

Señores (as)
JUZGADO LABORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ (reparto)
E. S. D.

PROCESO: DEMANDA ORDINARIA LABORAL DE DOBLE INSTANCIA
DEMANDANTE: OSCAR ARMANDO HUERTAS MESA C.C. 19 297 064
DEMANDADO: A.F.P. COLFONDOS
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

JOHANN ARLEYSON ZÚÑIGA SÁNCHEZ, persona mayor de edad, domiciliado y residente en Quibdó, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando en calidad de apoderado judicial de El señor **OSCAR ARMANDO HUERTAS MESA** también mayor de edad, domiciliada y residente en la ciudad de Quibdó, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 19.297.064, según poder especial a mi conferido para actuar que se anexa, formulo demanda laboral ordinaria de Doble Instancia, contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS**, representado legalmente por el quien haga sus veces para el momento de la notificación de la demanda, y de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, representada legalmente por su Presidente el Doctor **MAURICIO OLIVERA GONZALEZ** o quien haga sus veces para el momento de la notificación de la demanda, de acuerdo con lo siguiente:

HECHOS

PRIMERO: El señor **OSCAR ARMANDO HUERTAS MESA**, nació el día 1 de febrero de 1955.

SEGUNDO: El señor **OSCAR ARMANDO HUERTAS MESA**, durante su vida laboral ha estado en el sector público, estuvo afiliado en pensiones, a la **SEGURO SOCIAL HOY COLPENSIONES**, posteriormente asumida por el Instituto de Seguros Sociales.

TERCERO: El **OSCAR ARMANDO HUERTAS MESA**, durante su vida laboral, estuvo afiliado en pensiones, inicialmente a **SEGURO SOCIAL HOY COLPENSIONES**, luego se trasladó a COLFONDOS, fondo en el cual se encuentra actualmente.

CUARTO: El asegurado manifiesta que los asesores del Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos, no le brindo la información debida, acerca de los beneficios y /o graves consecuencias del traslado.

QUINTO: El Fondo de COLFONDOS, en ningún momento le suministró información adicional a mi representado, consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener una pensión anticipada; esto es, se indujo en error al actor, a efectos de producir su traslado al RAIS y por otro lado el fondo accionado no le suministro la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado estos fondos.

SÉPTIMO: Los asesores o promotores del FONDO PRIVADO, incumplieron el deber de diligencia que le impone su responsabilidad profesional, que a la postre indujo al error o engaño al actor a efectos de producirse su traslado al RAIS, desconociendo que "La pensión en general es un bien meritorio, un derecho adquirido y no un bien de mercado.

OCTAVO: La falta de una libertad informada, el traslado del demandante del régimen de prima media, al régimen de ahorro individual, es ineficaz, porque fue mediante información no veraz, incompleta y completamente desfavorable a sus intereses que tomó tal determinación, motivo por el cual se debe declarar la ineficacia o nulidad del traslado.

NOVENO: El asegurado tiene derecho a regresar al régimen de prima media con prestación definida, que hoy maneja la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

DÉCIMO: Mediante comunicación radicada en COLPENSIONES El asegurado solicitó la autorización de traslado en pensiones, hacía la Administradora Colombiana de Pensiones, con respuesta negativa.

UNDÉCIMO: El señor **HUERTAS MESA**, me otorgo poder para realizar la presente demanda.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos que preceden solicito que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Que se **DECLARE** la Ineficacia del traslado en pensiones realizado por El señor **OSCAR ARMANDO HUERTAS MESA**, de la **SEGURO SOCIAL HOY COLPENSIONES** hacía el **Fondo de PPENSIONES COLFONDOS**

SEGUNDA: Que se declare que la señora **OSCAR ARMANDO HUERTAS MESA**, siempre ha estado válidamente afiliada en pensiones, al régimen de prima media con prestación definida, que antes manejaba el **SEGURO SOCIAL HOY COLPENSIONES**, hoy COLPENSIONES.

Que como consecuencia de las declaratorias anteriores, se condene a reconocer y pagar lo siguiente así:

TERCERA. Que se condene al Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., a trasladar los aportes en pensiones, realizados por la asegurada, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales la asegurado, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTA. Que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a validar los aportes en pensiones, trasladados por el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. y a incorporarlos a la historia laboral de la asegurada.

QUINTA. Que dado a que se condene en costas y agencias en derecho del proceso, a la entidad demandada.

SEXTA. Que se dé aplicación de los principios extra y ultra petitas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Mi demanda se fundamenta: Constitución Nacional. Artículos 48, 49, 53, 58, 335.

Legales: Decreto 950 de 1973, artículo Ley 100 de 1.993 artículo 36, 50, 141, Decreto 758 de 1990, artículos 12, 13, 20, Decreto 7326 de 1996, artículo 46, y las demás normas legales que las complementen o adicionen.

AFILIACIÓN: De acuerdo con lo señalado por los literales a, c y d del artículo 13 de la ley 100 de 1993, implica el deber de efectuar cotizaciones y como consecuencia de lo anterior, el derecho a las prestaciones que otorga el sistema general de SS en pensiones; es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado, y de la realización de cotizaciones. (ART. 13 Dto. 692 del 94)

La afiliación al Sistema General de Pensiones, es un **ACTO JURÍDICO** que implica la **VINCULACIÓN** al sistema a través de una AFP y conlleva la selección de régimen.

El Artículo 12 de la ley 100 de 1993, consagra un sistema pensional mixto, en que **coexisten en forma excluyente** los Regímenes de PM, y RAIS.

El artículo 2º de la 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, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (EXEQUIBLE sent. C 1024 /04)

EL ACTO JURÍDICO DE LA VINCULACIÓN

Hay que partir de la base del concepto de SISTEMA JURÍDICO DE S.S., que para el profesor SANTIAGO PEREZ DEL CASTILLO alude al conjunto de múltiples Relaciones Jurídicas, conectadas entre sí y ordenadas por un determinado objetivo; La protección de necesidades sociales.

Para Giorgio Del Vecchio, la Relación Jurídica es el vínculo entre varias personas en mérito del cual una de ellas puede pretender algo al que otra está obligada.

Para Federico De Castro en un concepto más amplio es "Una situación jurídica en que se encuentran respectivamente varias personas,

organizadas unitariamente dentro de un orden jurídico por un especial principio jurídico”.

Una Relación Jurídica no se puede confundir con un Negocio Jurídico, pues aquella no es necesariamente sinalagmática, siendo éste es la especie dentro de un género.

Una Relación Jurídica tiene:

SUJETOS: Vinculados de manera activa y pasiva.

OBJETO: sobre el que versa la Relación, ya sea material o social en este caso.

CONTENIDO: Masa de poderes, facultades, deberes Etc. Que encierra la Relación.

CONCLUSIÓN: Es decir que el Sistema de Seguridad Social NO TIENE UN SIMPLE CARÁCTER CONTRACTUAL DEBIDO A SU CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL COMO FUNCIÓN ESTATAL Y DE NATURALEZA PUBLICA, EXISTIENDO EN LA BASE DE LAS RELACIONES JURÍDICAS **ACTOS JURÍDICOS.**

Hay que tener esto presente cuando se acude a la teoría general de las obligaciones de que versa el estatuto civil, el cual puede servir de guía con las precisiones hechas.

EL TRÁNSITO DE LA NULIDAD A LA INEFICACIA DEL TRASLASDO

INEXISTENCIA El Artículo 1501 del C.C., señala que a falta de los elementos de la esencia del acto o contrato genera la inexistencia del mismo.

El título II del Libro IV, del C.C. establece los presupuestos de VALIDEZ de los ACTOS y declaraciones de voluntad, Capacidad, Consentimiento, Objeto y Causa lícita. A su vez el título XX establece las sanciones cuando se afecta el VALOR, de dichos actos, y consagra la Nulidad Absoluta y Relativa, las cuales deben ser declaradas judicialmente, siendo la primera insaneable y la segunda susceptible de ratificación o saneamiento por el paso del tiempo, pues se prevén términos para su prescripción. Igualmente se establecen los efectos de la declaratoria, dando lugar principalmente a las restituciones mutuas.

Por su parte la INEFICACIA, ha sido tratada por la legislación y jurisprudencia laboral, como una sanción cuando el acto contraviene normas de IMPERATIVO cumplimiento o de orden público trayendo como consecuencia la carencia de efectos del ACTO jurídico, con unas implicaciones procesales y en general jurídicas diferentes a la NULIDAD.

Ejemplos: Art. 13 C.S.T Mínimo de derechos y garantías

Art. 43 del C.S.T CLAUSULAS INEFICACES. En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones,

todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente.

El Art. 29 de la ley 789 de 2002, cuando a la terminación del vínculo laboral no se acredita los pagos al sistema de seguridad social...

RAZONES DE DERECHO

PRIMERA. *El señor **HUERTA MESA**, tenía derecho a que su traslado en pensiones del **SEGURO SOCIAL HOY COLPENSIONES**, hacía el COLFONDOS se le hubiera brindado una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, pero por el contrario fue engañado y asaltado en su buena fe, prometiéndole inclusive condiciones para su pensión mejores que en el Instituto de Seguros Sociales, advirtiéndole que si quedaba en el Instituto de Seguros Sociales, correría graves riesgos de perder sus aportes en pensiones, porque éstos desaparecerían, vulnerando con ello normas constitucionales y legales, tales como los artículos 48, 49 y 335 de la Constitución Nacional, el artículo 1603 del Código Civil y en los términos del literal e del artículo 13 y 97 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia números 31314 y 31989 de 2008, 33083 de 2011 y 46292 de 2014.*

SEGUNDA. *El asegurado tenía derecho a que el empleador, la hubiera afiliado al régimen de prima media con prestación definida, que manejaba **SEGURO SOCIAL HOY COLPENSIONES**, en los términos de la Ley 100 de 1993.*

TERCERA. *El asegurado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, es decir el 1 de abril de 1994, decidió continuar en el régimen de prima media con prestación definida, y luego se trasladó hacia el **Fondo de Pensiones y Cesantías -COLFONDOS** con información indebida e imprecisa brindada por sus asesores, incumplimiento el requisito de brindar la información debida, precisa y profesional, impidiendo una libre escogencia, viciada por falta de información, como los señala el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.*

CUARTA: JURISPRUDENCIA DE INEFICACIA DEL TRASLADO

Sentencia SL 12136-2014; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL, M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO, Radicación N°46292 de tres (3) de septiembre de dos mil catorce (2014).

La corte estudia un caso en que las decisiones de instancia concluyeron la perdida de la Transición, por haberse trasladado el afiliado al RAIS y no contar con 15 años de servicio o cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social.

"... la deducción del Juzgador se hizo de forma genérica, sin contraponer razones atendibles para sostener que el demandante, de forma libre aceptó perder la transición y de esa forma someterse a las exigencias del

RAIS. Tal elemento era definitivo para el asunto, pues en últimas no se trataba de determinar si en el sub lite el accionante podía retornar al régimen de prima media y mantener los beneficios de la transición, sino de escrutar si el traslado operó, y en tal sentido, si tuvo eficacia. Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos. Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado. Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir. No puede argüirse que tal aspecto no era parte integrante del debate que fue propuesto desde el inicio del proceso, pues el respeto y la conservación del régimen de transición exigido, se hizo bajo el amparo de que no era posible su pérdida y que el ISS debía aplicarlo en su integridad.

Luego de explicar la diferencia entre los regímenes pensionales expresó:

Para efectos de optar por alguno de ellos, el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (Art.271 Ley 100)

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

Explica el alcance que la corte constitucional ha dado al inciso 4 del Art 36 de la ley 100 de 1993, y explica que evidentemente el traslado puede implicar la pérdida de la transición, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

Es que cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de

vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario.

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

A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito. Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado. Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias. En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde

determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.

La pensión en general es un bien meritorio, un derecho adquirido y no un bien de mercado, ya que la seguridad social en pensiones es un derecho constitucional y fundamental.

*Mi mandante tiene más posibilidades de acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y en mejores condiciones, de regresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**; más aún si se tiene en cuenta el derecho a la seguridad social es irrenunciable, tal como lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, derecho que es incierto en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pues allí se le exige a mi mandante a efectos de adquirir el derecho a la pensión por vejez, un capital suficiente para pagarle la prestación. Caso contrario, de estar en el régimen de prima media con prestación definida administrada por **COLPENSIONES**.*

ENFOQUE LEGAL Y JURISPRUDENCIA DEL DEBER DE DILIGENCIA QUE CONLLEVA UNA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL Y QUE PROCESALMENTE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Frente a este tópico ha sido ilustrativa la línea jurisprudencial trazada por el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, cuyos apartes relevantes se citan a continuación:

"(...) Las administradoras de pensiones (...) y la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora."

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

"Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la

Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.”

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

“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 (...). En estas condiciones el engaño, no sólo 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.”

De tal suerte que, si “La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de 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...”, esto es, en una decisión tan fundamental como es la

selección o traslado de régimen en materia pensional, no sólo se lesionan derechos tan caros como la dignidad humana y la autonomía, que hacen parte integral del consentimiento informado, sino también que se induce en error al afiliado o pretenso pensionado, ya que en ese "diálogo entre iguales en medio de sus diferencias", se impone a los FONDOS PRIVADOS el deber de diligencia de cara a proporcionar una plausible asesoría que le permita al afiliado o pretenso pensionado tomar una decisión libre, consciente y voluntaria.

Con certeza el deber de diligencia, sugiere que se debe hacer un estudio previo, concreto, serio e individual sobre la situación fáctica y jurídica del potencial afiliado o del afiliado mismo, para que éste pueda tomar una decisión en forma reflexiva y así se pueda predicar un acto totalmente responsable, donde no hay resquicios para alegar su propia torpeza. Para ello se impone, además, como lo dice la corte en el extracto jurisprudencial citado, "... el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo y cuidadoso al proporcionar la asesoría que permita ilustrar suficientemente al pretenso afiliado dándole a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica..."

Nótese que la información genérica, que no debida asesoría, suministrada por los agentes o promotores del FONDO PRIVADO, se duele de esos parámetros o presupuestos insoslayables de una plausible asesoría, pues en ningún momento hicieron un estudio previo, concreto, serio y particular. Incluso, no le suministraron información adicional al actor, consistente en el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, con el fin de obtener una pensión anticipada; situación que de suyo perfilan también un vicio en el consentimiento por el dolo y la misma inducción en error al actor a efectos de producirse su traslado al RAIS, y más aún cuando no le suministró la información adecuada, concreta, oportuna, suficiente y cierta para su traslado al aquí demandante.

Téngase presente, Señor Juez, que mi mandante nunca tuvo la intención de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual. EL FONDO PRIVADO debió realizar un estudio en particular, serio y concreto de la situación fáctica y jurídica del mandante judicial, consistente en verificar si le era o no más favorable su permanencia en el RPMD, ya que el RAIS está basado en el capital acumulado, que se edifica de aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos, y el valor del bono pensional cuando hay lugar a ello.

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 un asunto neurálgico que trasciende el derecho interno, pues su aureola jurídica se extrapola al denominado bloque de

constitucionalidad. La obligación del FONDO era anteponer a su interés de ganar un afiliado, la aplicación de los principios y valores que inspiran la ley 100 de 1993 desde el mismo el preámbulo, entre otros, el bienestar individual, la integración de la comunidad, la eficiencia, universalidad, solidaridad y unidad y los postulados constitucionales que inspira la parte dogmática de la carta política.

De tal suerte que "... En estas condiciones el engaño, no sólo 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.

*A fortiori, es la misma ley 100/93 en su artículo 13 en su literal b, la que dispone que "la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el anterior **es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento del traslado. **El empleador o cualquier persona que natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor de las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley...**". **"...La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea del trabajador."***

Y no puedes ser libre ni voluntario un traslado de régimen cuando no se brinda mínimamente una debida asesoría al afiliado, pues en ningún momento se le explicó al demandante cuáles eran las condiciones, requisitos, ventajas y desventajas de uno y otro régimen; paralelo que hubiera ilustrado a la parte actora para tomar en forma libre y voluntaria la decisión que más le beneficiara. Y lo más grave aún, no se realizó un estudio previo, individual, serio y concreto sobre la situación fáctica y jurídica que pudiera proyectar en el tiempo de forma probable el cuándo y cómo sería su pensión en ambos regímenes.

Nótese entonces como se vulneró flagrantemente la debida diligencia que impone la ley a los FONDOS DE PENSIONES respecto de los afiliados, situación que de suyo, lesiona el derecho-deber de información en cabeza de las Administradoras, a fin de obtener un verdadero y puro consentimiento informado, el cual por la naturaleza del derecho reclamado tiene rango constitucional y fundamental, en tanto hace parte del sistema general de Seguridad Social.

Es que, además, no se puede perder de vista que la Administradora referida no contaba con los promotores idóneos. Así lo sugiere la falta de una asesoría plausible de parte de los agentes o promotores de los fondos, que terminaron atrapando a un sinnúmero de ingenuos afiliados que a la

sazón presumiendo la buena fe y creyendo en afirmaciones sin fundamento técnico, contable y jurídico terminaron por firmar el traslado de régimen al RAIS.

De esto se sigue que la usencia de un estudio serio, concreto y oportuno revela ese estado de cosas que necesariamente conducen a dejar sin efectos jurídicos la afiliación al fondo privado (art. 13 literal b 271 ley 100), cuya consecuencia lógica y jurídica es que dicha afiliación pierda sus efectos, quedando así incólume la primigenia afiliación al RPMD, pues como se sabe, es un acto jurídico único y con vocación de permanencia.

Por demás, esa falta de debida diligencia de los Fondos Privados atenta contra la dignidad humana y la autonomía (Artículo 272.-Aplicación preferencial. El sistema integral de Seguridad Social establecido en la presente ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores... En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia), en tanto no se puede predicar una libre elección cuando no hay una legítima asesoría de un tema tan neurálgico. Esa inobservancia sugiere una inducción en error, aunado a la ausencia del consentimiento informado, pues al carecerse de elementos de juicio se termina por cosificar al titular del derecho quien por su mismo desconocimiento en esta parcela del saber (Seguridad Social) y presumiendo la buena fe de los oferentes toma una decisión inducida que ni es libre, consciente y voluntaria. De ello hablan las siguientes líneas.

*El denominado **CONSENTIMIENTO INFORMADO**, el cual si bien ha tenido un tímido desarrollo en la jurisprudencia nacional, excepto en lo atinente a la relación dual médico-paciente, ello no significa que no se pueda extrapolar a otras vertientes del derecho, ya que ese binomio (Consentimiento e información) hacen parte irreductible de derechos tan caros en nuestro ordenamiento jurídico, como son **LA AUTONOMÍA Y LA DIGNIDAD HUMANA**, derechos fundamentales que por su carácter ecuménicos no tiene discusión, íntimamente ligados al principio **PRO HOMINE** y, por ende, al consentimiento libre y voluntario que impone la ley 100 de 1993, de cuyo horizonte normativo resulta ilustrativo las siguientes referencias doctrinarias y jurisprudenciales:*

"... Para el destacado jurista peruano Edgar Carpia Marcos, el principio por homine tiene dos variantes principales:

A) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los subprincipios de favor libertatis, de protección a las víctimas o favor debitis, de prohibición de aplicación por analogía de normas

restrictivas de derechos, de in dubio pro operario, de in dubio pro reo, de in dubio pro actione, etcétera).

B) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(...)

Así pues, al emplear este principio a las instituciones del derecho internacional de los derechos humanos, encontramos que estos se fundamentan en la persona, y que por lo tanto la interpretación en caso de oscuridad debe favorecer a la persona. Esto es lo que se conoce como principio pro homine, el cual, en palabras de la profesora MÓNICA PINTO:

"es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre."

Por su parte, la Corte Constitucional, bajo un contexto diferente, pero aplicable al subexamine, trazó en la T-129/11 los criterios o requisitos del consentimiento informado y el principio pro homine. Mutatis mutandi, veamos:

*"(...) la Corte Constitucional ha determinado para tal fin, al igual que concretar la ampliación del ámbito de protección en materia de participación y búsqueda del consentimiento libre, previo e informado.
(...)*

(II) ...el principio de interpretación pro homine impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este principio está contemplado en los artículos 1º y 2º Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás

derechos y libertades, procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(III) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines. (...)

(VI)... Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores acorto, mediano y largo plazo.

(...). En todo caso, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de la interpretación pro homine.

(...) "El Consentimiento y la Información necesaria para que éste tenga validez jurídica son ramas de un mismo tronco: la Autonomía de la persona. El Principio de Autonomía tiene su origen en el reconocimiento de la persona como ser individual, dotado de racionalidad y libertad, lo que la convierte en un ser diferente de lo físico, en fuente de moralidad y en ordenadora de todo lo que la rodea, para dirigirlo hacia su propio perfeccionamiento.

Reconocer esto significó aceptar la dignidad del ser humano en sí mismo y no en relación a la posición que ocupara en la organización social, dignidad que es consustancial a la persona y que deriva hacia una consecuencia universal: todas las personas son igualmente dignas.

Este reconocimiento supuso el gran salto al pensamiento moderno y dio origen al nacimiento de los derechos individuales. La aceptación de la dignidad de la persona basada en su capacidad de comprensión, de raciocinio, de juicio y en la voluntad libre o capacidad de elegir... (...)"

En suma, estas razones de derecho perfilan límpidamente que se echó de menos la debida diligencia que impone la ley a los FONDOS PRIVADOS. De esto se sigue, que también lesionaron flagrantemente el consentimiento informado que para este caso tiene un plus constitucional y fundamental por la naturaleza jurídica de la prestación que se reclama, cuya consecuencia jurídica la prevé la misma ley 100 de 1993 en su art. 13 literal b, art. 268 y 271, como es dejar sin efecto jurídico el traslado y brindando la posibilidad de realizarse nuevamente.

UN NUEVO ENFOQUE EN LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DEL DEBER DE DILIGENCIA DE LOS FONDOS PRIVADOS.

Es de tanta relevancia este derecho que a ello se refiere la ley 1328/09, que, incluso, de manera expresa invierte la carga de la prueba. Veamos:

ARTÍCULO 3º: PRINCIPIOS. Se establecen como principios orientadores que rigen las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, los siguientes:

a) Debida Diligencia. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones...

(...).

c) Transparencia e Información cierta, suficiente y oportuna. Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.

COMPETENCIA

Es usted competente porque tanto el lugar de la reclamación, como el domicilio de las demandadas, es la ciudad de Quibdó, además, lo es por la naturaleza del negocio.

PROCEDIMIENTO

El procedimiento adecuado es el que establece el Decreto 2158 de 1948 adoptado como ordenamiento permanente por Ley 161 de 1961, Ley 712 de 2001, Ley 1149 de 2007, Ley 1395 de 2010, y demás normas procedimentales.

CUANTÍA

Se trata de un proceso superior a veinte (20) salarios mínimos legales o en primera instancia.

PRUEBAS Y ANEXOS

Solicito al señor Juez que se sirva decretar y practicar las siguientes pruebas para que sean tenidas en cuenta al elaborarse el fallo respectivo:

1. Documentales

a) Respuesta de COLPENSIONES- donde informa que no es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos de los requisitos de tiempo para pensionarse.

b) Copia de la cedula de ciudadanía.

c) Poder para actuar.

NOTIFICACIONES

Para que se efectúen debidamente las notificaciones a las partes, facilito las siguientes direcciones:

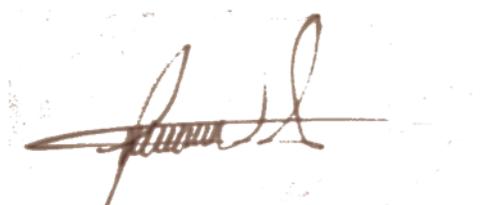
La demandante: oscarhuertasmg@gmail.com

La demandada: Fondo de Pensiones COLFONDOS: Cal. procesosjudiciales@colfondos.com.co

Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones: En la Carrera 4 N° 24 – 152 en la ciudad de Quibdó.

El apoderado: Celular: 3205639416 E-mail: jazsmello@hotmail.com

Señor Juez,



JOHANN ARLEYSON ZUÑIGA SANCHEZ
C. C No 4.799.938 de Quibdó.
T. P No 163 137 del C.S.J.