

Falta porvenir

Reclamo por  
pensión?



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE TULUA**

<b>Jurisdicción:</b>	<b>Especialidad:</b>	<b>Categoría:</b>	<b>Código:</b>
Ordinaria	Laboral	Circuito	76-834-31-05-001

**Clase de proceso:** ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA

**Cuaderno:** 1 de 1 **Folios:** 0

**Asunto:** -

**Demandante(s):**

**ANA MILENA LORZA DOMINGUEZ**

**C.C./NIT:** 31.955.378 **T.P.:** no refiere ser abogado.

**Dirección:** Calle 2 sur 9-14 Bugalagrande Valle

**Email:** - **Teléfono:** 0

**Apoderado:** JUAN DAVID GOMEZ PEDROZA

**C.C./NIT:** 1.144.169.928 **T.P.:** 19.870

**Dirección:** Carrera 1d2 #47-58 Cali-Valle

**Email:** juand.gomez31@gmail.com **Teléfono:** 3057671964

**Demandado(s):**

**COLPENSIONES Y PORVENIR**

**C.C./NIT:** - **T.P.:** 0

**Dirección:** 0

**Email:** 0 **Teléfono:** -

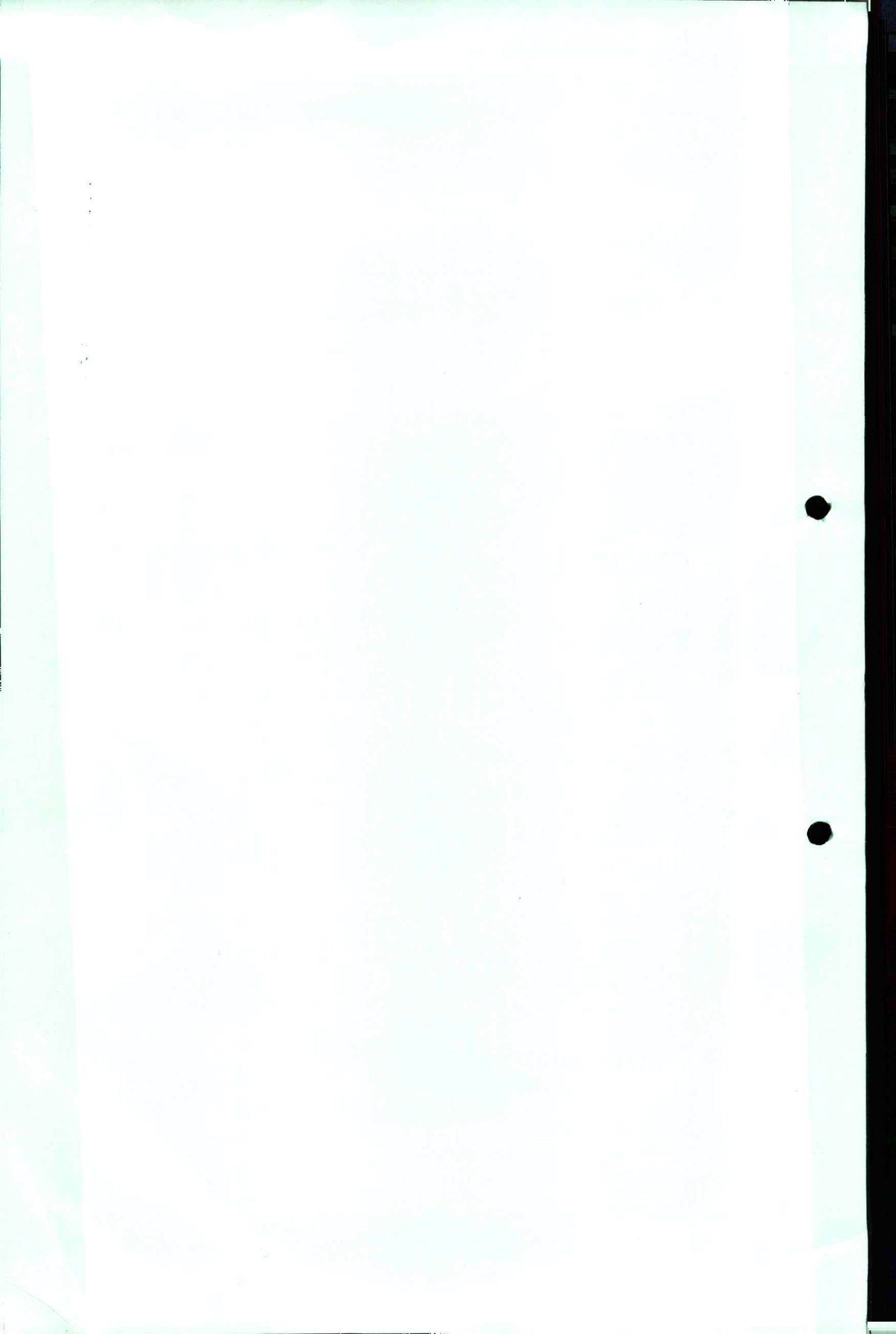
**Apoderado:** -

**T.P.:** -

**Dirección:** -

**Email:** - **Teléfono:** -

<b>Presentación:</b> 23 de septiembre de 2019	<b>Tomo:</b> 0	<b>Folio:</b> 0
<b>Código único de radicación nacional:</b>		76-834-31-05-001-2019-00289-00



**SEÑOR:**

**JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO (REPARTO)**

**E.S.D.**

**REF: DEMANDA ORDINARIA LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA**

**DEMANTANTE: ANA MILENA LORZA DOMÍNGUEZ**

**DEMANDADOS: SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y LA ADMISNITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

**JUAN DAVID GOMEZ PEDROZA**, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 1.1144.169.928 de la ciudad de Cali y Portador de la Licencia No. **19870** expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado judicial de la señora **ANA MILENA LORZA DOMINGUEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía número C.C. **31.955.378** de Cali, me permito instaurar **PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** en contra del **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con **NIT.800.144.331-3**, representada legalmente por **MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ** con C.C. N.º **79.156.394** o quien haga sus veces, y contra **LA ADMISNITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, representada legalmente por el **JUAN MIGUEL VILLA** o quien haga sus veces a fin de obtener de la jurisdicción laboral las declaraciones señaladas en el petitum de la demanda, teniendo en cuenta los siguientes hechos:

#### **HECHOS**

**PRIMERO:** La señora **ANA MILENA LORZA DOMINGUEZ** nació el 23 de enero de 1967 y en la actualidad cuenta con 52 años de edad.

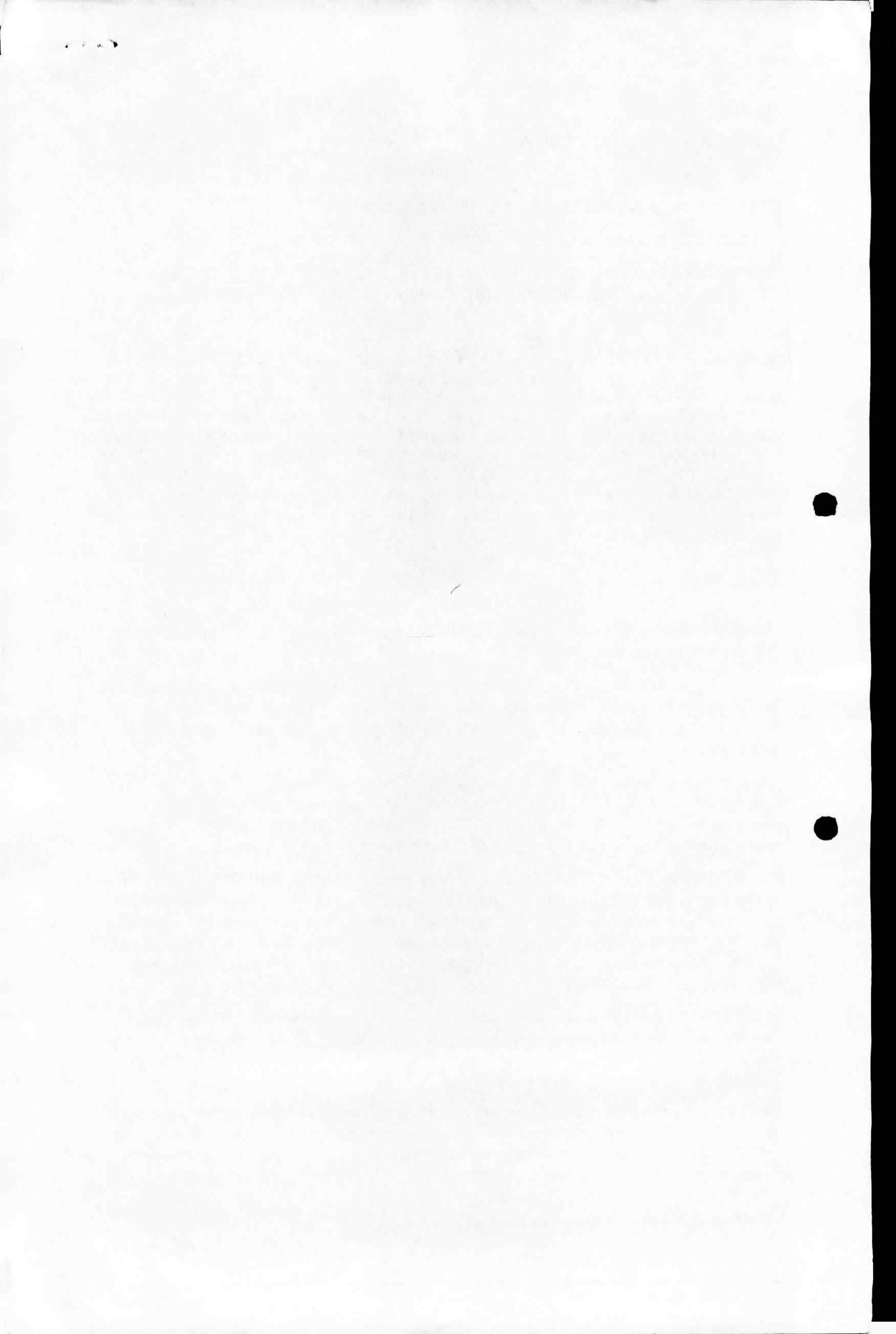
**SEGUNDO:** Inició su vida laboral el 01 de abril del año 1986, efectuando cotización al Régimen de Prima Media con distintos patronales en un total de **532** semanas y con el régimen de ahorro individual **1109** semanas y continua actualmente activa y cotizando **para un total de 1641 semanas cotizadas en toda la vida laboral.**

**TERCERO:** Que, a mediados de 1994, y encontrándose mi mandante afiliado al Régimen de Prima Media administrado por el Seguro Social, empezó a recibir invitaciones a reuniones, llamadas telefónicas y obsequios de funcionarios de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR**, quienes le ofrecieron maravillosas ventajas para que realizara su traslado a dicho fondo de pensiones.

**CUARTO:** Que los argumentos que le fueron presentados a la señora **ANA MILENA LORZA DOMINGUEZ**, por parte de los funcionarios de la **AFP PORVENIR S.A.**, eran básicamente que le convenía más trasladarse al Régimen de Ahorro Individual porque se iba a pensionar anticipadamente, con unas mejores condiciones económicas y de edad, además de hacer un énfasis en que el Seguro Social iba a quebrar y desaparecer, y que por tanto perdería todas las cotizaciones realizadas y los bonos pensionales que estaban a cargo del Régimen de Prima Medial del ISS.

**QUINTO:** Que motivada por unas supuestas mejores condiciones ofrecidas por la **AFP PORVENIR S.A.**, y atemorizada por perder sus cotizaciones realizadas si continuaba en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la señora demandante el 1 de enero de 1995 efectúa su traslado al Régimen de Ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por la **AFP PORVENIR S.A.**

**SEXTO:** Que a medida que pasaba el tiempo y se acercaba su edad para pensionarse, mi mandante conocía la insatisfacción de varias personas que como él se trasladaron del Régimen de Primas Media, al Régimen de Ahorro Individual y hoy están pensionadas en unas condiciones poco favorables, enfrentándose también al incremento de la edad para acceder a su pensión de vejez, el temor y preocupación se apropiaron de ella y quiso saber cuál era su expectativa pensional.



35

**SEPTIMO:** Que mi mandante solicitó a la **AFP PORVENIR SA**, le realizara una simulación pensional con la finalidad de conocer el valor aproximado para su pensión de vejez, y también contrató un liquidador de pensiones para que le realizara una simulación de acuerdo con el régimen de prima media, administrado por Colpensiones y luego de comparar el valor de su mesada pensional en cada uno de los regímenes, encontró que las condiciones ofrecidas por la **AFP PORVENIR S.A.**, eran un engaño y que había sido **BURLADA EN SU BUENA FE**, pues el valor de la mesada es considerablemente inferior a la que reconocería Colpensiones.

**OCTAVO:** Que el 23 de Agosto de 2019 la **AFP PORVENIR S.A.** le entrega a mi cliente, una simulación pensional donde le manifiesta que el valor de su pensión al alcanzar los 57 años de edad, es decir el 23 de Enero de 2024 sería de **\$1.335.500**, mientras que en el Régimen de Prima Media, bajo las mismas condiciones y para el mismo año, la mesada pensional sería de **\$3.133.200**, es decir, que le resulta más favorable acceder a su prestación económica por medio del Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones.

**NOVENO:** Que, en vista de esta preocupante situación, mi mandante presentó el 23 de agosto de 2019 ante Colpensiones, bajo el número de radicación **2019\_11363180**, solicitud de traslado de régimen buscando su regreso al Régimen de Prima Media.

**DÉCIMO:** Que la respuesta de Colpensiones a la solicitud de autorización para el cambio de régimen radicada inicialmente el 23 de agosto de 2019, fue dada a través de Oficio No. **2019\_11363180-20421936** de manera negativa, indicando que **"No es precedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse"**.

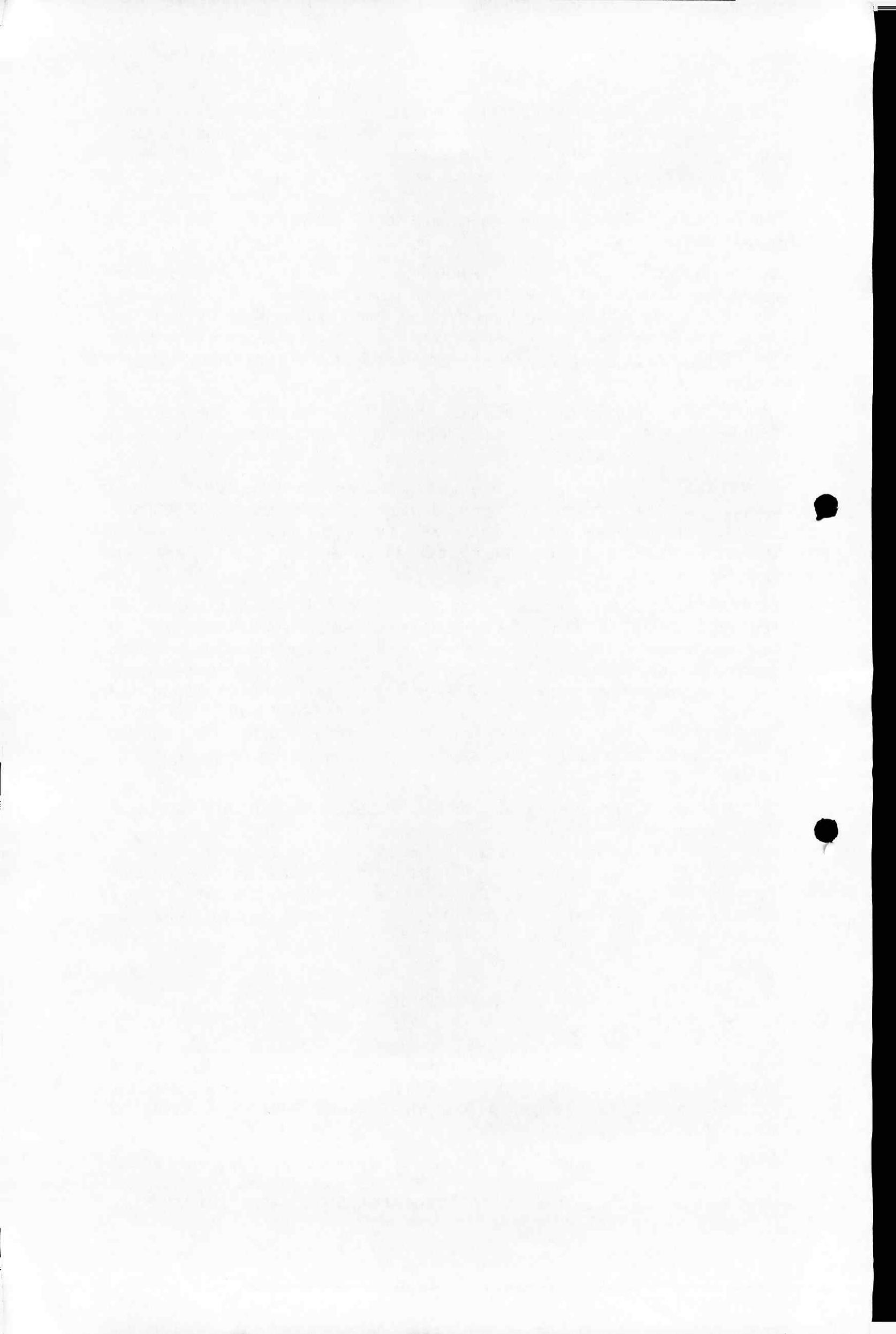
**DÉCIMOPRIMERO:** De Haber cumplido el fondo **SOCIEDAD ADMISNITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con las obligaciones legales correspondientes, mi poderdante hubiese concluido que **NO LE CONVENIA** cambiarse de Régimen Pensional, además que al carecer de tan importante y fundamental información, le impidió que tuviese elementos de juicio suficientes para sopesar las condiciones desfavorables que tenía al cambiarse al Régimen de Ahorro Individual, amén de las grandes bondades y superiores ventajas que le ofrecieron, que la **INDUJERON A UN ERROR EN EL CONSENTIMIENTO**, toda vez que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, nunca alcanzaría los beneficios y condiciones más favorables a las existentes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que mi mandante trabaja en el **BANCO DE BOGOTA S.A** con NIT **860002964** desde el 01 de Junio de 2009, devengando un salario básico mensual de **\$3.197.292** equivalente a aproximadamente 04 salarios mínimos mensuales vigentes desde hace varios años, lo que conlleva a que permitir que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, actualmente vinculado con la **AFP PORVENIR** administre el futuro pensional de mi cliente, iría en detrimento de una vida digna y de un salario acorde a lo devengado en toda su vida laboral, lo que le causaría una afectación al Mínimo Vital y al de toda su familia que depende en gran parte de sus ingresos.

## PRETENSIONES

**PRIMERA:** Declarar la Nulidad de la vinculación o primer traslado de la señora **ANA MILENA LORZA DOMÍNGUEZ** con cc. No. C.C. **31.955.378**, realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad en su momento administrado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**SEGUNDA:** Declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado de la demandante **ANA MILENA LORZA DOMÍNGUEZ**, realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en cabeza de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**



Y **CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, al no poderse predicar la existencia del consentimiento libre, voluntario e informado, por parte de la demandante, al momento de la vinculación a dicho fondo.

**TERCERA:** Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** su regreso automático al régimen de prima media administrado por la **ADMISNITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

**CUARTA:** Ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a trasladar a la **ADMISNITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora **ANA MILENA LORZA DOMÍNGUEZ** con c.c. **31.955.378**, incluyendo intereses y demás valores.

**QUINTA:** Como consecuencia de lo anterior, condenar a la **ADMISNITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir como afiliada nuevamente a la señora **ANA MILENA LORZA DOMÍNGUEZ**, así como recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

**SEXTA:** Condenar a las demandas **SOCIEDAD ADMISNITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** y la **ADMISNITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, a cancelar a la señora **ANA MILENAR LORZA DOMÍNGUEZ** a lo que ultra y extra petita haya lugar.

**SEPTIMA:** Condenar a la **SOCIEDAD ADMISNITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** y a la **ADMISNITRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, a cancelar las costas del proceso y agencias en derecho.

#### FUNDAMENTO Y RAZONES DE DERECHO

De la constitución Política de 1991: Artículos 53, 13, 29, 31, 46, 48, 83, 228, 229. De la ley 797 de 2003: Artículos 14, 20, 21, 36. Del Código de Procedimiento Laboral: Artículos 2, 5, 12 y 13 (Cuantía y competencia) 74 al 81 (Proceso ordinario laboral de primera instancia).

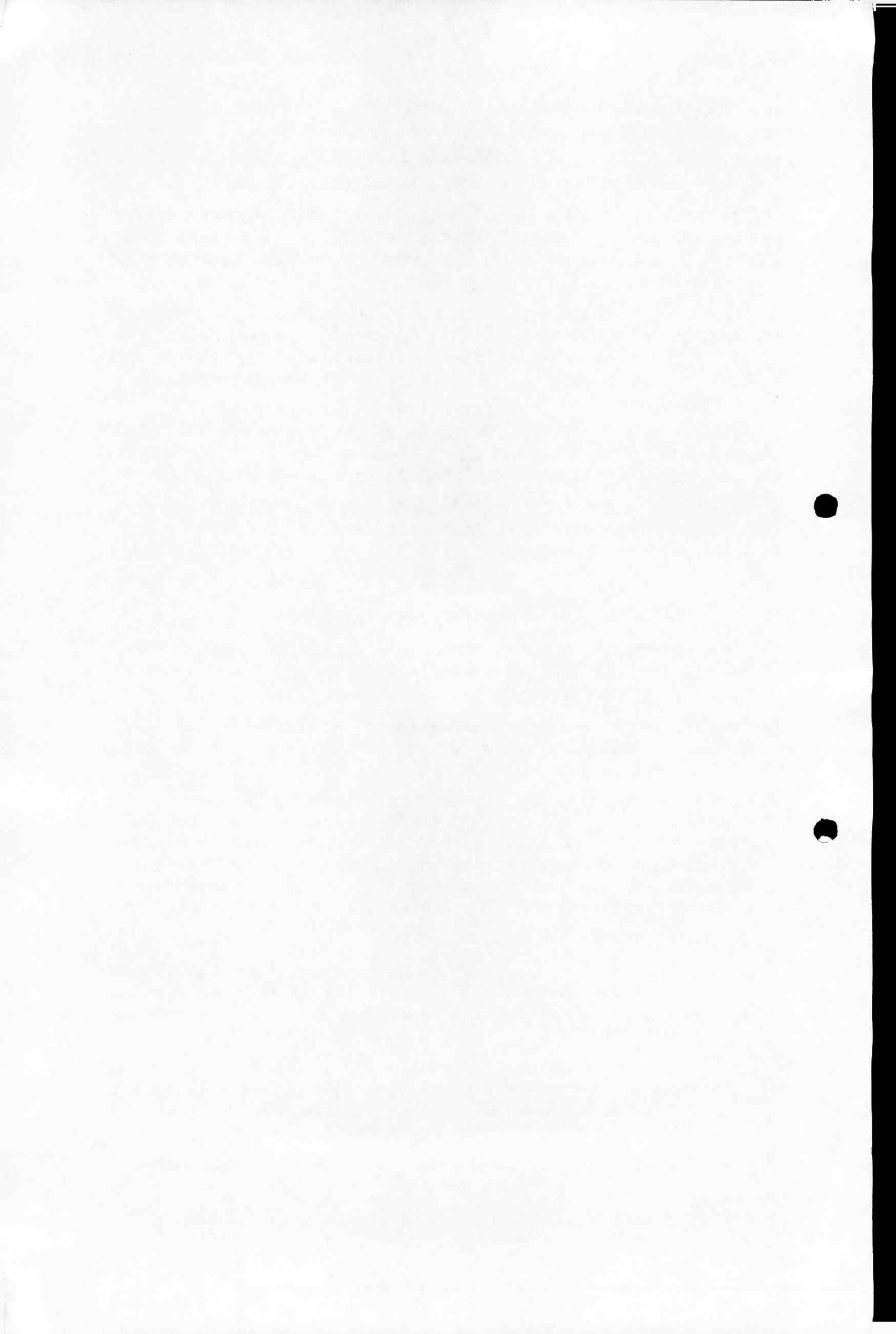
De acuerdo con los hechos manifestados anteriormente a mi mandante la señora **ANA MILENA LORZA DOMÍNGUEZ**, le resulta más favorable acceder a su prestación económica por vejez a través del Régimen de Prima Media administrado actualmente por Colpensiones.

En caso similar, en el cual se demuestra el perjuicio económico y demás que le causa al afiliado el continuar afiliado al Régimen de Ahorro Individual en lugar del Régimen de Prima Media, la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, se pronunció a través de la Sentencia del 9 de septiembre del 2008 Expediente 31989 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas resolviendo revocar el fallo del 02 de noviembre de 2006 en el cual se negaba la posibilidad de la cancelación de afiliación y de traslado a la administradora del régimen de prima media los valores de la cuenta de ahorro individual del actor y en su lugar:

a) "Declarar la nulidad del primer traslado del actor al régimen de ahorro individual con los efectos y condenar a la demanda a trasladar a la administradora del régimen de prima media, los valores de la cuenta de ahorro individual del actor sin descuento por el pago de las mesadas pensionadas que se hayan efectuado así:

"Es razón de existencia de las administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas con conocimiento 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.

Estas 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, cumplir todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuera de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones específicas 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 deber de información.

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

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

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

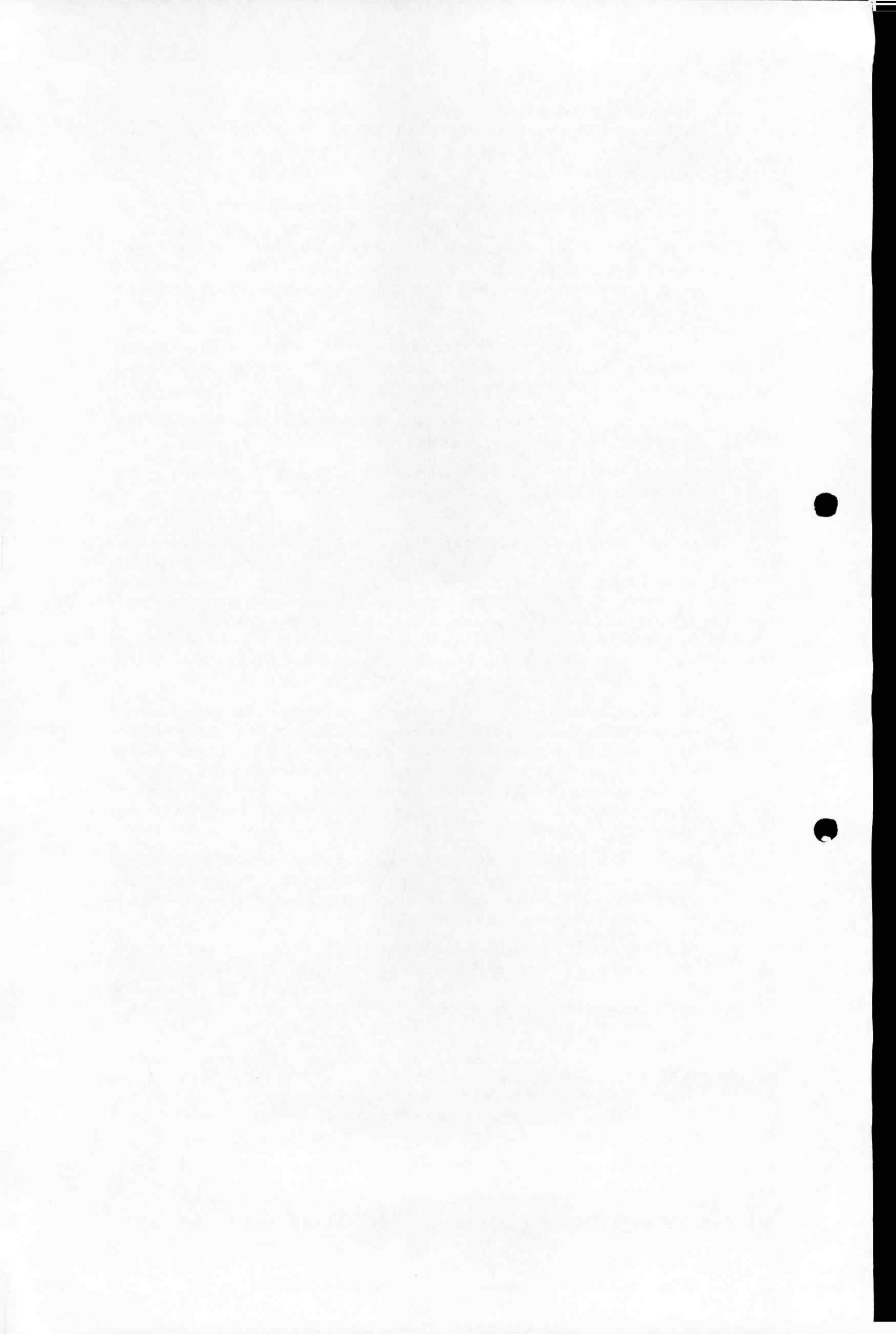
Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

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

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

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

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



29/

En virtud del éxito de esta acusación, la Corte queda eximida de analizar el cargo primero que perseguía idéntico objetivo.

En instancia se ha de indicar que, como consecuencia de lo analizado con ocasión del recurso extraordinario, se declarará la nulidad de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual.

Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

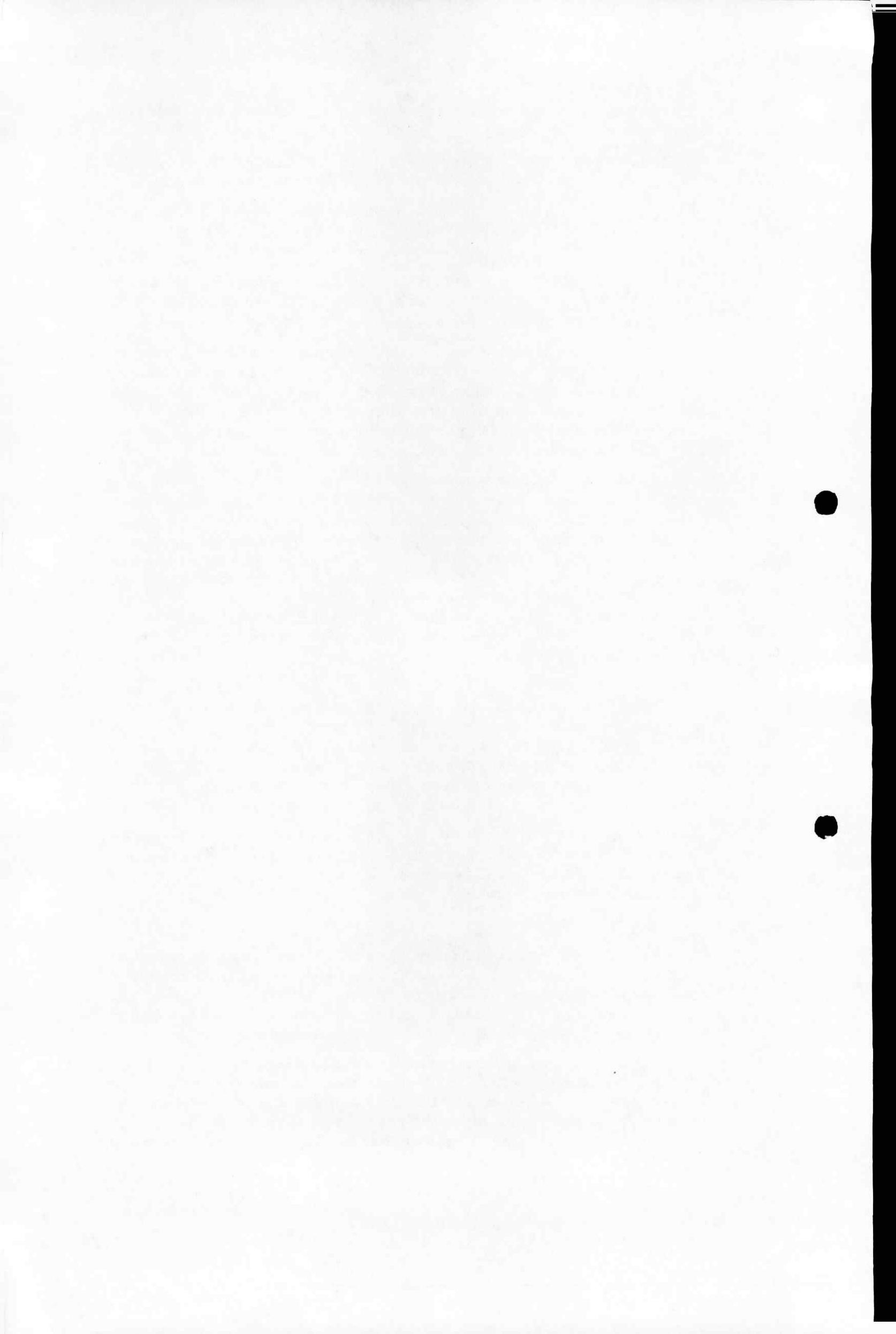
En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciera la administradora de régimen de prima media al que retorna.

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

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

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

Los derechos pensionales en adelante debe reclamarlos el actor ante quien acredite tenerlos.



Habida cuenta de que el monto del derecho en el régimen de prima media no está establecido, ni éste puede decirse sin haber sido llamada a comparecer al proceso el Instituto de Seguros Sociales, no procede otro reconocimiento de perjuicios pedidos por referencia a la diferencia entre ese monto y el que recibía de la administradora del régimen de ahorro individual.

Así las cosas, se revocará el fallo del Juzgado y en su lugar se declarará la nulidad del traslado del actor al régimen de ahorro individual."

### **OMISIÓN DEL DEBER LEGAL DE INFORMAR POR PARTE DEL FONDO PRIVADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL DEL DEMANDANTE (A).**

El día 31 DE DICIEMBRE DE 1994 con fecha de efectividad el día 1 DE ENERO DE 1995, LA **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** vinculó al demandante a su fondo, trasladándolo del régimen de Prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

El literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 consagra que. "La selección de uno cualquiera de los regímenes previsto por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado. Quien para tal efecto manifestara 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 harán acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º. Del artículo 271 de la presente ley.

Sin embargo, la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad se hizo son el lleno de los requisitos legales, pues para que pueda predicarse que existió consentimiento libre y voluntario, debió haber estado precedida de una adecuada y completa información con respecto al derecho pensional del demandante(a), los riesgos, beneficios y desventajas que conllevaría el traslado de régimen pensional, y así poder decir que se dio un consentimiento informado, lo cual no sucedió, lo que trae como consecuencia la nulidad del traslado del régimen pensional, de conformidad con la jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias con radicado No. 31989 de 2008, 31314 de 2008, y 33803 de 2011, 46292 de 2014, que más adelante se expondrán.

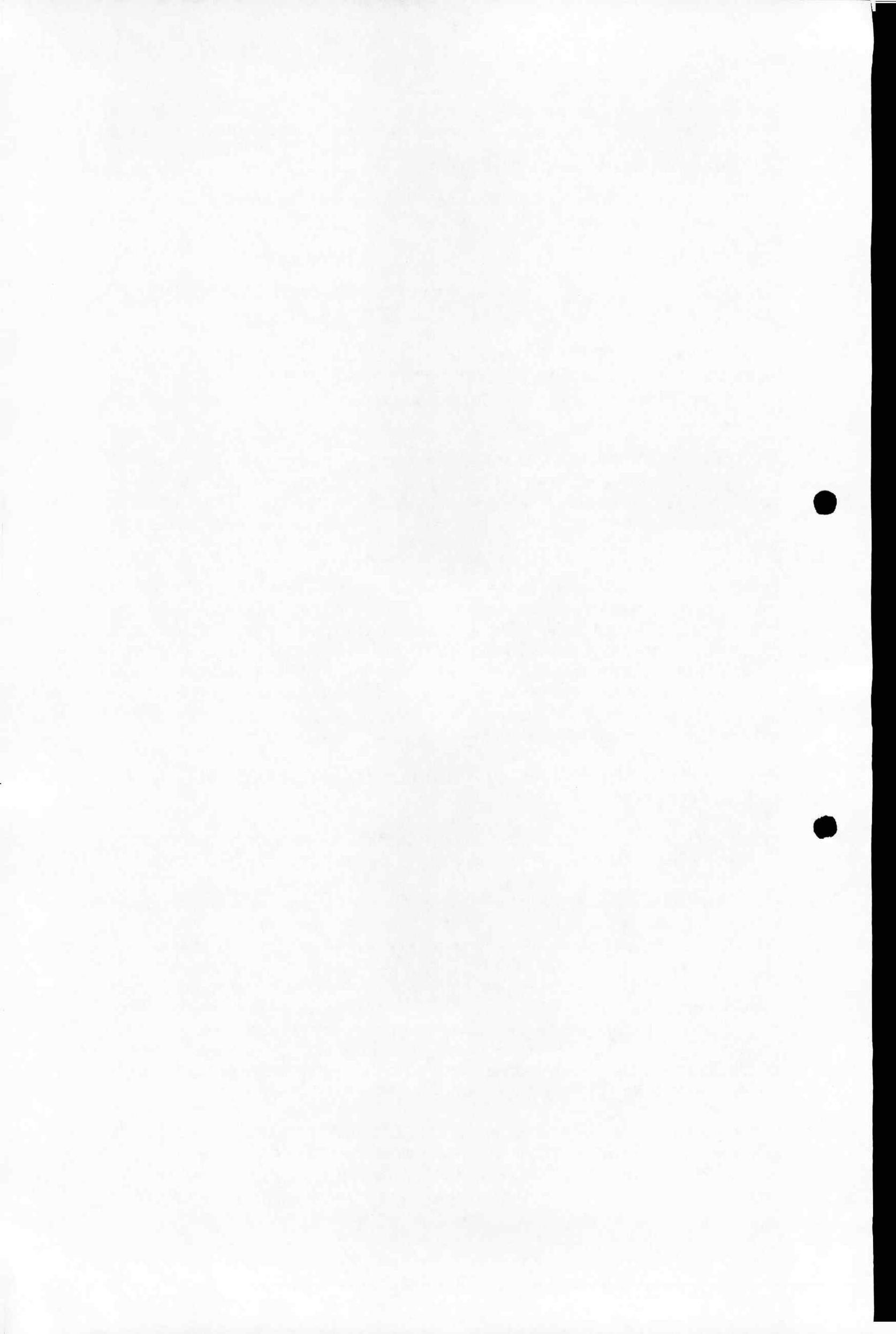
Por su parte el artículo 60 literal c) de la ley 100 de 1993 dispone la obligación de informar de los fondos de pensiones al momento de su vinculación.

(...) c) Los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y seleccionar la aseguradora con la cual contraen las rentas y pensiones.

En todo caso, dentro del esquema de multifondos el gobierno Nacional, busca una mejor gestión de los recursos que conforman los fondos de pensiones obligatoria del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de tal manera que la inversión considere edades y los perfiles de riesgo de los afiliados.

En tal sentido, este esquema busca que los recursos de las personas más jóvenes y con un perfil de mayor riesgo se hagan inversiones que pueden tener mayor riesgo pero que se espera en el largo plazo den un mayor rentabilidad, en tanto que con los recursos de las personas cercanas a pensionarse y con menor propensión al riesgo se realicen inversiones menos volátiles y que, por ende, se espera sean menos rentables en el largo plazo, pudiendo el afiliado seleccionar ( fondo conservador, fondo moderado, fondo de mayor riesgo y fondo Especial de retiro programado)

En efecto, la administradora del Fondo de pensiones **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** al momento del traslado al RAIS, no informaron a el(a) señor(a) **ANA MILENA LORZA DOMINGUEZ**, no fue asesorado(a) por estos fondos de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencia entre



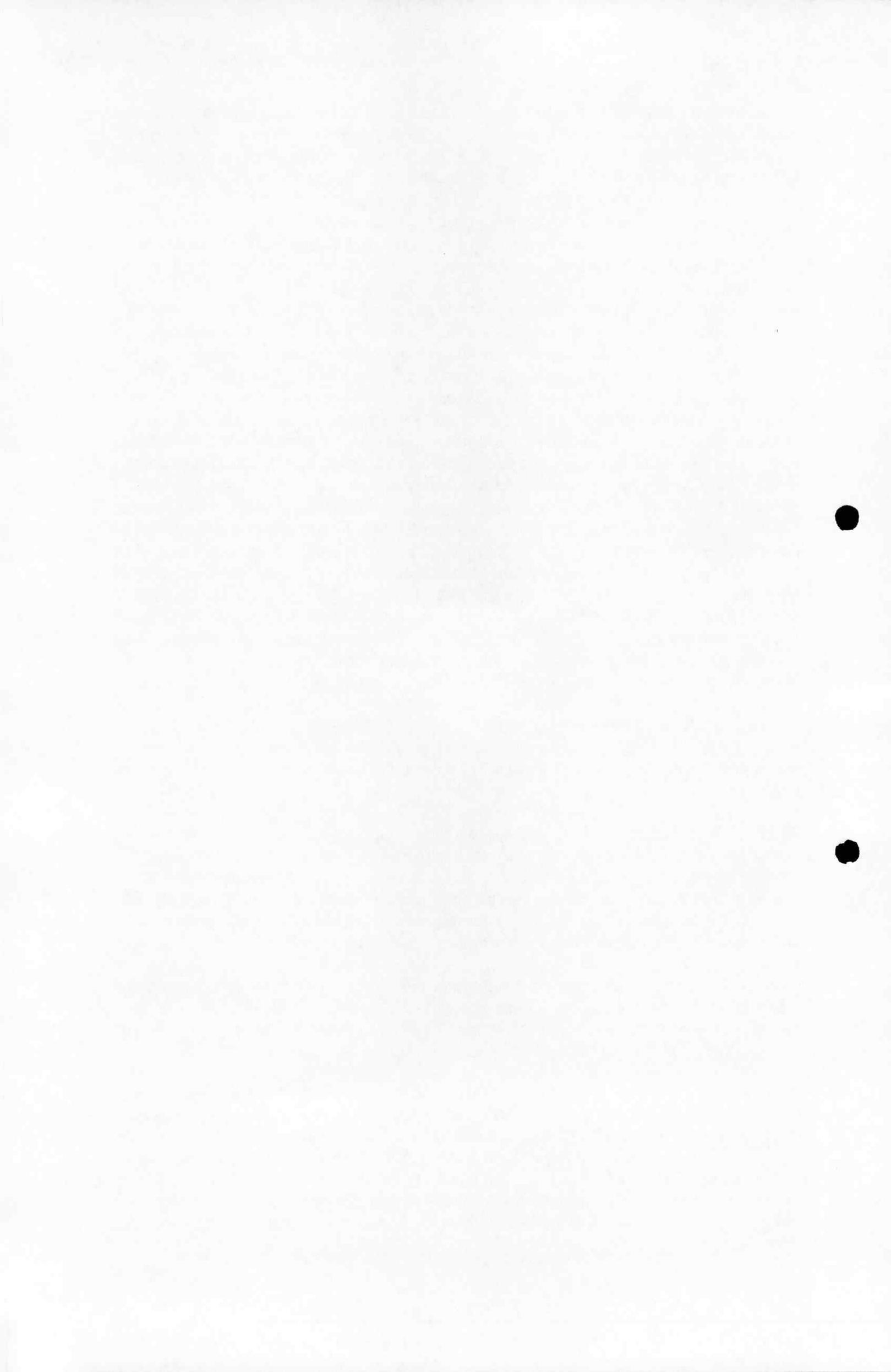
uno y otro régimen de pensiones las prestaciones económicas que tendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones, no le proyectó el régimen pensional que más le convenía teniendo en cuenta entre otras cosas, su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando. No le informo cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder llegar adquirir el derecho a una pensión y con qué monto o cuanto necesita tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad o a la edad de pensión, o para mantener su mínimo vital; no le informó que no todo el aporte obligatorio mensual que hiciera iría a su cuenta individual y que parte de este se destinaría al pago de primas de seguros para garantizar la pensión de invalidez y sobreviviente, también se destinaría para cubrir el costo de administración del régimen, teniendo el pago de los gastos de administración como son las comisiones de administración, reaseguros y fondo de garantía de Pensión mínima, costos y gastos que salen de su pensión. no le informó si tendría derecho o no a un bono pensional sufragado por el régimen de Prima media con prestación definida como consecuencia del traslado de régimen y de tener derecho sobre la posibilidad de tener que negociarlo, para anticipar su pensión y como podría todo esto influir en su pensión. No le informaron que el monto de su pensión en ese régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto de afiliado como de sus beneficiarios y cómo influirá en su pensión. Al momento del traslado del régimen pensional del demandante el(a) señor (a) **ANA MILENA LORZA DOMÍNGUEZ**, no le hicieron proyecciones futuras de su pensión, con las hipótesis que podía surgir en casa uno de los regímenes pensionales. Ni le hicieron proyecciones futuras de su pensión. No le informó sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y como influiría esto en su pensión. No le informaron sobre las condiciones requeridas en el régimen de ahorro individual para pensionarse anticipadamente. **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, tenían a su cargo una responsabilidad con este de carácter profesional, que le imponían el deber de asesorar eficazmente, de manera rigurosa, transparente, adecuada y completa, con diligencia, prudencia, con respecto a la decisión de traslado del régimen pensional.

Así, la falta al deber de información de manera completa, transparente, rigurosa, clara eficaz, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, en que incurrió los FONDOS PRIVADOS, las omisiones en que incurrió, constituye un engaño, engaño que conlleva a su vez al demandante (a) en incurrir en error de cotizar para pensión en ese fondo.

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

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

Por otro lado, es evidente que el fondo privado no le permitió a la demandante conocer las proyecciones de hipótesis de posibles montos de su pensión, que pusiera en conocimiento. Cuál de los dos regímenes le era más favorable o conveniente a que se mostrara la diferencia o que se mostrara la diferencia entre uno y otro régimen, pues de lo contrario no se hubiere trasladado del régimen de prima media con prestación definida al del ahorro individual con solidaridad ya que esto le hubiera permitido observar que el monto de su pensión se vería disminuido como lo refleja el estudio pensional efectuado, donde el régimen de ahorro individual con solidaridad, con la modalidad de renta vitalicia obtendría una mesada pensional de **\$1.335.500** mientras



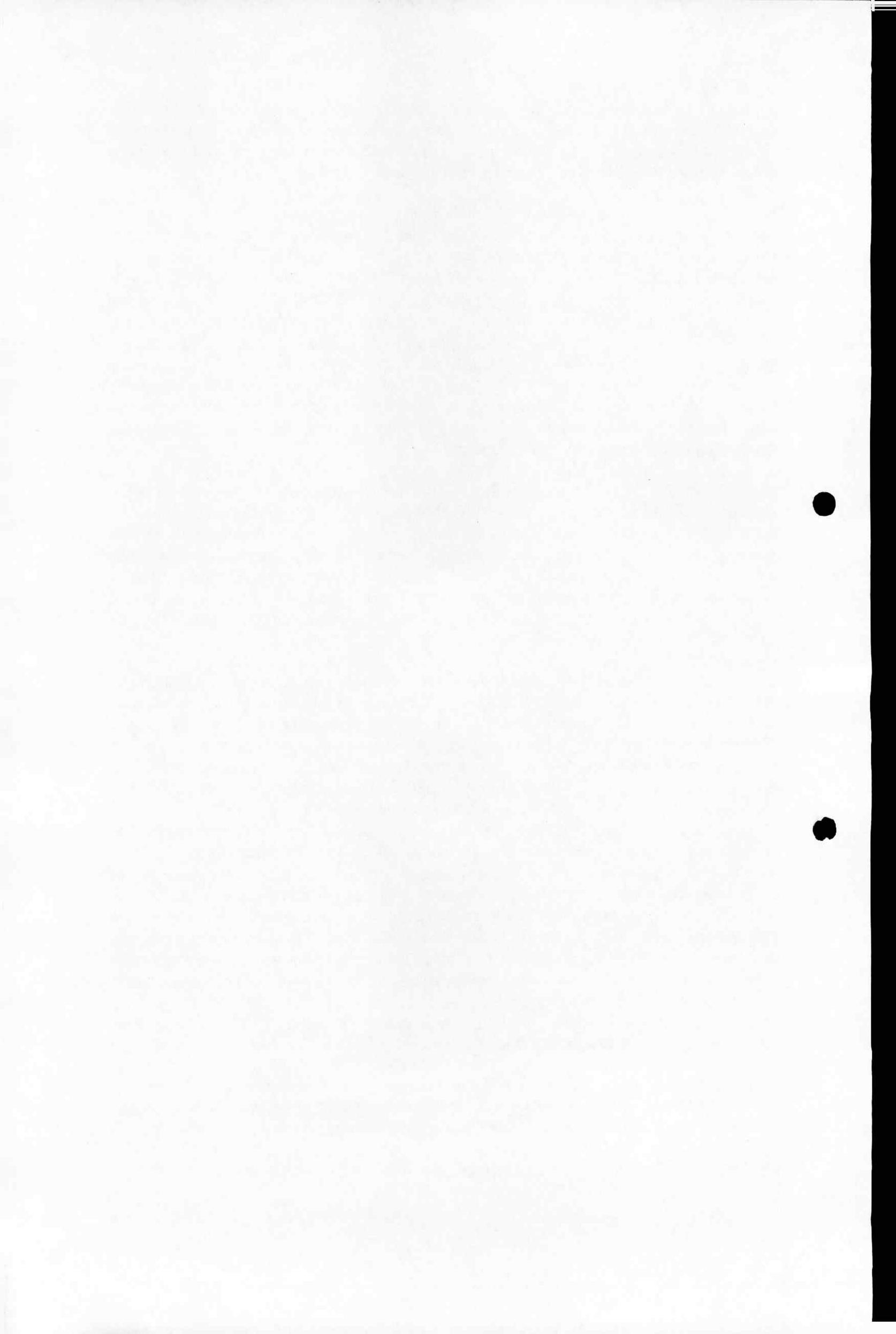
que si se pensiona en el régimen de prima media con prestación definida obtendría una mesada pensional de aproximadamente de **\$3.133.200**, teniendo en cuenta que esta proyección se hizo con la historia laboral en el momento del reclamo, lo que significa que si se hubiera hecho proyecciones futuras mi mandante no hubiera escogido el RAIS para acceder a través de el a su derecho pensional.

Sobre las proyecciones pensionales, no podrá ser un argumento para desestimar las pretensiones de esta demanda, el que para la época de traslado del demandante no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones realizar proyecciones pensionales y que esta obligación solo nace con la expedición del decreto 1555 del 2010, la ley 1748 del 2014 y el decreto 2071 del 2015 pues no es cierto, ya que este deber nace con la misma ley 100 de 1993 con el literal (b) del art. 13 de la ley 100 del 93 al disponer que la selección de cada uno de los régimen pensionales debe ser "libre y voluntaria", lo cual de acuerdo con la jurisprudencia de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica que sea una "decisión informada", lo cual implica a su vez un deber de asesoría completa y rigurosa frente a quien encarga la administración de su pensión o futuro pensional, lo que comprende al mostrarle el monto de la pensión que en cada uno de los regimenes pensionales se proyecte como se afirmó en la sentencia de la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia con radicado No. 46292 del 3 de septiembre del 2014 de la magistrada ponente Elsy del pilar cuello calderón, cuando afirmo:

"para este tipo de asuntos se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispensen el régimen al que pretende trasladarse, que pueden 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 proyecta, 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 esta situación."(...)Y por el contrario con las mencionadas leyes se ratifica la posibilidad real de que los fondos de pensiones puedan realizar proyecciones pensionales al momento en que un afiliado al sistema pretenda trasladarse del régimen pensional.

En los anteriores términos se refirió la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en reciente sentencia del 1ero de marzo de 2017, con radicado 2016-20. La M.P Martha Ludmila Avila, en donde precisamente en un caso donde se pretendía la nulidad del traslado de un afiliado realizado el día 1ero de diciembre del año 1999, donde no era beneficiario del régimen de transición el demandante, y en donde debido en la falta de información por parte del fondo privado al que se trasladó, de declaró la nulidad el traslado, se dijo al respecto: "Precisa la Sala que el deber de información que deben observar las entidades de seguridad social conforma si bien esta norma no estaba vigente al momento del traslado como lo es el artículo 2° de la ley 1748 de 2014. Independientemente del régimen al que pertenezca, no solo debe comprender los beneficios que se dispensen o puedan dispensar en dicho régimen de acuerdo a una realidad laboral constante, sino además el monto de una eventual pensión que se proyecte, pero no en forma ilusoria, sino de una forma contundente, por supuesto, de acuerdo con una realidad económica concomitante y previsible del potencial afiliado, así como la diferencia en el pago de los aportes que en uno u otro régimen se realiza, más las implicaciones y la conveniencia del traslado dependiendo de la situación laboral específica del afiliado, concretamente de los ingresos económicos y del comportamiento laboral de acuerdo a una proyección realizada con base en el perfil suministrado. Cumple entonces precisar que la AFP Porvenir no allego prueba alguna, se repite con la que demuestre que al momento de acoger como afiliado al demandante, acoger el traslado, el asesor de la época haya efectuado una simulación o proyección a futuro, o mostrando un comparativo de la pensión de vejez que puede recibir en un régimen u otro. Que pueda llegar a concluir que cumplió con los requisitos señalados en la jurisprudencia para hacer considerada como idónea la información suministrada a fin de realizar un traslado de régimen pensional. Bajo este entendimiento ante la eminente falta de información que se debió brindar al demandado al momento de su traslado; resulta procedente entonces declarar la nulidad de la afiliación resultando entonces aceptado el traslado de primera instancia".

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



Artículo 78 de la constitución política de Colombia. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Artículo 20 de la constitución política de Colombia. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

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

Artículo 48 de la constitución política de Colombia. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

Sobre el principio de eficiencia de la seguridad social, la corte constitucional en sentencia T-116 del 93 manifestó "la eficacia es un principio que tiene como destinatario a los propios organismos responsables de la prestación del servicio público de la seguridad social, el estado y los particulares. Ella es reiterada por el artículo 209 de la carta como principio rector de la gestión administrativa. Implica así mismo la realización del control de resultados del servicio.

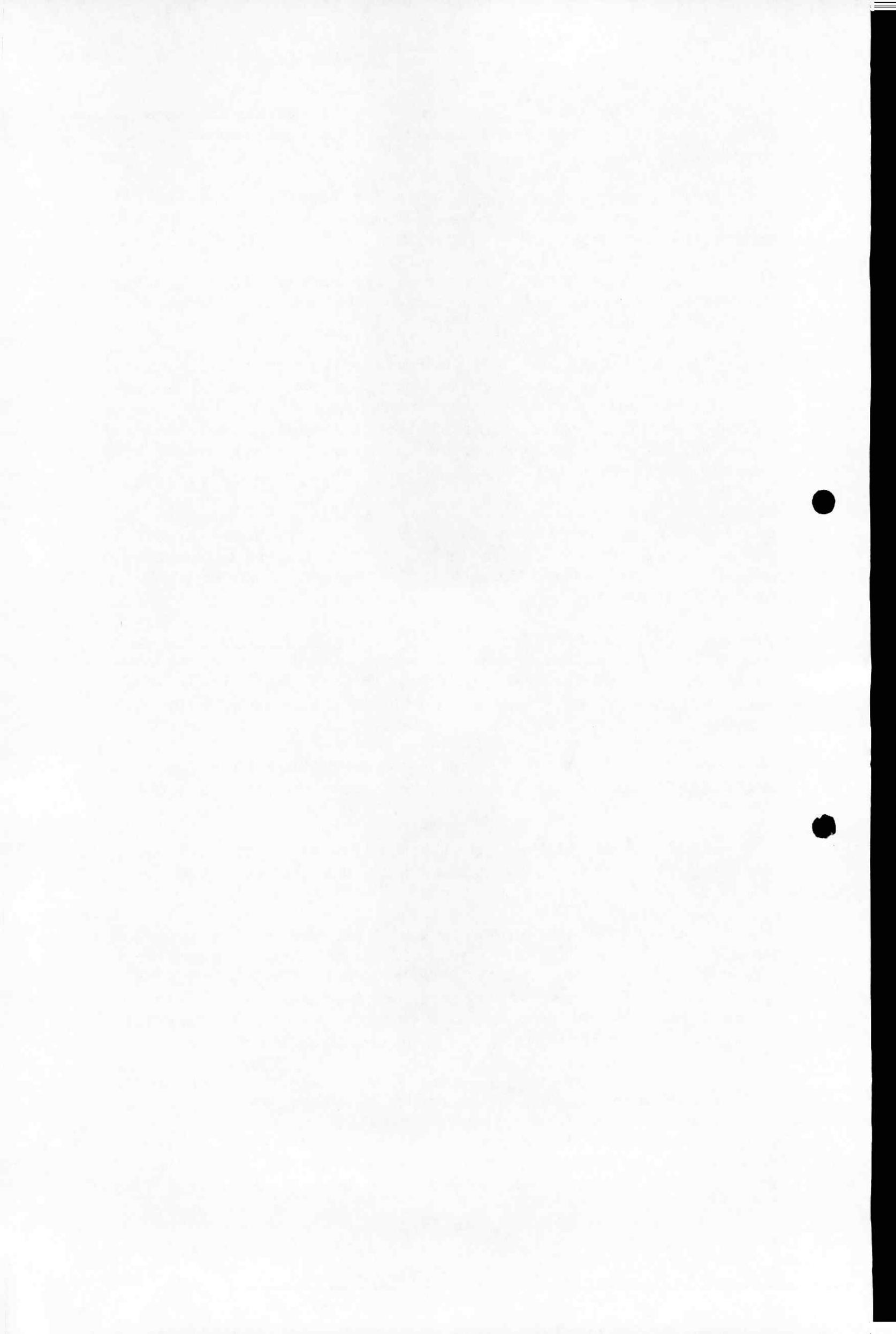
Como se mencionó para que la selección del régimen pensional sea libre y voluntaria, debe ser informada, lo que significa que previo al traslado el fondo de pensiones deberá garantizar que la persona ha expresado voluntariamente su intención de vincularse o trasladarse de régimen de pensiones después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

Por lo anterior, es que resulta de especial importancia que la "pre afiliación" está acompañada de una obligación laboral de asesoría y de educación al usuario que sea adecuada y en beneficio de sus intereses y sin carencia de la información.

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

Y es que lo que se está pretendiendo se proteja con la nulidad del traslado es el deseo del afiliado de pertenecer a uno u otro régimen el derecho a pensionarse con el régimen de pensiones que desee, ya que el deber del fondo de pensiones **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** fue el informar suficientemente a la demandante al momento del traslado, de las consecuencias, implicaciones, riesgos, ventajas y desventajas entre otras cosas relevantes del traslado de régimen. Así se refirió la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá sobre el particular.

En estas condiciones en realidad el deseo del afiliado es el que debe protegerse y asegurar que no sea víctima de este tipo de engaños o de informaciones no suficientes, así el Juez de primera instancia no se equivocó independientemente " el objetivo de la nulidad de traslado y si la actora conserva o no el régimen de la nulidad del traslado o si la actora conserva o no el régimen de transición o si se va a pensionar bajo ese régimen o con la ley 100 aquí discutimos es la nulidad de traslado originada de la omisión del deber de informar que la jurisprudencia ha señalado suficientemente para este despacho (sala laboral del Tribunal



superior de Bogotá, sentencia del 10 de septiembre del 2014, radicado No. 2014-51 MP Marleny rueda Olarte)

Ni tampoco podrá alegarse ni dejarse de considerar que al presente caso no se puedan aplicar las sentencias radicados Nos. 31989 de 2008, 31314 de 2008 y 33803 de 2011. Y 46292 de 2014. De la sala de casación laboral de la Corte Suprema de justicia por no tratarse estas en concreto de la pérdida del régimen de transición de artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues en este caso como el de las mencionadas sentencias, el demandante termina perdiendo con el traslado el régimen de transición, en ningún momento esta jurisprudencia está limitando la obligación de informar de los fondos de pensiones y el correlativo derecho de ser informado de los afiliados a solo los casos de las personas que se vieron afectadas perdiendo el régimen de transición al momento del traslado por la desinformación; pues sentencias como la del radicado No. 46292 de 2014 es clara en manifestar que hubo un traslado de régimen pensional no podrá ser eficaz si no puede predicarse de este la existencia de consentimiento libre y voluntario a este no estuvo por tratarse de un presupuesto de eficacia, inmerso de libertad informada.

Y no podrá ser otra la interpretación que deba dársele a la transcrita jurisprudencia pues cuando esta mención "... para este tipo de asuntos se repite tales acervos 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 los se proyecte..." está siendo alusión a que debe darse la debida información así que sea que el traslado sea de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad o lo contrario, lo que significa que en cualquier caso del traslado de régimen para que se eficaz debe darse el presupuesto de libertad informada y no solo cuando se trate de un traslado de régimen de prima media con prestación definida a régimen de ahorro individual con solidaridad único evento en que puede perderse el régimen de transición por el traslado de régimen, si no que por el contrario puede ser el régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida donde no habría lugar a poderse predicar la pérdida del régimen de transición; interpretándose así que no debe ser un requisito para poderse predicar que un traslado es eficaz por la omisión en la información, que el demandante se encuentre dentro del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y que hubiera perdido este derecho con el cambio de régimen.

En este sentido, se ha pronunciado la sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia proferidas dentro los procesos radicados Nos. 026-2014-51, 31-2014-779, 17-2014-1025, 017-2015-122, 04-2015-402, 031-2015-717, 037-2016-333, ente otras en casos en los que se pretendía la nulidad del traslado pensional de afiliados o demandantes que no eran beneficiarios del régimen de transición, declarando la nulidad de dichos traslados del régimen pensional al encontrar que al momento del traslado la AFP no brindo la información.

**LA OMISION AL DEBER DE INFORMAR TRAE COMO CONSECUENCIA LA NULIDAD DEL TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL Y ESTA A SU VEZ COMO CONSECUENCIA LA DEVOLUCION POR PARTE DEL FONDO PRIVADO, DE LOS VALORES RECIBIDOS CON SUS RENDIMIENTOS.**

Le ley 100 de 1993 en sus artículos 13 y 60, es clara cuando manifiesta que la decisión de traslado de régimen debe ser libre, voluntaria. Y la doctrina y la jurisprudencia han sido reiteradas cuando manifiesta que respecto de los actos jurídicos, la voluntad tanto en su formación como en su exteriorización debe ser consciente y libremente emitida. Lo que significa además que sea informada en este caso donde el hecho que la demandante no hubiera estado debidamente informado(a) de las consecuencias del traslado de régimen genera un vacío en el traslado y por tanto la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.



Es así como en casos de omisión de la información sobre el particular, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencias como las con radicado 31989 de 2008, 31314 de 2008 y 46292 de 2014, declaró la nulidad del traslado de los demandantes al régimen de ahorro individual.

Ahora bien, la declaración de nulidad trae como consecuencia el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida y deberá entonces el fondo **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos de intereses como lo describe el artículo 1749 del C.C esto es con los rendimientos que se hubieran causados

Así se refirió la sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia "la administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos o intereses como lo dispone el artículo 1749 del C.C. esto es con los rendimientos que se hubieren causado

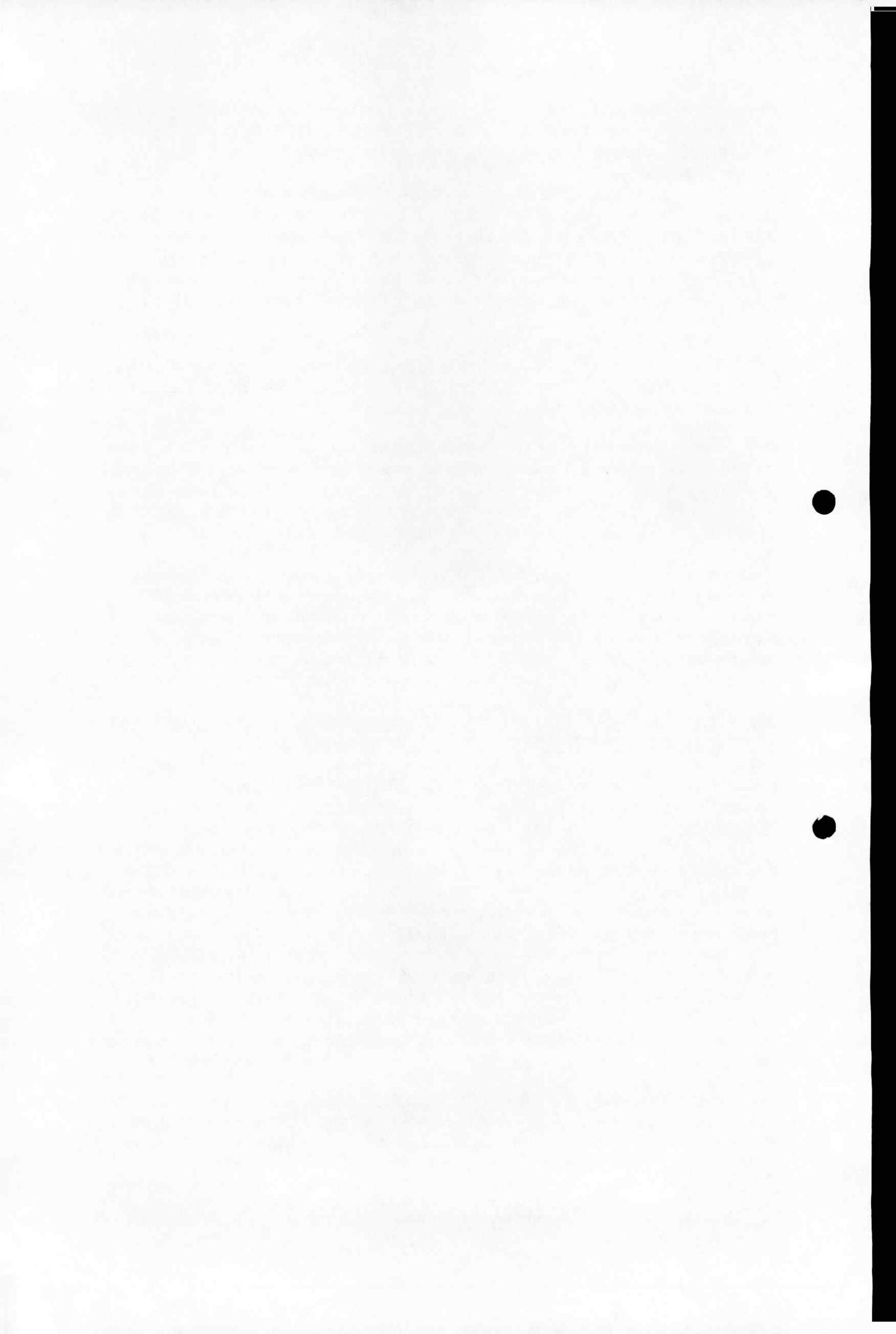
Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual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

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

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

*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. Ellas son fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientados no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento sino a satisfacer el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida. 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. El engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional. Se declara la nulidad de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual y su regreso automático al régimen de prima media. La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.*

De conformidad con el artículo 97 de la ley 100 de 1993. Los fondos de pensiones constituyen patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, independientes del de la administradora, por lo que se les deben aplicar las normas y principios que regulan los encargos fiduciarios propios de la legislación comercial tales como los artículos 1232 y 1243 del código de comercio y del decreto 1049 de 2006. Por ello los fondos de pensiones, al administrar tales patrimonio autónomos constituidos por los ingresos de las cuentas de ahorro



45

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

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

Sobre la materia, en el auto del 28 de agosto de 1997, el tribunal de arbitramento al resolver las diferencias surgidas entre Leasing Mundial S.A. y fiduciaria Fes S.A. FIDUFES, determino:

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

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

Se trata de una persona con idoneidad particular de un técnico privado frente a la masa de consumidores profanos en su materia. El profesional por tanto ha de tener la capacidad de dominar los riesgos de las cosas que maneja y de evitar o prevenir los daños que su actividad usualmente conlleva (philippe le tourneau, Loc Carther d'roc de la responsabilite 1996 pagina 456 y ss)

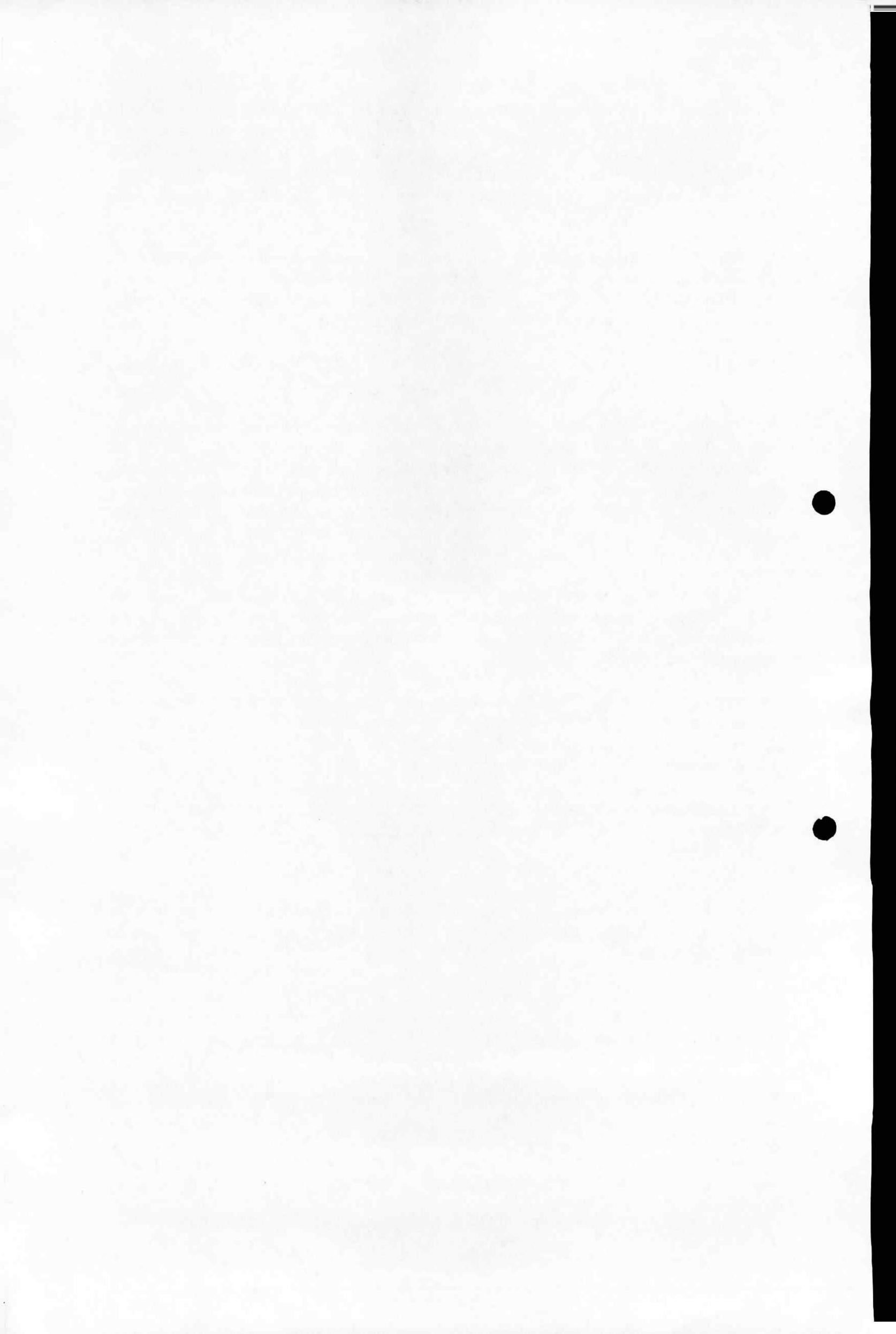
"La obligación de información quizás es la más importante y quizás debe ser más acentuada cuando el cliente es profano y se entiende incorporado a los contratos a un sí la ley no lo ha establecido"

(Jacques Ghestin el Bernard Deschê, traite des contrats la Vente 1990, pag, 867 y ss)

"Ahora bien la información que se suministre a de ser inteligente para su destinatario, así mismo, debe ser exacta, pertinente y adaptada a la situación de que se trate" (M Fabri-Magnan. De la obligación en los contratos 1992 No. 431)

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

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



46

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

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

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

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

La sala de casación de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia expediente No 31989 del 9 de septiembre de 2008, sobre la obligación de información de los fondos de pensiones así se pronunció:

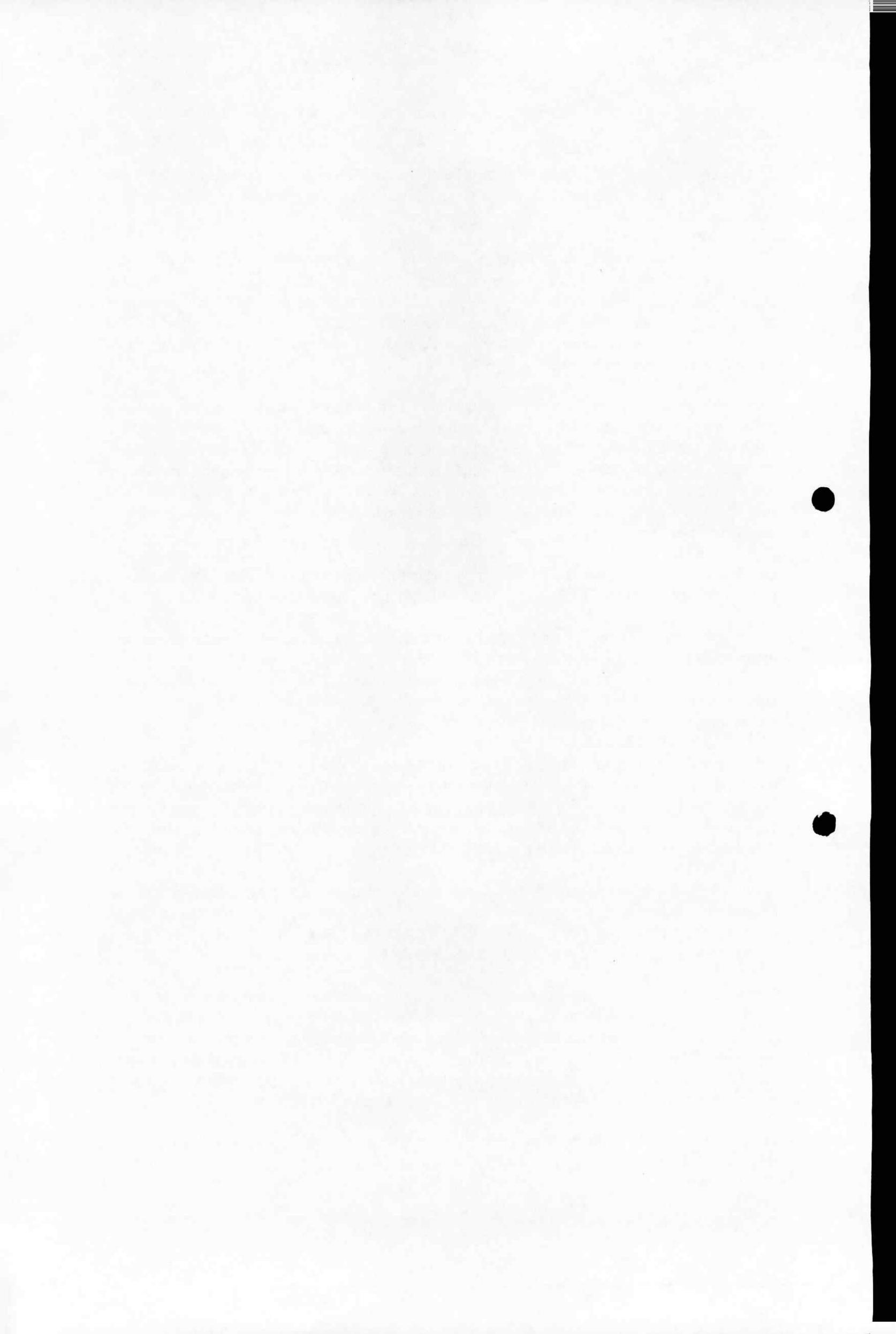
"...Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, -desarrollado por los artículos 90 y s.s. de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

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

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

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

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



47

quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

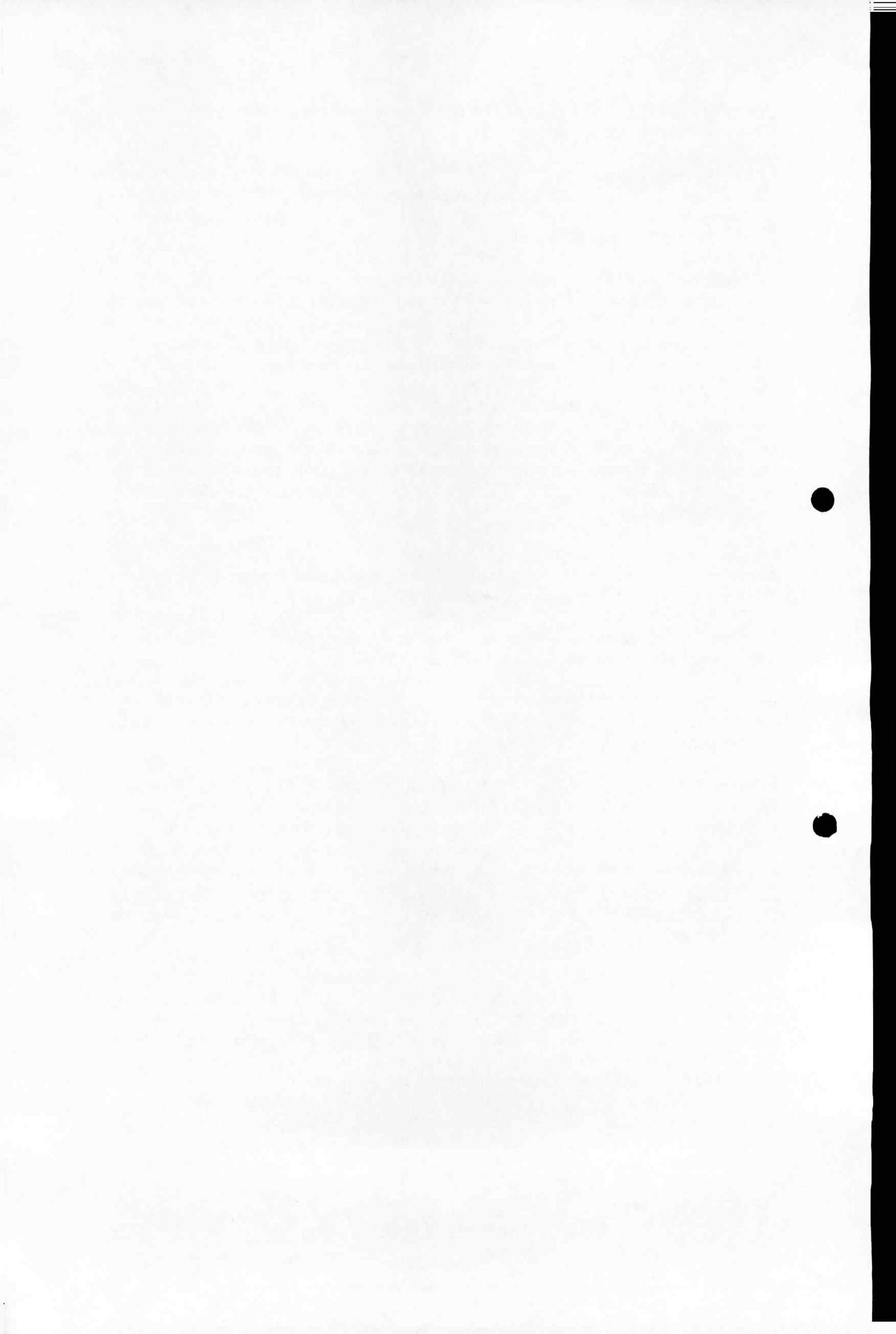
La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

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

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de



decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

Lo anterior, ha sido reiterado por la misma corporación en sentencias con radicado No. 31314 de 2008, 33803 de 2011, y 46292 de 2014.

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

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

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

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

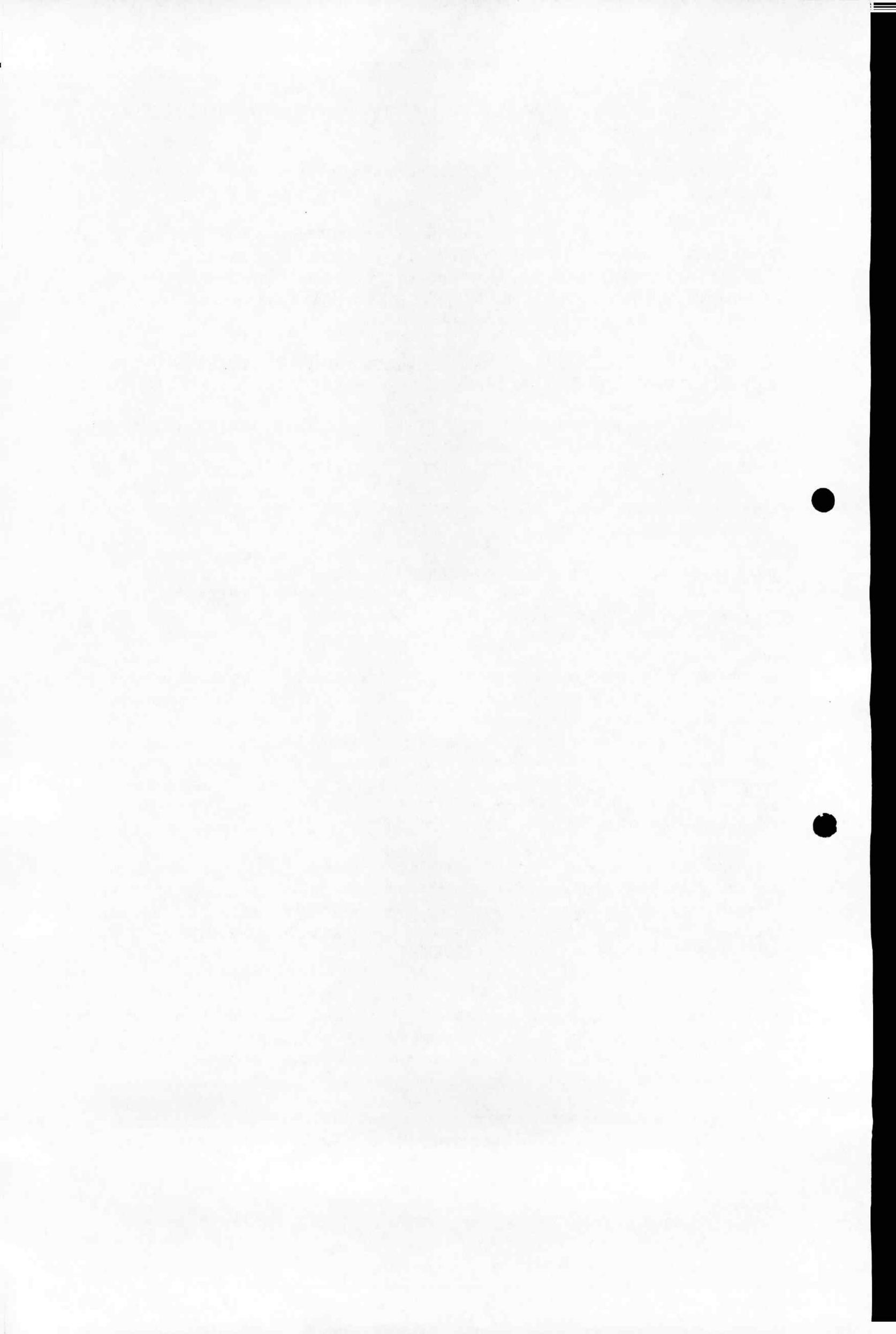
Ahora, los diferentes estatutos de protección del consumidor decreto ley 3466 de 1982 y ley 1480 de 2011 introdujeron el derecho de los consumidores a recibir información adecuada y completa, transparente, verificable, suficiente y en forma responsable, con información en un lenguaje claro, conciso, comprensible sobre los productos o servicios que se ofrezcan.

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

Por su parte, el Estatuto orgánico del sistema financiero, dispone igualmente la obligación de estos fondos como sociedades de servicios financieros que se rigen por este Estatuto, la de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, obligación que no fue cumplida por el fondo de pensiones **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Artículo 97 del Estatuto orgánico del sistema financiero "INFORMACION 1 información a los usuarios, las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realiza, de suerte que les permitan, a través de elementos de servicios claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.

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



La norma aplicable para el momento del traslado que antes de la modificación sufrida por el art. 23 de la ley 795 de 2003, preceptuaba:

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

**LA FIRMA DEL (A) DEMANDANTE EN EL FORMULARIO DE LA AFILIACIÓN O VINCULACIÓN NO SIGNIFICA O NO PRUEBA QUE SE LE HUBIERA BRINDADO AL MOMENTO DEL TRASLADO LA INFORMACIÓN NECESARIA**

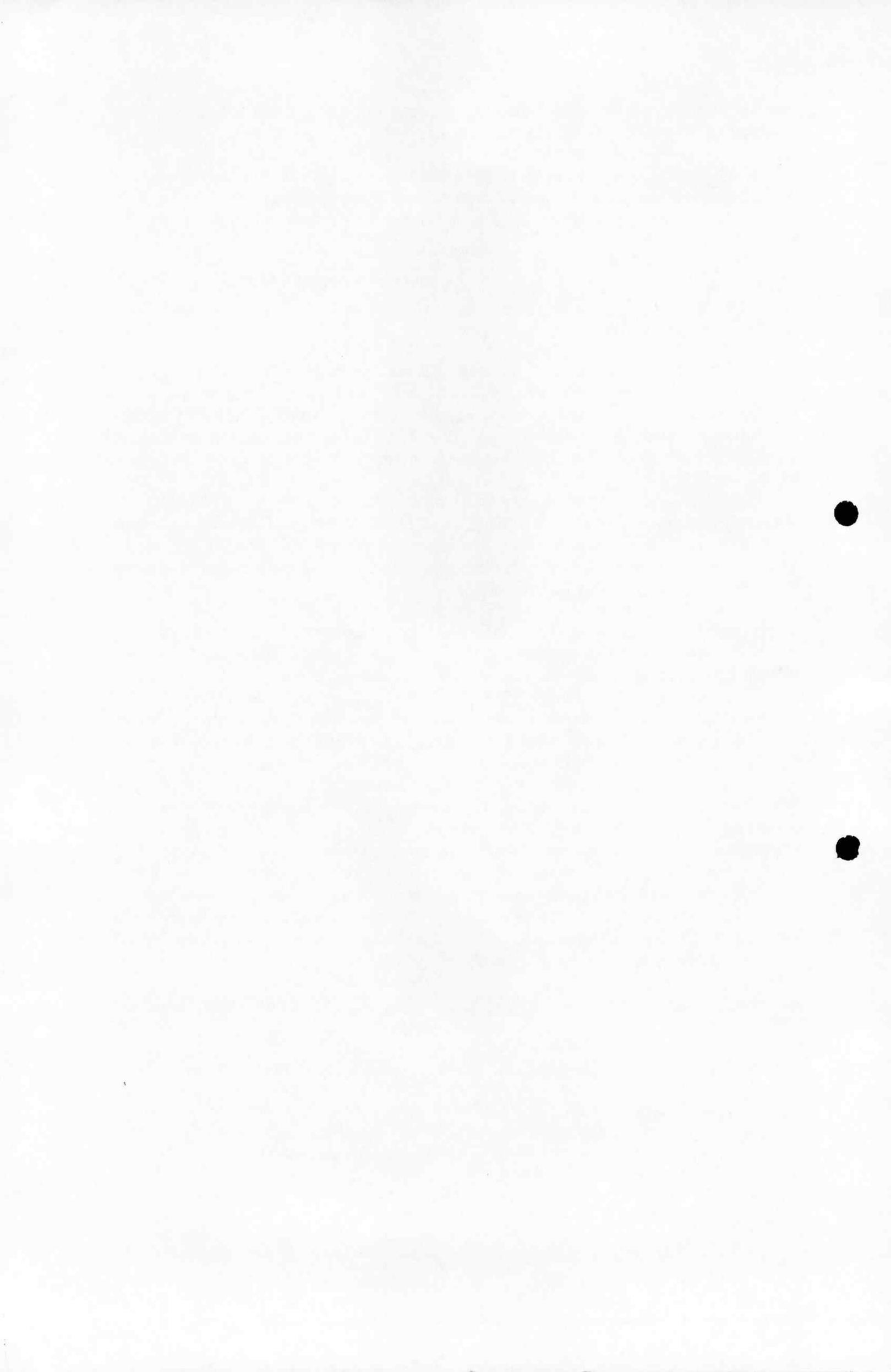
Ahora, el hecho de que, de llegar a existir un formulario de afiliación donde pudiera aparecer la firma del afiliado o vinculado como señal de haberse realizado la vinculación de manera voluntaria, no dará lugar para que pueda pensarse que la información por parte del fondo de pensiones **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, si se le dio a la demandante, así lo sostuvo la sala de Casación Laboral en la mencionada sentencia con radicado No. 31989 de 2008:

"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 es lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña".

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

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

Por otro, al hecho de que en un formulario de afiliación, de llegar a existir, se acepten contenidos median expresiones genéricas, tales como el hecho de haber sido asesorado sobre los aspectos del régimen de ahorro individual, o de las implicaciones de su decisión, no resultara suficiente para acreditar que en la realidades brindo la debida asesoria, pues en materia laboral y de seguridad social existe un principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacia de la realidad, sobre lo meramente escritural o formal, que hace que no le baste a los fondos de pensiones ampararse exclusivamente en ese tipo de formularios de afiliación y manifestaciones, pues en verdad deberán demostrar que la asesoria se brindó con la absoluta rigurosidad que se les exige.



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

"A juicio de esta sala no podría eruirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener sobre 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 fondo de pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito".

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

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

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

En Colombia, no hay definición legal de cláusula abusiva pero la sala casación civil de la Corte suprema de Justicia, en una sentencia del 2 de febrero del 2001, considero que la cláusula abusiva es aquella "favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente". Esta sentencia señalo que las características arquetípicas de las misma son "... a.) Que su negociación no haya sido individual; b.) Que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial – vale decir que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad- y c.) Que genere un desequilibrio significado de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes."

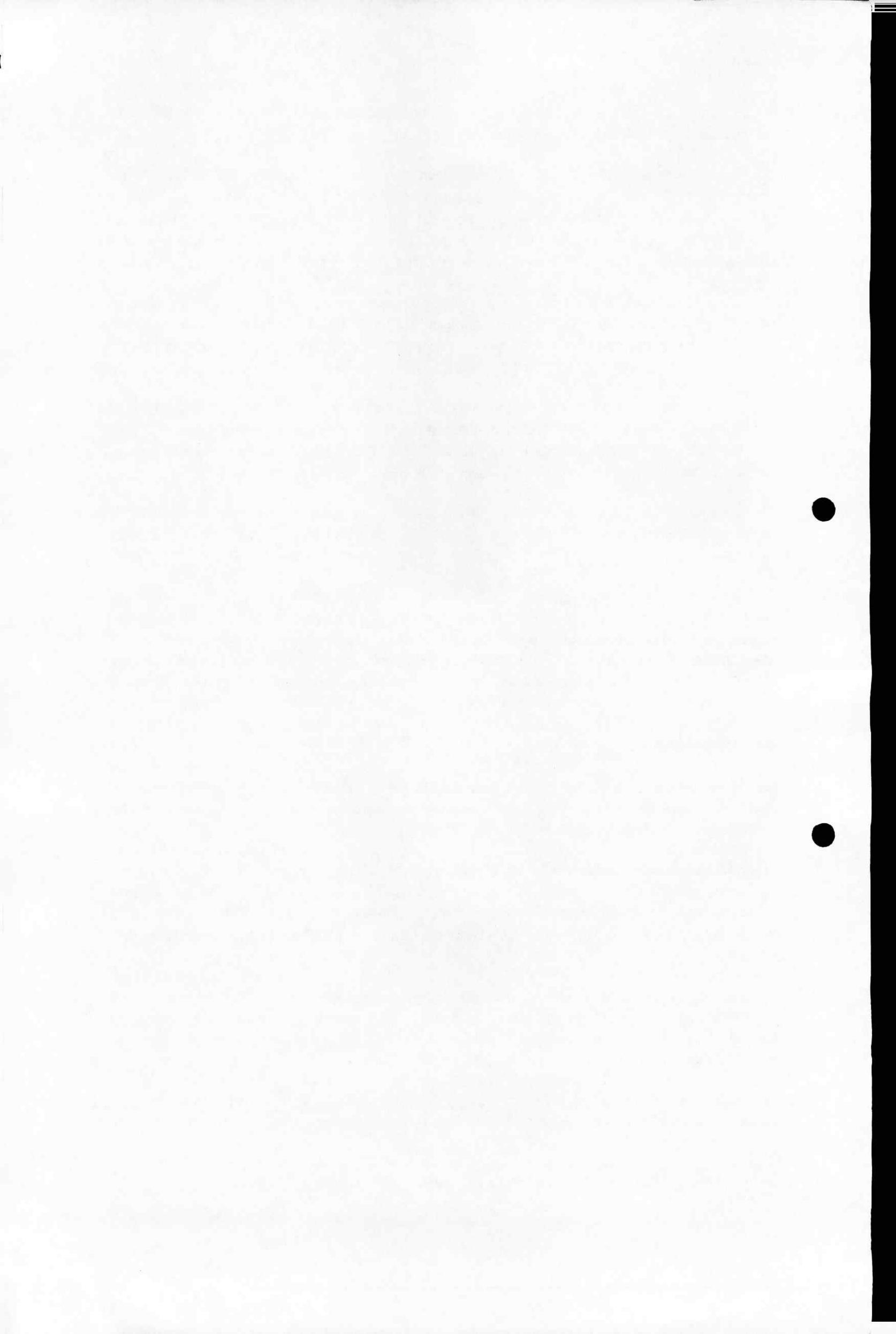
Doctrinariamente se ha dicho que cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe, causan el detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales (Ernesto Rengifo 2004, pag. 197).

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

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

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

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



Art. 11. "prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

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

Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivadas del contrato, o exonere, atenué o limite la responsabilidad de dichas entidades y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero".

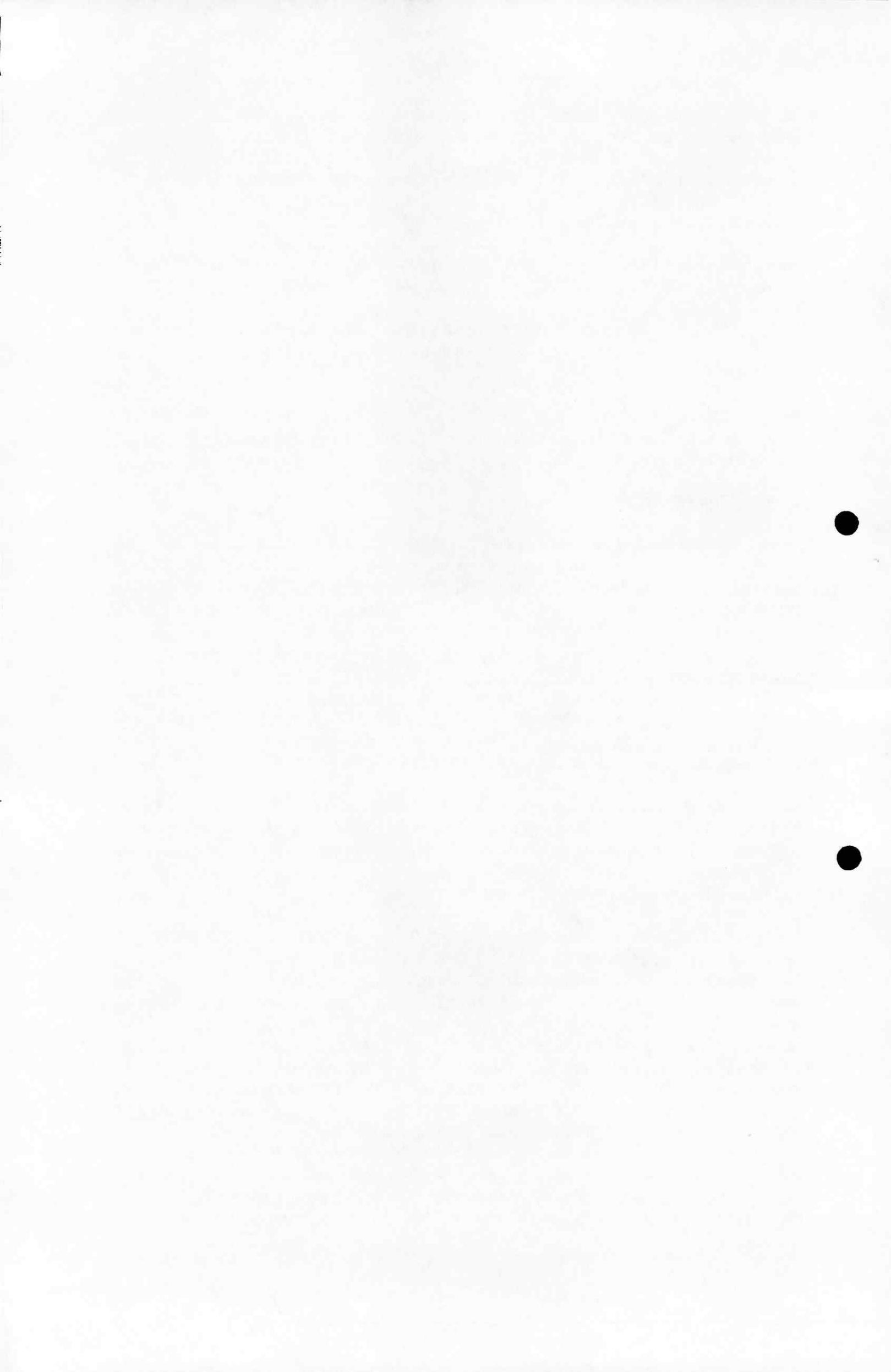
Es de precisar que una de las formas de control de las cláusulas abusivas es a través de la intervención judicial, así de encontrar un juez, una cláusula que tenga el carácter de abusiva, podrá descartar su aplicación en un caso determinado decretando su inexistencia.

### CARGA DE LA PRUEBA

De conformidad con los lineamientos Jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos como el que se pretende en esta demanda, la carga de la prueba se encuentra a cargo del fondo de pensiones demandado **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** Es decir, será a este fondo privado al cual se trasladó la demandante a quien le corresponderá demostrar que le brindó al momento del traslado de manera completa, transparente, clara veraz, oportuna adecuada, suficiente y cierta, toda la información respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones las condiciones económicas que obtendría en el Régimen de ahorro individual con Solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este Régimen en los riesgos y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debe tener en cuenta el momento de tomar trascendente decisión de cambiarse de régimen de pensiones (sentencia con radicados No. 31989 de 2.008. 31314 de 2.008. 33803 de 2.011 y 48292 del 01 de septiembre de 2.014).

Así se refirió la sala de Casación Laborar de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 31989 de 2.008. "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".

Al igual que la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá "Es que una decisión tan importante como es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época del retiro de la vida laboral solo será realmente autónoma y consiente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro pero que también conozca los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría la prima media, lo cual contrario a lo señalado por la juez si es verificable, deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondo de pensiones a la cual se trasladó el trabajador. Pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informo de manera clara las implicaciones del cambio de régimen se genera un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se pueda proyectar, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizan las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos que gana y que pierde con el traslado de un régimen a otro. Además de la declaración de aceptación a esta situación. Nada de lo anterior demostró a Administradora de Fondo **SOCIEDAD**



**ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** las entidades no aclararon en que consistió esta información y si adicionalmente a esa exposición le suministro al actor un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión el cual es posible efectuar actuariando el mismo ingreso base de cotización o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorros individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban años para alcanzar la edad de pensión....." (Sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con radicado 2013-804 de 10 de noviembre de 2.015. de Oswaldo Fajardo Castillo contra Colpensiones, Protección y Colpensiones, MP. Luis Carlos González).

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

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

Así las cosas, será el fondo privado **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** quienes tendrán la carga de demostrar haberle brindado a la demandante la suficiente información sobre las implicaciones del cambio del régimen pensional.

Sobre todo, lo último dicho, así se pronunció la sala laboral de tribunal superior de Bogotá, en un caso similar:

"...la carga de la prueba está en cabeza de las personas demandadas así las cosas para esta sala es claro que la juez de primera instancia no se equivocó en señalar que era a la administradora quien debía acreditar las circunstancia que rodearon el traslado. También para la sala se hace necesario recordar que acuerde con la jurisprudencia la carga de la prueba se invierte, y debemos insistir en eso, en favor del afiliado, quien no es un experto en la materia... porque no más que se tenga experiencia profesional y se tengan conocimientos científicos, esos no importa para el asunto a resolver, quien debe informar es el que se supone que conoce del tema, tener una profesión no significa que se conozcan todas las materias en otros campos como en este que le corresponde a las administradoras, en estas condiciones en realidad el deseo del afiliado es el que debe proteger que no sea víctima de este tipo de engaños...o de informaciones no suficientes que la juez de primera instancia no se equivocó, independientemente(...) del objetivo de la nulidad del traslado. Y si la actora conserva o no el régimen de transición, o si se va a pensionar entonces con ese régimen o con la ley 100. Aquí discutimos es la Nulidad de traslado originada por esa omisión del deber de informar que la jurisprudencia ha señalado suficientemente para declararla "(Sala laboral tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 10 de septiembre de 2.015, dentro del proceso con radicado No. 2014-51 MP Marleny Rueda Olarte).

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

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



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

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

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

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

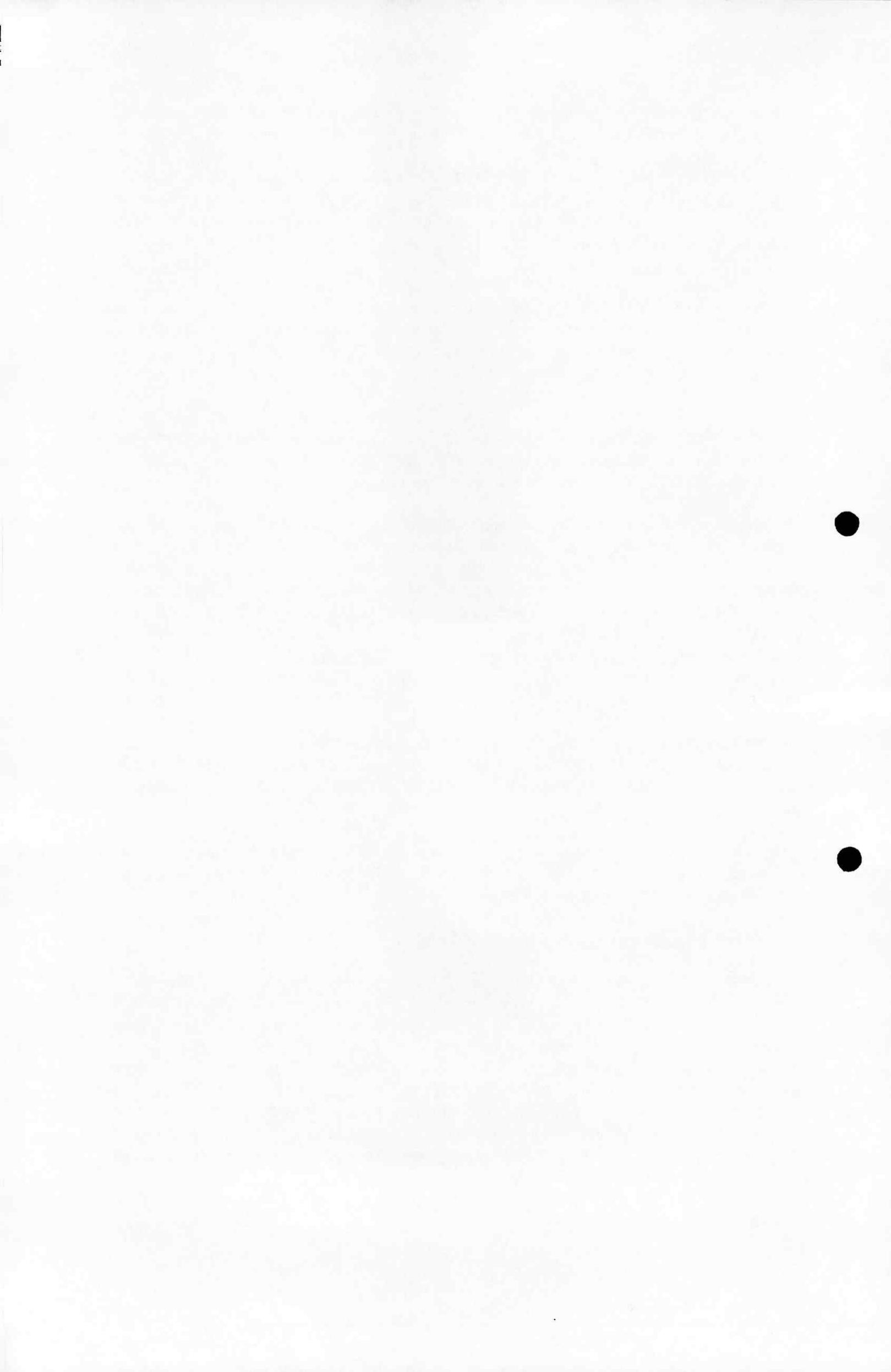
Es así, como la Corte Constitucional ha precisado que La seguridad social debe considerarse " ( un derecho imprescriptible, en atención a los mandatos constitucionales que expresamente disponen que dicho derecho es irrenunciable (art. 48 C.P.) y que a su vez obliga a su pago oportuno (art. 53 C.P). Para la corte la naturaleza no extintiva de dicho derecho constituye un pleno desarrollo de los principios y deberes constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad y, además, propende por la protección y seguridad social a las personas de la tercera edad, con la finalidad de asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida dignas)" (sentencia C-624 de 2003, MP Rodrigo Escobar Gil. Sentencia 230 de 1998, MP Hernando Herrera Vergara, Sentencia T-746 de 2.004 MP Manuel José Espinosa.

Por todo lo anterior, es que se deberá declarar la nulidad de traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con la Prestación definida del demandante(a), efectuada el **1 DE ENERO DE 1995, al fondo SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

No acceder a lo solicitado desconocería la garantía irrenunciable a la seguridad social y el principio de libre escogencia del régimen pensional establecidos en los artículos 48 y 53 de la Constitución tienen estrecha relación también con el mínimo vital de su titular.

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

En virtud de lo dispuesto en los literales b) y e) del Artículo 13 de la ley 100 de 1993 y 272 de la misma normativa, y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no podrá predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de un afiliado al Sistema de Pensiones, si este no estuvo por tratarse de un presupuesto de eficacia, ajustado a los principios que gobierna el estatuto de Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará a su vez sujeta al comprobación de que existió "libertad informada", es decir una información documentada procedente de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales tales como el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes pensionales se proyecte la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión, es decir que existió un decisión informada.



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

...

b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado. 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 1° del artículo 271 de la presente ley.

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

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

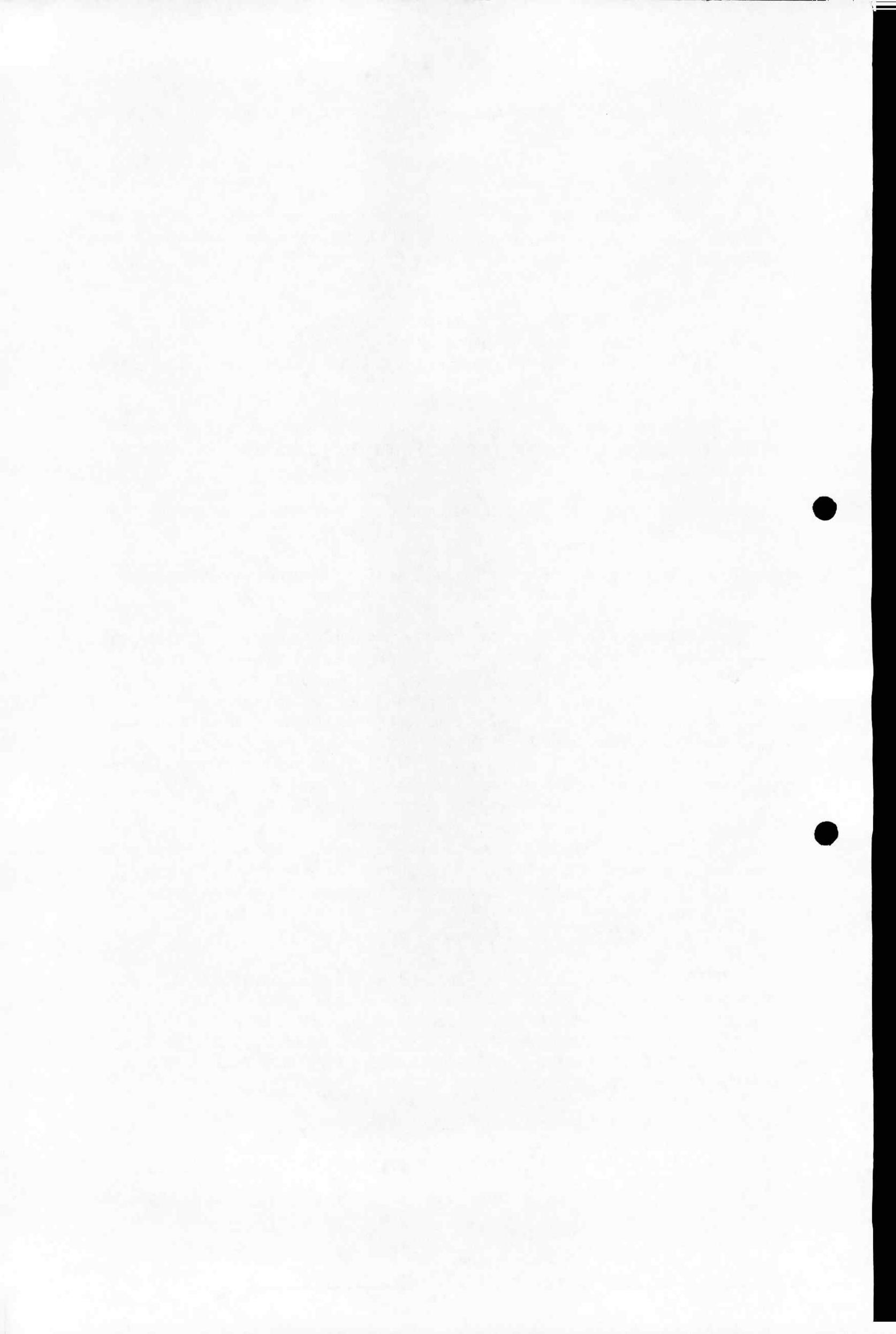
En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la constitución Política Tendrán plena validez y eficacia".

En este sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en sentencia con radicado No. 46292 del 3 de septiembre de 2014 MP. Elsy del pilar Cuello Calderón.

En efecto, es el propio estatuto de la segura social que el que conceptual 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 rijan bajo el respeto del ("que decida escoger los afiliados"), lo que exhibe que el legislador, si bien permitió que nuevos entes económicos incursionaran en la administración del sistema pensional, no descuido que se respetaran las prerrogativas de los afiliados, menos si se tiene en cuenta, se insiste que regularía derechos constitucionalmente protegidos como la pensión. Bajo el entendido 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 1 ley 100 del 1993) y que la elección tanto del régimen 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 consiente; ello es objetivamente verificable en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgo de traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen a 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 puede 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 y las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito( subrayado y negrilla fuera de texto).

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



Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense al régimen 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 aporte 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 contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable (subrayado y negrilla fuera de texto).

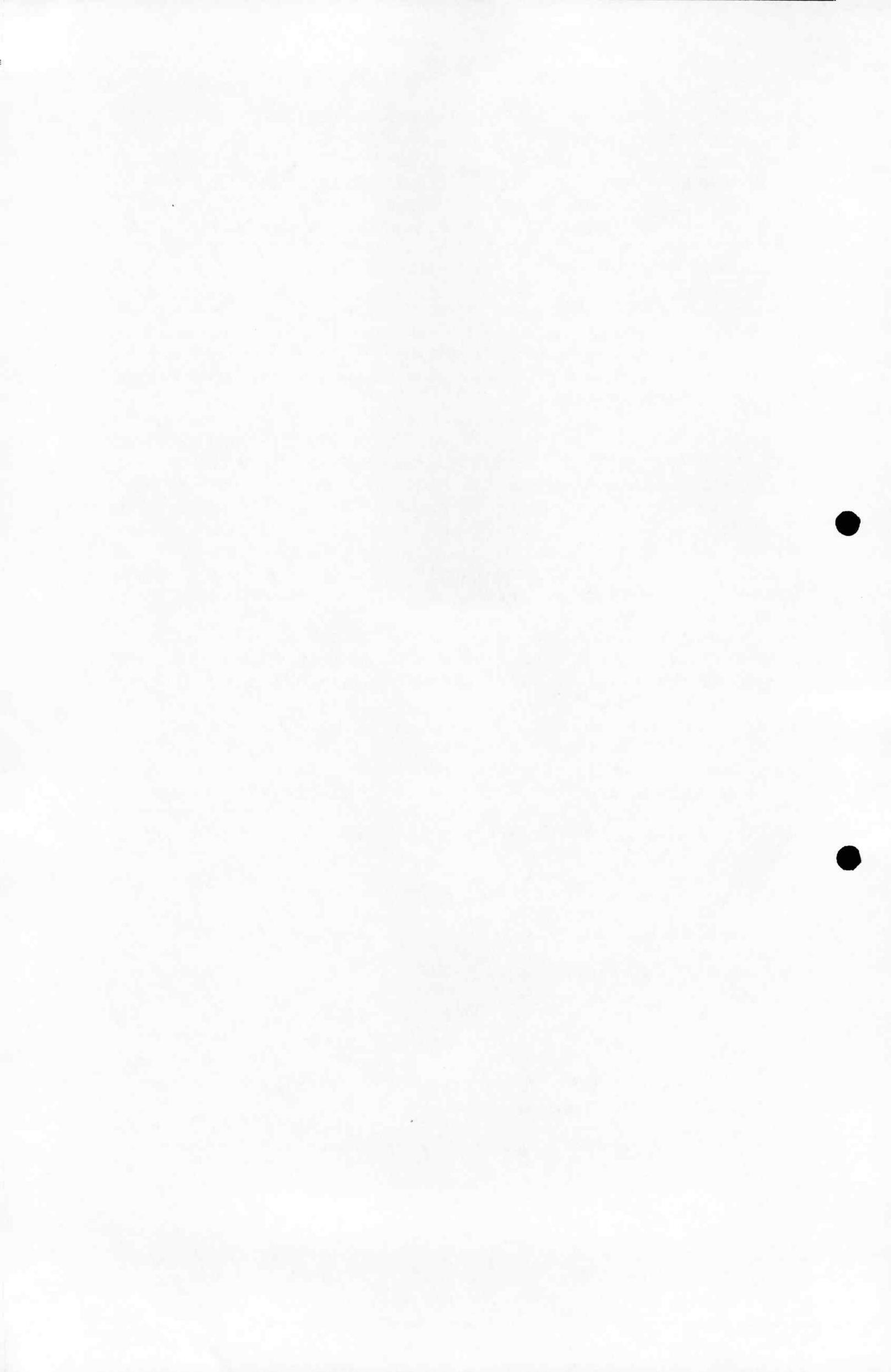
El juez no puede pasar inadvertida falencia informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales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

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

Así las cosas, resultará imperativo para el juez, verificar si el traslado de régimen, se realizó bajo los parámetros de libertad informada, es decir que la decisión de traslado de régimen pensional estuvo acompañada por parte del fondo de pensiones **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** de información precisa, oportuna, suficiente que delimite los alcances positivos y negativos en su adopción, que la decisión estuvo precedida de una comprensión suficiente: y como quiera que el caso del demandado (a) esta libertad Informada no operó, le asistirá a su señoría, declarar la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual. Y no podrá decirse, de conformidad con la citada jurisprudencia que la expresión genérica en un formulario de vinculación de haberse trasladado de manera libre y voluntaria, de existir, sea suficiente para demostrar esa decisión o libertad informada, pues deberá el fondo de pensiones **AFP PORVENIR S.A.** demostrar que si brindaron la información sobre las dimensiones legales del traslado.

#### PRUEBAS

1. Copia cédula de ciudadanía de la demandante
2. Certificado existencia y representación legal AFP PORVENIR S.A.
3. Certificado matrícula agencia AFP PORVENIR
4. Copia historia laboral expedida por la AFP PORVENIR S.A.
5. Copia de respuesta COLPENSIONES negando solicitud de traslado de régimen pensional, con Radicado 2019-11363180 del 23 de agosto de 2019.
6. Copia de simulación pensional – liquidación pensional que obtendría en el régimen de ahorro individual



7. Copia de proyección pensional en donde se especifica la cuantía de la pensión en el **régimen de prima media con prestación definida** expedida por la dirección de atención integral de clientes de la AFP PORVENIR S.A
8. Certificado laboral expedido por el Banco de Bogotá Nit. 860002964

### ANEXOS

Además de las pruebas:

1. Poder para actuar debidamente otorgado
2. Copia de la demanda para el traslado y archivo
3. Documentos relacionados en el acápite de pruebas
4. Certificado de cámara de comercio de existencia y representación legal de la AFP PORVENIR S.A
5. CD copia de la demanda

### CUANTÍA Y COMPETENCIA

Es usted competente señor Juez laboral del Circuito de la ciudad de Cali, Valle, para conocer del presente proceso por la naturaleza del asunto, el domicilio del demandante, de acuerdo a los artículos 2 y 5 de C.P del T y de la seguridad social, y por tratarse de un asunto sin cuantía de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del CP del T y de la SS.

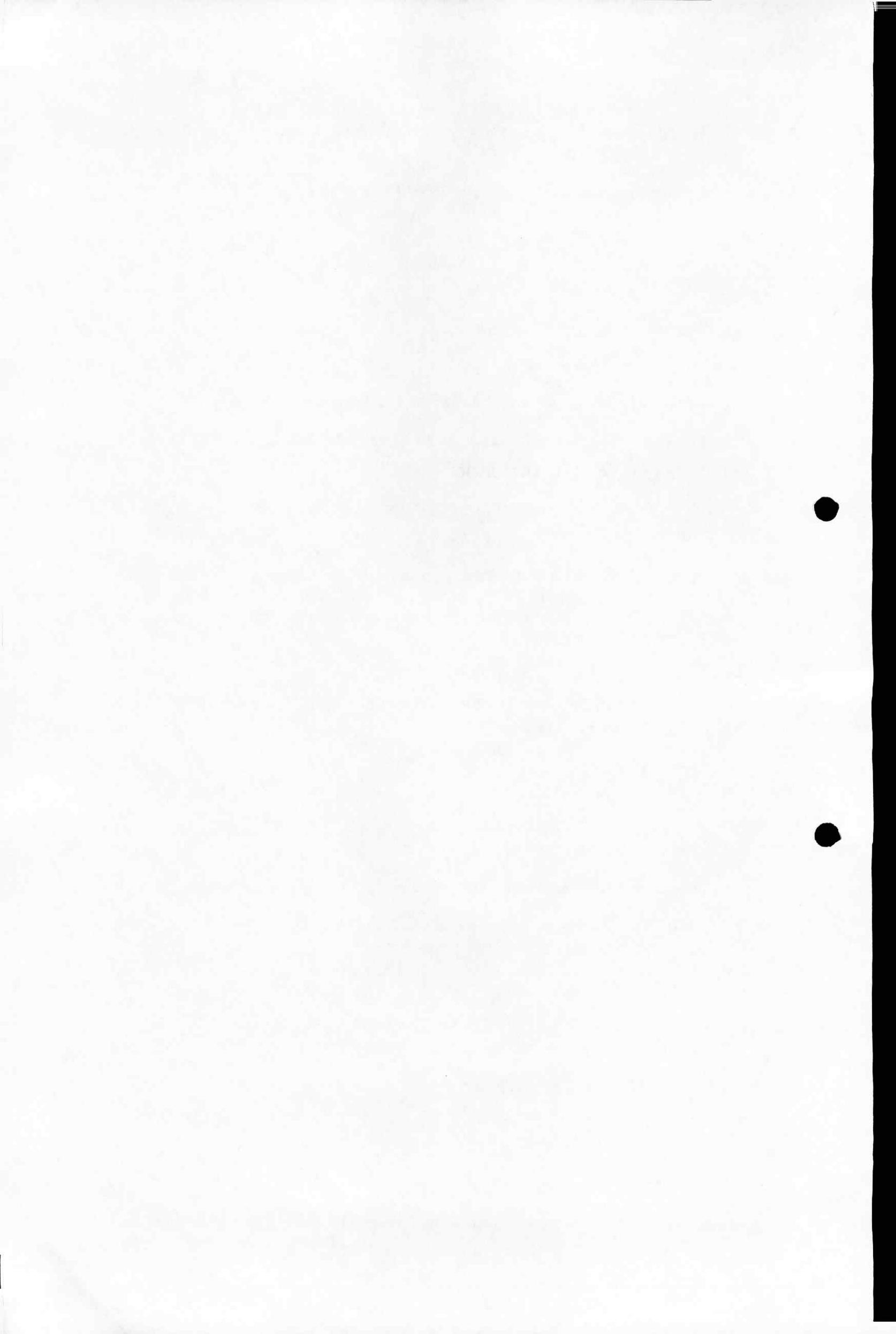
### PROCEDIMIENTO

El previsto para el **PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** de los artículos 74 al 81 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social.

### NOTIFICACIONES

- A mí en la Cra 1d2 #47-58 de la ciudad de Cali. Correo electrónico: [juand.gomez31@gmail.com](mailto:juand.gomez31@gmail.com). Cel: 3057671964
- La demandante en Calle 2 sur -9-14 Bugalagrande Valle.
- A la AFP PORVENIR S.A en Tuluá Valle del Cauca en la Calle 27 N.º 26-60 local 309 centro comercial; en Santiago de Cali en la Calle 21 norte N.º6n-14
- E-mail: [notificacionesjudiciales@porvenir.com.co](mailto:notificacionesjudiciales@porvenir.com.co)
- A COLPENSIONES en Tuluá Valle del Cauca la Carrera 31 No. 26 - 36 Locales 112 - 113 - 114 - 115 Centro Empresarial Madeira Plaza
- E-mail: [notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co)

Muchas gracias señor juez, atentamente





Juan D. Gomez Pedroza

C.C. 1144.169.928

T.P. 19870

