. *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.

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

PARAGRAFO 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."*

De lo antes expuesto, se puede confirmar que las sociedades administradoras de fondos de pensiones están obligadas a garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permita a la afiliada elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. "La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público. (Sentencia SL1452-2019, Sala de Casación Laboral, CSJ, M.P. Clara Cecilia Dueñas.

La ley impone un deber de servicio público, acorde a la responsabilidad social y empresarial que les asiste de dar a conocer a sus consumidores, usuarios o afiliados “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”. Conforme lo anterior, atendiendo lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia en el fallo antes relacionado: “Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.”

La entidad demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A** no efectuó ni presentó un estudio pensional a mi representada al momento de su traslado, así como tampoco brindó la información necesaria ni la asesoró debida ni oportunamente, de conformidad al perfil que presentaba, así como tampoco le entregó el plan de pensiones señalado en las normas anteriormente transcritas.

Por otra parte, tampoco hubo una adecuada asesoría pensional antes de cumplir con los 47 años de edad, pues **COLFONDOS S.A. NO** le informó a mi representada de la posibilidad de traslado que tenía previo el cumplimiento de la edad de 47 años, oportunidad que hubiera permitido la toma de decisiones para un mejor futuro pensional, de haber contado con los elementos de juicio suficientes y necesarios gracias a una debida asesoría y al suministro de una información completa, transparente y clara sobre la materia.

En el traslado de mi representado, efectuado por COLMENA HOY **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, la entidad incumplió con su deber de ofrecer a su afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional.

ARTÍCULO 210 DECRETO 663 DE 1993 SUSTITUIDO POR EL ARTÍCULO 45 DE LA LEY 795 DE 2003

“Artículo 210º.- Responsabilidad Civil. Todo director, gerente o funcionario de una institución financiera o entidad aseguradora que viole a sabiendas o permita que se violen las disposiciones legales será personalmente responsable de las pérdidas que cualquier individuo o corporación sufra por razón de tales infracciones, sin perjuicio de las demás sanciones civiles o penales que señala la ley y de las medidas que conforme a sus atribuciones pueda imponer la Superintendencia Bancaria.”

Las violaciones a la Ley en el caso particular se encuentran plenamente demostradas puesto que la debida asesoría y el deber de informar, factor determinante en la decisión de los afiliados, fue nula o basada en promesas que a la postre terminaron siendo engañosas, pues la Administradora en su afán de captar afiliados omitió dar una asesoría pensional, omitió el deber de brindar información y/o por lo menos mitigar los daños que pudieran surgir.

Se insiste que, aunque tenía las herramientas tecnológicas y de información con las cuales hubiese podido mitigar el perjuicio económico para mi representada, omitió llevar a cabo las actividades propias del cabal cumplimiento del deber de asesoría e información, con lo cual agravó más la situación de la señora LUZ STELLA **PULGARIN MONTOYA**.

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

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

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

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

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

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., cometió serias equivocaciones por medio de sus promotores, al afiliar a una persona como mi representado a dicha entidad bajo la premisa de una mejor situación pensional, y con el desconocimiento de su obligación al no asesorarle profesional, debida y oportunamente sobre las ventajas y desventajas del traslado que permitía la Ley 797 de 2013.

LEY 797 DE 2003 ARTÍCULO 2 LITERAL E

“Artículo 2°. Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

Artículo 13. *Características del Sistema General de Pensiones.*

- a) La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;*
- e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;”*

Esta norma especialmente es la que no permite el traslado de mi representada a **COLPENSIONES**, ya que cuenta con más de 54 años de edad.

Respecto del mínimo vital esto ha dicho la Corte Suprema de Justicia en Sentencia T 205 de 2010:

*“(…) el concepto de mínimo vital es mucho más amplio que la noción de salario, cobijando incluso ámbitos como los de la seguridad social. Esto último ha sido reconocido por la legislación internacional. En efecto, la misma declaración estipula en el artículo 25 el derecho de toda persona a una subsistencia digna en los siguientes términos: “(…) Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [-que no exclusivamente-], la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (…)”. Lo anterior, también se denotó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que estableció en el artículo séptimo, así como en el undécimo, el derecho de toda persona a contar con unas “condiciones de existencia dignas (…)”, al igual que el derecho a “(…) **un nivel de vida adecuado (...) y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)**”. En el mismo sentido también debe tenerse en cuenta el artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que establece el derecho a “(…) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias (...)”. (Destacado en negrilla, fuera de texto)*

“2.2.2 Siguiendo estos parámetros, es evidente que el mínimo vital cubre ámbitos prestacionales diversos, pues se encuentra inmerso no sólo en el salario, sino en la seguridad social. En efecto, si bien el artículo 53 contempla el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración mínima vital y móvil, no es el único que desarrolla el derecho a la subsistencia digna. Así, el inciso tercero de ese artículo contempla el deber de garantizar el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales. Sumado a lo anterior, el artículo 48 de la Carta establece la obligación de que los “(…) recursos destinados a pensiones mantenga su poder adquisitivo constante (...)”.

ARTÍCULO 53 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. “

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

La situación más favorable para el trabajador, el mínimo vital, la dignidad, la seguridad social se encuentran entre otros como beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y en caso de duda en la aplicación de una norma debe primar la realidad y favorabilidad para los sujetos laborales.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional de Colombia:

SENTENCIA T 871 DE 2005

“(…) 4. Antecedente jurisprudencial acerca del principio de favorabilidad en materia laboral respecto al reconocimiento de pensiones.

El artículo 53 de la Constitución Política consagró el principio de favorabilidad en materia laboral en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, basada en este criterio, esta Corporación ha analizado diversos casos en los que se presentan controversias de tipo laboral que tienen un elemento en común, la diversidad de interpretación de una misma norma respecto a un asunto determinado, o, diversas normas aplicables a un mismo caso.

En la sentencia T-290 de 2005^[9], la Corte al analizar el caso de una persona a la que le era más favorable la Ley 100 de 1993 que una norma convencional, respecto al porcentaje mínimo de invalidez necesario para acceder a la pensión consideró que: “...el principio de la “condición más beneficiosa” se complementa con el de favorabilidad, consagrado expresamente en los artículos 53 de la Carta Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo^[10], para ampliar el espectro de protección de los derechos del trabajador. De acuerdo con el último en mención, **frente a la interpretación disonante de una o varias normas que regulan de manera diferente el mismo supuesto de hecho, el operador jurídico está obligado a acoger la más favorable a los intereses del trabajador.** Así, a juicio de la Corte, ‘la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...’^[11]” (Destacado en negrilla, fuera de texto).

En Sentencia SU-1185 de 2001^[12], frente al principio de favorabilidad en materia laboral consideró que:

*“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que **el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos** por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:*

“Pero además, la regla general -prohibida por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

*En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, **derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.***

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como “...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”. (Destacado en negrilla, fuera de texto)

“Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

“Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica.” (Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)”

“No obstante lo anterior, la Corte ha considerado pertinente analizar los elementos del principio de favorabilidad laboral, cuales son, la noción de “duda” ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y la noción de “interpretaciones concurrentes”. En estos aspectos, la Corte ha considerado que la “duda” debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más el argumento que la primera es la más favorable al trabajador.”

“En este orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva. “

Entonces al analizar las normas que se refieren al traslado, encontramos que el artículo 13 literal e Ley 100 de 1993 (anterior):

“...

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 (...)

*“De acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la Carta Política y lo reglado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, **en caso de duda por existir dos o más fuentes formales de derecho aplicables a una situación deberá preferirse la que favorezca al trabajador.** Y, ante dos o más interpretaciones posibles de una norma, también deberá preferirse la que lo beneficie.” (Destacado en negrilla, fuera de texto)*

Con base en lo anterior, en nuestro caso es evidente que por condición más beneficiosa a mi mandante le es más conveniente estar afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Considerar que se apliquen los efectos de un traslado de Fondo fruto de una operación basada en la limitada, incompleta y engañosa información dada por el asesor de **la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, vicio el consentimiento inducido por el error, causando un grave e irremediable daño, pues la consecuencia natural será la obtención de una mesada pensional muy inferior a la que obtendría bajo los mismos parámetros frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el mejor de los escenarios.

Por lo anterior, es deber del juez impartir justicia, tomando todos los elementos normativos, entre ellos la figura de la nulidad del traslado, para volver las cosas a su estado original, resarciendo el perjuicio que se le ha generado.

ACERCA DE LA NULIDAD SOLICITADA

El artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo permite la aplicación por remisión analógica del Código Civil:

ARTICULO 19 CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO. NORMAS DE APLICACION SUPLETORIA. *“Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos o materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de*

un espíritu de equidad. El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-401 de 2005, en el entendido de que (i) no exista convenio aplicable directamente, como fuente principal o prevalente, al caso controvertido, y (ii) el convenio que se aplique supletoriamente esté debidamente ratificado por Colombia.”

CÓDIGO CIVIL

ARTICULO 1740. <CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD>. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

ARTICULO 1741. <NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA>. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. (Destacado en negrilla, fuera de texto)

Hay así mismo, nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

ARTICULO 1742. <OBLIGACIÓN DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA>. <Artículo subrogado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1936. El nuevo texto es el siguiente:> La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.

Como es sabido la declaratoria de nulidad, da lugar a la declaratoria de las cosas a su estado natural de modo que en el caso que nos ocupa, se entiende que el cambio de régimen nunca se produjo y que al retornar a su estado natural, el régimen de Prima Media con Prestación definida se mantiene, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Los efectos de la declaratoria de la nulidad los establece el artículo 1746 del C.C. el cual señala:

“ARTICULO 1746. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.”

Que sobre los requisitos para la declaratoria de la nulidad, capaz de generar obligaciones el artículo 1502 del C.C. señala que “que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.”.

Por su parte el artículo 1510 del C.C. señala:

“ARTICULO 1510. ERROR DE HECHO SOBRE LA ESPECIE DEL ACTO O EL OBJETO. El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra,

como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

ARTICULO 1511. ERROR DE HECHO SOBRE LA CALIDAD DEL OBJETO. El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte."

En nuestro caso la nulidad resulta evidente, pues mi representada fue inducida a error al no suministrarle información relacionada con el momento de la mesada que tendría al adquirir el derecho a la pensión en cada Régimen, sustentado con el informe técnico y profesional del funcionario del fondo que haya contenido los pro y los contra del cambio de régimen; es decir la afiliada fue inducida a error de lo que contrataba por tanto, a la fecha dicho requisito no se ha saneado estando así facultado para solicitar la declaración de nulidad.

Así mismo se logra evidencia del engaño que sufrió mi mandante al sobresalir el interés propio de ganar a un afiliado por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., que de proporcionarle información para que la afiliada hubiese tenido un conocimiento previo de las condiciones y las consecuencias que entraña el traslado de Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

JURISPRUDENCIA APLICABLE:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*"... que la Administradora demandada, admitió una afiliación de una persona en las reseñadas condiciones, sin enterar al interesado de las reales circunstancias pensionales del régimen de ahorro individual y con consecuencias frente a la dejación del de prima media con prestación definida que traía en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, amén de ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Acerca de la omisión de cumplir los Fondos de Pensiones, con **su obligación de proporcionar una información completa**, en sentencia de la fecha, radicado 31989, se explica así: "Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, "la dirección, coordinación y control" de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares.*

"Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. "La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público. "Ciertamente las administradoras de pensiones son en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez. "Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora. "Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que

resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura. **"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional,** obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, **se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.** **"Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional,** la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual. **"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.** **"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.** **"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.** **"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** **"Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado,** la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención. **"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue;** de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada. (Destacado en negrilla, fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

No puede argüirse que tal aspecto no era parte integrante del debate que fue propuesto desde el inicio del proceso, pues el respeto y la conservación del régimen de transición exigido, se hizo bajo el amparo de que no era posible su pérdida y que el ISS debía aplicarlo en su integridad.

La importancia de lo aquí debatido permite que esta Sala recuerde que el sistema general de seguridad social se implantó con el objetivo de procurar una mayor cobertura respecto de las distintas contingencias y se edificó bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, todo ello en aras, además, de elevar la calidad de vida de los asociados y de materializar el postulado inserto en el artículo 48 de la Constitución Política.

En particular, en materia pensional, uno de los más vitales propósitos fue el de canalizar la multiplicidad de regímenes dispersos, y fue así que creó solo dos de carácter excluyente, el solidario de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad; mientras el primero se acoge el modelo en el cual se garantiza el pago de la pensión preestablecida siempre que se cumpla con la densidad de cotizaciones y la edad, constituyendo tales aportes un fondo común de naturaleza pública, en el de ahorro individual con solidaridad se privilegia el aporte de cada afiliado, y sus rendimientos financieros, los cuales se abonan a cuentas individuales, y la edad para hacerse acreedor de la pensión está sujeta a que exista un acumulado que permita obtener una mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

Para efectos de optar por alguno de ellos, el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»; el literal e) ibídem estableció que «una vez efectuada la selección inicial ... solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial en la forma en que señale el gobierno nacional», término que luego fue ampliado a 5 años, según la Ley 797 de 2003. (subrayado fuera de texto)

Por demás el propio artículo 272 de dicho Estatuto de la Seguridad Social previó la inaplicación de disposiciones lesivas a los asociados cuando quiera que con ellas se menoscabara la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores, y advirtió sobre la preponderancia de los principios mínimos contenidos en el precepto 53 constitucional

(.....)

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

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

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

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa. (subrayado fuera de texto)

En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino, además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada. (Destacado en negrilla, fuera de texto)

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

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 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.

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. (Destacado en negrilla, fuera de texto)

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

En tal sentido es evidente que el ad quem equivocó su decisión, al partir del hecho de que el traslado fue libre y voluntario, sin soporte alguno, pese a que era necesario, dado que lo que se estaba discutiendo era si se debía o no respetar el régimen de transición, determinar si aquel presupuesto normativo se presentaba, para, ahí sí, determinar si había o no perdido la referida transición; como así no se verificó en este caso, se casará la sentencia acusada. (subrayado fuera de texto)

Previo a resolver la instancia, para mejor proveer y en atención a lo señalado en sede de casación, es necesario oficiar a Citi Colfondos para que allegue copia de los documentos en los que conste la afiliación y la información brindada a Julio César Chacón Montenegro, para proceder al cambio del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.”

La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011 ratifico su postura también con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón. De igual manera el día 21 de Enero de 2014, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dicto sentencia en un caso similar, considerando que:

"...es claro para esta Colegiatura que la Administradora de pensiones Colfondos no cumplió con su deber de informar a la actora, las desventajas que podía tener afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni siquiera se le puso al tanto de en qué consistía el mismo y si se le indico que el I.S.S. se iba acabar."

Si bien le informo que podía recibir su pensión a cualquier edad, no se le comunico que pare ello debía tener un capital mínimo acumulado en su cuenta de ahorro individual, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

Acorde con las pruebas recaudadas, si bien se evidencia que la demandante firmo el formulario de afiliación a Colfondos, lo hizo guiada por lo manifestado por la asesora de la administradora de pensiones, la que falto a su deber de informar a la demandante lo necesario a fin de tomar una decisión tan trascendental, como lo era la asesora no le indico los por menores de los dos regímenes que subsisten, incluso como lo sostuvo nuestra máxima Corporación, a sabiendas que la interesada se desanimaría en su decisión de afiliarse a un fondo privado..."

Para dar linaje a la conclusión precedente, se transcribe lo que señala la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, entre ellas, la sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, en la que se rememoró las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314 en donde se ha sostenido lo siguiente:

"(...) 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. 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 (...)"

En cuanto a las excepciones propuestas por las demandadas se declaran no probadas las excepciones de: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción y falta de causa en las pretensiones de la demanda; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad – inexistencia de nulidad; buena fe de la entidad demandada SOCIEDAD OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS; compensación; innominada o genérica.

*En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, como quiera que en el caso de autos se estudia la nulidad de la afiliación a **PROTECCION**, estando de por medio el derecho a la pensión de la actora, no pude operar el fenómeno el fenómeno extintivo, en virtud a que el derecho a la pensión es imprescriptible, como se ha sostenido por la jurisprudencia y la doctrina desde antaño.*

*Colofón de lo dicho, se declarará la nulidad de la afiliación de el señor **GERMANIA CORTES GIRALDO** realizada el 26 de octubre de 1998 a **PROTECCION**, acorde con lo considerado.*

*Ahora bien, como quiera que en la actualidad la actora se encuentra afiliada a la citada entidad se ordena a esta última que proceda a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de lo ahorrado por la*

demandante **GERMANIA CORTES GIRALDO** en su cuenta de ahorro Individual, junto con sus rendimientos.

Así mismo, se ordena a **COLPENSIONES** que proceda a recibir por parte de **PROTECCION S.A.** la totalidad de lo ahorrado por la demandante **GERMANIA CORTES GIRALDO** en su cuenta de ahorro Individual, junto con sus rendimientos.

Con esta decisión la Sala reorienta cualquier posición que genere alguna duda sobre una postura contraria en proceso con características similares a éste.

Sin costas en esta instancia ante su no causación, las de primera instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES** y de la **AFP PROTECCION S.A.**, de conformidad con lo expuesto.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de enero de 2014 por el Juzgado Octavo Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de el señor **GERMANIA CORTES GIRALDO** realizada el 26 de octubre de 1998 a la **AFP PROTECCION S.A.**, acorde con lo considerado.

SEGUNDO: ORDENAR a la **AFP PROTECCION S.A.** que proceda a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de lo ahorrado por la demandante **GERMANIA CORTES GIRALDO** en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que proceda a recibir por parte de la **AFP PROTECCION S.A.**, la totalidad de lo ahorrado por la demandante Graciela Peña Alfonso en su cuenta de ahorro Individual, junto con sus rendimientos

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación, las de primera instancia estarán a cargo de **COLPENSIONES** y a la **AFP PROTECCION S.A.**, de conformidad con lo expuesto.

Queda notificada en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por los que intervinieron.” Negrillas fuera de texto

Finalmente, el más reciente pronunciamiento de la **SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** consignado en la sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 con Magistrada Ponente **CLARA CECILIA DUÑAS QUEVEDO**, hizo un recuento del deber de asesoría de los Fondos de Pensiones desde su creación a la fecha, dentro de los aspectos más importante de la nueva línea jurisprudencial de la **SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, vale la pena destacarlos siguientes:

(.....)

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

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

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

La jurisprudencia del trabajo ha entendido que **la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993**, necesariamente presupone conocimiento, lo que es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito**» (CSJ SL12136-2014).

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

Desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, con la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. **No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.**

La información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

La Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en su **artículo 21**: deber preexistente de información a cargo de las administradoras de

pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «**poder tomar decisiones informadas**».

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

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

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en la relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce en detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, las administradoras del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberá suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada desvincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de “Multifondos” o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

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

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

Las administradoras de los regímenes del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los afiliados que requieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia establezca.*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de la relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular, y las instrucciones que imparta la Superintendencia financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016: el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

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

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

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

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

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

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

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno conocimiento.

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

De hecho la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones

deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en si mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

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

(.....)

CONCLUSIONES:

Como podemos observar, COLMENA HOY la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, en este caso **no cumplió con el deber de brindar la debida asesoría ni el deber de informar**, pues **no actuó de manera profesional al no brindar de manera completa, comprensible, clara y oportuna**, información sobre las consecuencias que mi representada incurriría al momento de cambiarse de régimen; por tanto, es evidente el engaño que sufrió mi mandante en un asunto neurálgico como es el cambio de regímenes pensionales y en el presente caso no basta eximirse de responsabilidad señalando que mi representada fue informada de las consecuencias del traslado y que ella lo hizo de manera libre y voluntaria, por cuanto como se señaló en la jurisprudencia anteriormente relacionada, dicha diligencia no es suficiente para alegar el cumplimiento de los deberes legales en cabeza de la Administradora; la carga de la prueba le corresponde a las Administradoras demostrando que si actuaron diligentemente e informaron de manera clara y oportuna las consecuencias que le ocasionaba el traslado de Régimen no sólo al momento de la vinculación sino durante la vigencia de la relación contractual. (Destacado en negrilla, fuera de texto.)

La obligación del fondo era la de anteponer a su interés: de ganar una afiliada y una comisión, frente a ella se viera afectado con el monto de la pensión se viera disminuido, al punto de recibir una pensión de menos de la mitad que en el Régimen de Prima Media, afectando el mínimo vital y la vida digna de la trabajadora, quien tiene en este momento un nivel de ingresos que no se compadecen con el monto de las cotizaciones que por tantos años ha efectuado al Sistema General de Pensiones. Es pertinente frente a este punto transcribir de nuevo el aparte de la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, con Magistrado Ponente Eduardo López Villegas: *“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 proporcional, todo aquello que resulte relevante para la toma de la 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”*.

En armonía con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 1452 de 2019, *“(… hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447- 2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna(...))”*, deber ausente en el caso en examen.

Así las cosas, como lo resalta la providencia del 2019, “(...) Si el afiliado desconoce la incidencia que el traslado puede tener frente a sus derechos prestacionales, no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, y por tanto, es ineficaz. (...)”

“(...) Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los efectos del traslado es indicativa de que la decisión no estuvo precedida de información suficiente, y menos de real consentimiento - la información suficiente comprende no solo los beneficios del régimen al que se pretende el traslado, sino el proyecto del monto de la pensión en cada régimen (...)”.

PRESCRIPCION EN MATERIA DE PENSIONES.

Respecto de la Prescripción y teniendo en cuenta que lo que se está solicitando en esta demanda es la nulidad de la afiliación, donde está de por medio la pensión, no puede operar este fenómeno toda vez que el derecho a la pensión es imprescriptible, como se ha sostenido por la jurisprudencia y la doctrina.

La Corte Constitucional en la sentencia SU298 de 2015 del 21 de mayo de 2015, con Magistrado Ponente **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO**, dentro de las consideraciones de la providencia señaló respecto de la prescripción del derecho a la pensión lo siguiente:

“(...) El derecho a la pensión y su imprescriptibilidad

“21. Del derecho a la seguridad social se desprende el derecho a la pensión de jubilación, que consiste en recibir el goce efectivo de una mesada calculada de acuerdo con los factores dispuestos por la ley para la situación de cada persona. Se trata de un derecho fundamental que tiene como objeto brindar las condiciones económicas para la vida digna de quienes han trabajado por mucho tiempo.

“22. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que el derecho a la pensión es imprescriptible. Con sustento en el carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución, y conforme al principio de solidaridad, a la especial protección que debe el Estado a las personas de tercera edad y al principio de vida digna, ha construido una sólida línea jurisprudencial que sostiene que el derecho a la pensión no se extingue con el paso del tiempo.

“Por ejemplo, la **sentencia C-230 de 1998**, retomada posteriormente en múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, precisó:

“(...) la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexequible la disposición demandada (...)”

“23. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Suprema de Justicia ha distinguido entre el derecho a la pensión propiamente dicho, y los derechos crediticios que surgen de ésta. Mientras el reconocimiento del derecho a la pensión goza de características tales como la imprescriptibilidad, los otros están sujetos a mayores restricciones, siempre que tales limitaciones no sean desproporcionadas.

“Particularmente, en relación con la prescripción de las acciones laborales, esta Corporación ha advertido que el derecho a la pensión es imprescriptible, sin embargo, el Congreso puede fijar la prescripción extintiva de los derechos que surgen en virtud de un derecho fundamental.

*“(…)2.4. En consecuencia, **es posible concluir que el derecho a la pensión tiene un carácter imprescriptible**, no obstante, a los créditos o las mesadas pensionales sí les aplica la prescripción.*

Resulta pertinente señalar que la Jurisprudencia Colombiana ha sido reiterativa en afirmar el carácter imprescriptible del derecho a las pensiones en los dos regímenes, es decir que una vez la persona cumple la totalidad de los requisitos exigidos en las normas que le resultan aplicables para obtener el reconocimiento de la prestación, podrá solicitar su reconocimiento en cualquier momento, sustentando tal posición con lo dispuesto en los artículos 48 y 53 de la Carta Política que consagran el derecho irrenunciable a la Seguridad Social y al pago oportuno de las pensiones, respectivamente.

Ejemplo de ello es lo señalado en la Sentencia C-198 del 7 de abril de 1999, proferida por la Corte Constitucional, MP. Alejandro Martínez Caballero, en la que se indicó:

“Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexecutable la disposición demandada, salvo para lo relacionado con la denominada “pensión gracia” de que tratan las disposiciones legales pertinentes, que se concede por razones diferentes al tiempo de servicio, edad del trabajador o incapacidad para laborar.

“Cabe agregar que dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho”.

“Es claro entonces que la jurisprudencia se ha ocupado en mencionar que los derechos patrimoniales que surgen de los derechos constitucionales sí pueden ser objeto de prescripción extintiva, siempre y cuando el término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial del derecho constitucional, razón por la cual sí se puede establecer un término para la reclamación de las mesadas pensionales.”¹

Hechas las anteriores consideraciones y de frente a su interrogante es preciso señalar que el término de prescripción para el cobro de las mesadas pensionales es el señalado en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo (3 años) y para lo que concierne al CAJANAL encontramos lo señalado en el artículo 50 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el artículo 1° del Decreto 758 de 1990, que establece: “La prescripción para el reconocimiento de una mesada pensional prescribe en cuatro (4) años (...)”.

RAZONES DE DERECHO

¹ Sobre el particular basta consultar las sentencias de la Corte Constitucional C-072 de 1994, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-230 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara, y C-198 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

1. El demandante señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA**, no recibió la debida asesoría al momento de efectuar el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
2. Mi representado al momento de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, NO fue asesorado sobre los alcances negativos que le generaban el traslado de régimen pensional, con lo cual su consentimiento estuvo viciado. Adicionalmente el Ejecutivo de Cuenta de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, no le explicó a mi representado, las consecuencias de dicho traslado ni muchos menos le hizo un comparativo de los posibles montos de la pensión con los cuales se pensionaría en cada uno de los regímenes ni le entregó el plan de pensiones.
3. Al no tener mi representado el conocimiento expreso sobre el Sistema General de Pensiones sobre sus ventajas y desventajas, la obligación de veracidad en la información recae exclusivamente en el Ejecutivo de Cuenta de la Administradora de pensiones y no en el ciudadano común.
4. Como consecuencia de lo anterior, el consentimiento de la demandante para el traslado de Régimen se encuentra viciado su consentimiento.
5. La demandante señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA**, no se le brindó la debida asesoría antes de cumplir los 47 años para efectos de que pudiera comparar la cuantía de la mesada que tendría en **COLPENSIONES** como única administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida frente a la que recibiría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
6. Mi representada por lo señalado anteriormente, quedo inmersa dentro de la restricción de los 10 años para trasladarse de Régimen como lo dispone la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003, faltando a su deber de asesoría por parte de **COLFONDOS**.
7. Al cumplir la edad de pensión el demandante señor **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA**, tendrá derecho al reconocimiento y pago de una pensión de salario muy inferior a su ingreso actual, esto como consecuencia de una falta de asesoría por parte de la Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la cual ha estado vinculado.
8. Esta situación es sin lugar a duda injusta, pues luego de haber aportado al Sistema General de Pensiones por más de 26 años estaría sin un ingreso digno para su vejez, con lo que se afectaría ostensiblemente **el derecho al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social integral**, como lo ordena la Constitución Política.
9. Teniendo en cuenta que los derechos pensionales son de carácter imprescriptible, no se puede aplicar esta figura a la solicitud de nulidad del traslado de la demandante, ya que se violarían sus derechos a obtener una mesada pensional.

IV. PROCEDIMIENTO

Proceso Ordinario laboral de Primera Instancia contenido en los artículos 74 al 81 del Código Procesal del trabajo y la Seguridad Social.

V. COMPETENCIA Y CUANTIA

Señoría es usted competente por la naturaleza del asunto, el lugar de reclamación del demandante conforme los artículos 2, 5 y 11 del Código Procesal del trabajo y la Seguridad Social y en cuanto a la cuantía por ser mayor de 20 salarios mínimos legales vigentes.

VI. PRUEBAS.

Solicito a su Señoría de decreten, practiquen y evalúen como pruebas las siguientes:

A. DOCUMENTALES QUE SE ALLEGAN CON LA DEMANDA:

1. Copia de cédula de ciudadanía de mi representado.
2. Copia de la Historia Laboral de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, del demandante.
3. Copia del formulario de traslado del demandante a la **CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA** el 26 de mayo de 1994
4. Copia de la Historia Laboral de **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS**, del demandante.
5. Copia del Formulario de traslado radicado en **COLPENSIONES** el 01 de junio de 2021.
6. Copia de la respuesta suministrada por **COLPENSIONES** del 01 de junio de 2021.
7. Copia del **DERECHO DE PETICIÓN**, radicado en **COLPENSIONES** el 01 de junio de 2021.
8. Copia de la respuesta suministrada por **COLPENSIONES** del 01 de junio de 2021.
9. Copia de Derecho de Petición dirigido a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, del 31 de mayo de 2021.
10. Copia de Derecho de Petición dirigido a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A**, del 31 de mayo de 2021.
11. Copia de respuesta de derecho de petición de parte de la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, del 16 de junio de 2021.
12. Copia dictamen pericial correspondiente al cálculo actuarial de la demandante en la cual se proyecta el valor de la mesada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida efectuada por el actuario **SERGIO PULIDO**.
13. Copia del diploma de grado y experiencia profesional del actuario **SERGIO PULIDO**.
14. Copia formulario afiliación a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS SA**, el 22 de enero de 1997

VII. ANEXOS

Acompaño a la presente demanda:

1. Poder para actuar,
2. Constancia electrónica del envío y recepción del poder otorgado por parte del demandante al suscrito.
3. Los documentos anunciados en el acápite de pruebas
4. Certificado de existencia y representación legal de **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A**
5. Certificado de existencia y representación legal de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A -**.
6. Certificado de existencia y representación legal de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.
7. Una copia de la demanda y sus anexos para el traslado de los demandados.

VIII. AUTORIZACION EXPRESA

Autorizo bajo mi completa responsabilidad, a la señorita **DIANA VANESA LARRAHONDO CASTILLO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.130.680.380 de Cali, para que revise el expediente, obtenga copia de los oficios, retire Despachos Comisorios, solicite y saque toda clase de copias y, si es necesario, retire la Demanda con sus anexos.

IX. DECLARACION JURAMENTADA.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8o del Decreto 806 de 2020, me permito declarar bajo la gravedad del juramento que las direcciones electrónicas de las administradoras demandadas aportadas en el acápite de notificaciones, corresponde a las que están registradas en los certificados de Cámara de Comercio de cada una. La prueba de lo anteriormente señalado se encuentra registrado dentro del acápite de VIII de los Anexos.

X. NOTIFICACIONES

A la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** recibe notificaciones en la Carrera 9 No 59-43 de la ciudad de Bogotá/ email: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, recibe notificaciones en la Calle 67 No. 7 - 94 de Bogotá y/o mail: procesosjudiciales@colfondos.com.co

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., recibe notificaciones en la Calle 49 No. 63-100 de la ciudad de Medellin / mail: notificacionesjudiciales@proteccion.com.co, accioneslegales@proteccion.com.co

El demandante recibe notificaciones en la Carrera 73 No. 39 – 64 Sur Int. 31 apto 462, en la ciudad de Bogotá, Correo electrónico: luz.stellapulgarin@gmail.com, teléfono: 3175097420

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

Del señor Juez, respetuosamente.



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

Señor

JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI (REPARTO)

E. S. D.

LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA, mayor de edad, domiciliada y residente en Bogotá D.C, identificada como aparece al pie de mi firma, respetuosamente manifiesto al Despacho que confiero poder especial, amplio y suficiente al Doctor **MARTIN ARTURO GARCIA CAMACHO** domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá D.C Identificado con la cedula de ciudadanía No 80.412.023 de Usaquén y portador de la tarjeta Profesional No 72.569 del Consejo Superior de la Judicatura, para que en mi nombre y representación lleve hasta su terminación **PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** en contra de **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.**, entidad de derecho privado, debidamente representada por el Dr. **JUAN DAVID CORREA SOLÓRZANO** o quien haga sus veces al momento de la notificación, contra **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS.**, entidad de derecho privado, debidamente representada por el Dr. **ALAIN ENRIQUE ALFONSO FOUCRIER VIANA** o quien haga sus veces al momento de la notificación y contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** representado legalmente por el Dr. **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o quien haga sus veces al momento de la notificación de la presente demanda buscando por este medio judicial:

I. PRETENSIONES:

- a. **SE DECLARE** que **COLMENA CESANTIAS Y PENSIONES HOY ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.**, al trasladar del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** el mes de mayo de 1994, a la señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA**, no cumplió con su deber de ofrecer a su afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional.
- b. Como consecuencia de la anterior declaración, se decrete la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.**
- c. Ordenar a **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS**, trasladar a la señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA**, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, como si nunca se hubiese surtido el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
- d. Ordenar a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** aceptar el traslado de la señora **LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por esa entidad.
- e. Se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen con este proceso a las demandadas.
- f. Que se aplique las facultades extra y ultra petita concedidas al Despacho.

Mi apoderado queda facultado conforme al artículo 77 del Código General del Proceso, de manera expresa para conciliar, transigir, recibir, sustituir, desistir de la demanda, renunciar, recibir y cobrar a su nombre títulos judiciales, reasumir este poder e impugnar falsedades, de

manera general para el ejercicio de todo acto jurídico conducente al cabal cumplimiento del presente mandato. Sírvasse reconocerles personaría en los términos antes señalados.

Atentamente,



LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA
C.C. 39.705.938 de Fontibon
e-mail: luz.strella.pulgarin@gmail.com

Acepto,



MARTIN ARTURO GARCIA CAMACHO
C.C. 80.412.023 de Usaquén
T.P. No. 72.569 del C.S.J
e-mail: judicial@abogar.com.co

luz stella telefonica <luz.strella.pulgarin@gmail.com>

10/8/2021 8:44 AM

Re: Otorgamiento de Poder para Proceso Ordinario Laboral de Nulidad de Traslado Dte. LUZ STELLA PULGARIN MONTOYA

Para Judicial Abogar <judicial@abogar.com.co>

Buen día

Me permito enviar documento firmado y saneado.

Por favor me confirma el. Recibido.

Gracias quedo atenta

Luz Stella pulgarin Montoya

El vie., 6 ago. 2021 09:09, Judicial Abogar <judicial@abogar.com.co> escribió:

Cordial saludo,

Por medio del presente correo me permito adjuntar poder para representarla en el proceso Judicial Ordinario Laboral de Nulidad de Traslado, Conforme al Decreto 806 de 2020.

Cordialmente,

Martín Arturo Garcia Camacho.

- CamScanner 08-10-2021 08.38.58.pdf (920 KB)