

Señor

JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN (REPARTO)

E.

S.

D.

CARLOS MARIO GONZALEZ MACHADO, mayor y vecino de Medellín, identificado en la forma como se aprecia al pie de mi firma, abogado titulado, actuando en calidad de apoderado judicial de **JESUS MARIA CALLE**, con todo respeto a usted manifiesto que instauró demanda en proceso ordinario de dos instancias y mayor cuantía en contra de **COLFONDOS S.A. – FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS, con NIT 800.149.496-2, representado legalmente por Juan Manuel Trujillo Sánchez** o quien haga sus veces al momento de la presentación de la presente demanda en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, con NIT 900.336.004-7** representada legalmente por el Jaime Dussán Calderón, o quien haga sus veces al momento de la notificación de la presente demanda, que formulo en los siguientes:

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos que se exponen a continuación, solicito muy respetuosamente señor Juez se hagan las siguientes declaraciones:

PRIMERO: SE DECLARE LA INEFICACIA DE LA AFILIACION AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD EN VIRTUD AL QUEBRANTAMIENTO AL DEBER DE DILIGENCIA Y DE INFORMACION QUE LESIONA EL CONSENTIMIENTO INFORMADO INMERSO EN LA LIBRE ELECCIÓN DE REGIMEN INTIMAMENTE LIGADO A UN DERECHO CONSTITUCIONAL E IRRENUNCIABLE COMO LA SEGURIDAD SOCIAL Y

CONSECUENCIALMENTE

SEGUNDO: SE ORDENE LA REACTIVACION DE LA AFILIACION AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA CON LAS CONSECUENCIAS LEGALES QUE ELLO IMPLICA.

TERCERO: SE ORDENE LA DEVOLUCION DEL SALDO DE LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL Y SUS RENDIMIENTOS A COLPENSIONES.

CUARTO: SE CONDENE A LA AFP COLFONDOS A TITULO DE PERJUICIOS MATERIALES OCASIONADOS CON EL TRASLADO LA DIFERENCIA EN LOS EQUIVALENTES DE APORTES Y DEL PAGO DE LOS HONORARIOS CANCELADOS AL APODERADO,

QUINTO: QUE SE CONDENE AL DEMANDADO AL PAGO DE LAS COSTAS DEL PROCESO.

PRETENSION SUBSIDIARIA

PRIMERO: SE DECLARE QUE EL ACTOR EN VIRTUD DEL QUEBRANTAMIENTO AL DEBER DE DILIGENCIA Y DE INFORMACION QUE LESIONA EL CONSENTIMIENTO INFORMADO INMERSO EN LA LIBRE ELECCIÓN DE REGIMEN INTIMAMENTE LIGADO A UN DERECHO LE ASISTE EL DERECHO DE REGRESAR AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA PARA QUE SEA COLPENSIONES QUIEN EN SU MOMENTO LE DEFINA SU SITUACION PENSIONAL, CON LAS CONSECUENCIAS LEGALES QUE ELLO COMPORTE.

HECHOS

PRIMERO. El actor a la fecha tiene 62 años edad, en tanto nació el 1 de noviembre de 1960, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en 1.985 tal y como se ve en la tarjeta de afiliación que se aporta como prueba, en la actualidad cuenta con 1.023.71 semanas cotizadas a Colfondos.

SEGUNDO: Una vez entra en vigencia el sistema general de pensiones articulado por la ley 100 de 1993, el actor fue trasladado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la COLFONDOS el día 27 de mayo del año 1.998, tal y como se lee en el CETIL entregado por el Municipio de Zaragoza sin habersele suministrado una información adecuada, suficiente, oportuna, clara, completa, veraz, y concreta, quebrantándosele el consentimiento informado, al momento de afiliarlo a Colfondos por parte de quien era el Encargado de hacer las afiliaciones en esa Entidad Territorial

TERCERO: Según mi Mandante a él nunca le informaron donde fue afiliado para cotizar para su pensión, y cuando averiguó en la Oficina de Personal del Municipio de Zaragoza el empleado que lo atendió le manifestó que a Colfondos y que no se cambiara de Régimen porque iba a tener mejores prestaciones pensionales y se podía pensionar a cualquier edad, que la pensión era heredable y era de por vida.

CUARTO: Según mi Representado, NUNCA en Colfondos ni en ninguna de las entidades donde ha laborado le suministraron la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta para su traslado, donde se objetivaran las ventajas y desventajas de ambos regímenes, ni sus diferencias, incumpliendo así el deber de información, lo cual no le permitía dimensionar la trascendencia de su decisión en un tema tan complicado, neurálgico y sensible como el de la seguridad social de rango constitucional y fundamental, fracturándose de paso el consentimiento informado, íntimamente ligado a ese derecho iusfundamental, el cual tiene como sustrato la dignidad humana, la autonomía y la buena fe, criterios esenciales de la norma superior, y sustrato de la libre selección de régimen.

QUINTO: Según el Demandante, no le informaron que la pensión allí era por capital, ni cuál sería el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para acceder a una pensión a la que tendría derecho si se fuera a pensionar con el Seguro Social hoy Colpensiones, no le hicieron una proyección de cuál sería la pensión; cuánto valía su bono pensional, en tanto que ni siquiera le preguntaron por el tiempo laborado; tampoco le informaron los factores que impactan su pensión en el RAIS, como es la expectativa de vida, incumpliendo así aún más, el deber de diligencia que impone su responsabilidad profesional derivada de la prestación de un servicio y de un derecho de rango fundamental. Evidenciándose así que: *"...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 una 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...*" Y que *"La información brindada 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 Experiencia que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad como es el tema pensional* *"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 presente caso, 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...1", situación que de suyo*

desconoce que "La pensión en general es un bien meritorio, un derecho adquirido y no un bien de mercado".

SEXTO: Según el actor, ni en Colfondos ni en la entidad pública donde laboraba NUNCA le hicieron un estudio individual, previo, concreto de índole técnico y financiero que le permitiera dimensionar la trascendencia de su decisión y poder sopesar las ventajas y desventajas de uno y otro régimen a sabiendas de que el Régimen de Prima Media le era más favorable tampoco se lo informaron.

SEPTIMO: De acuerdo con el Postulante, en ningún momento le Informaron sobre el tiempo de permanencia en el Fondo y el límite de tiempo para retornar al Régimen de Prima Media.

OCTAVO: Según el Actor, desde el momento de su afiliación al RAIS, nunca más le dieron información alguna sobre su estado pensional, y cuando lo afilio su último empleador ni éste ni ningún miembro de Colfondos al momento de esa afiliación en febrero 3 del año 2017 tampoco le dieron asesoría alguna en lo referente a su pensión, simplemente que Colfondos el día 9 de mayo de 2023 con radicado número 230503-000244, le dijo **a los 62 años que EL SALDO CUENTA A LA FECHA DE CALCULO ERA DE CIENTO DIEZ Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL OCHENTA Y NUEVE PESOS MONEDA LEGAL (116.552.089.00), que el capital requerido para pensionarse era de CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (431.887.667.00), por lo cual lo APORTADO ERA INSUFICIENTE PARA PENSIONARSE,** situación que le causó gran preocupación y aflicción y desilusión, al sentirse engañado, ya que en Colpensiones su mesada pensional sería muy superior como se demuestra con la proyección que se allega a la demanda, y que Colfondos nunca le hizo.

NOVENO: De acuerdo a la proyección pensional realizada por Colfondos y que data del 9 de mayo de 2023, allí **a los 62 años le dicen que no se alcanza a pensionar,** pero no dicen cuanto sería en el Régimen de Prima Media; su pensión que de acuerdo al cálculo que se allega para el 2023, la mesada pensional por toda la vida laborada sería de 1.558.933.48, con IBL de \$ 2.424.469 con una tasa de remplazo del 64.3 %, y con el promedio de los últimos 10 años la mesada sería de 1.815.838.25 con un IBL 2.824.010 y una tasa de reemplazo del 64.3%, lo cual revela la diferencia sustancial entre lo aseverado por Colfondos que no se alcanzaba a pensionar porque debía aportar la suma de 431.887.667, para poder pensionarse con un mínimo y el grave perjuicio producto del lesionamiento al consentimiento informado que reclama la libre selección de régimen como lo adoctrina el Alto Tribunal, entre otras en la sentencia 42.266 de 2014, pues en un tema tan sensible y neurálgico como la seguridad social en pensiones, es un imperativo la transparencia máxima para dejar Incólume la libertad informada, que incorpora el buen consejo, desde la antesala como durante toda la afiliación, so pena de ser ineficaz el traslado.

DECIMO: De acuerdo a mi Prohijado, su estado actual emocional está afectado, debido a la gran angustia y aflicción que le ha irrogado conocer la notable afectación a su expectativa legítima de no poder obtener su pensión como producto de la violación al deber de diligencia y al desconocimiento del consentimiento informado, que se incorpora a la selección de régimen, íntimamente ligado al derecho iusfundamental de la seguridad social, contenido esencial de la norma superior, lo cual la compele a buscar un Apoderado para incoar esta acción buscando la ineficacia de la afiliación al RAIS y por ende su retorno al Régimen de Prima Media, lo cual le genera perjuicios de índole moral y material.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículos 1, 2, 11, 13, 36, 270, 271, 272 de la Ley 100 de 1993; ley 793 de 2003 artículo 2 y artículo 1° del decreto 3800/03; decreto 049 de 1990, aprobado por decreto 758/90, decreto 720/1994 artículos. 10 y 12; artículos 1508, 1511 (1513, 1514, 1515; 1519 del Código Civil, 897 y siguientes del Código de Comercio; Constitución Nacional Preámbulo artículos. 1, 2, 48, 53 y 58, 93, 95.

RAZONES DE DERECHO

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 Administrado por Colpensiones.

ENFOQUE CONSTITUCIONAL LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DEBER DE DILIGENCIA QUE IMPONE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES 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 fuente, 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 solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tenerla 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.(...) "4 De tal Suerte que SÍ " 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..." , esto es, en una decisión tan fundamental como es la selección o traslado de régimen en materia pensional, no sólo se lesionan derechos tan claros 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 táctica y jurídica del potencial afiliado o del afiliado mismo, para que éste pueda tomar una decisión en forma reflexiva y as 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, y la indebida asesoría, suministrada por los agentes o promotores del FONDO PRIVADO de Colfondos 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.

Téngase presente Señor Juez, que mi Prohijado 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.

De tal suerte, que también "**el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información**" en que incurrió Colfondos 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 **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 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 la decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

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 manifestara 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 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 por el trabajador.*

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 como lo establecen los artículos 10 y 12 del decreto 720 de 1994, 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 está íntimamente ligado a la libre selección de régimen, elemento estructural del derecho irrenunciable a la seguridad social

De esto se sigue que la ausencia de un estudio serio, concreto y oportuno revela aún más, ese estado de cosas que necesariamente, conducen a la ineficacia de la afiliación al fondo privado (art 13 literal b y 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. Incluso al principio de buena fe de rango constitucional que impone el deber de información, máxime cuando es ostensible la posición de las administradoras de fondos privados.

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 AUTONOMIA 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:

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 debilis, de prohibición de aplicación por analogía **de normas** restrictivas de derechos de in dubio pro-operario, di de in pro-reo, o 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 MONICA 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 nomine. 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 sea 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 honra, vida y demás derechos y libertades
Procesos de consulta previa. Se trata de un dialogo, entre Iguales en medio de las diferencias. (...) (vi)... Es decir, la participación ha de entenderse no solo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(...) "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 con 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..." üJ6 („)".

En sentencia reciente el Alto Tribunal se sumerge en la eficacia del acto jurídico de la afiliación al RAIS, a partir del consentimiento informado, cuyo desconocimiento torna en ineficaz la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones.

"(...) Sin embargo esa 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. (...)

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.

La importancia de lo aquí debatido permite que esta Sala recuerde que el sistema general de seguridad social se implantó con el objetivo de procurar una mayor cobertura respecto de las distintas contingencias y se edificó bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, todo ello en aras, además, de elevar la calidad de vida de los asociados y de materializar el postulado inserto en el artículo 48 de la Constitución Política. (...) Para efectos de optar por alguno de ellos, el literal del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»; el literal e) ibídem estableció que «una vez efectuada la selección inicial... solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial en la forma en que señale el gobierno nacional», término que luego fue ampliado a 5 años, según la Ley 797 de 2003. Por demás el propio artículo 272 de dicho Estatuto de la Seguridad Social previo 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.

Tales contenidos normativos, sin duda, tienen incidencia en el presente debate, relativo a la ineficacia del traslado del afiliado en punto al régimen de transición y debieron ser el norte del ad quem antes de emitir la conclusión que aquí se cuestiona. (...) 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. (...) En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino, además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada. Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara. Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una decisión de esa índole solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla. Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento Informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la-información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima. Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable. (...) En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.

Respecto de la autonomía de la voluntad privada, ha dicho el alto tribunal

"(...) La garantía de las libertades del individuo es uno de los pilares de un Estado Social de Derecho (Preámbulo y Art. 13 C. Pol). Ello explica la previsión del Art. 16 de la Constitución Colombiana, según el cual todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. Dicha libertad se traduce en la facultad de aquel para autorregular su conducta en la vida social, reconocida por el ordenamiento jurídico, con sujeción a los límites impuestos por éste, y que se denomina autonomía personal. (...) Según la doctrina jurídica, la autonomía de la

voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación. (...) la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.⁸ (...)."

En suma, estas premisas perfilan límpidamente que se echó de menos la debida Diligencia que impone la ley a los FONDOS PRIVADOS, traducida en información clara, veraz, oportuna, concreta, adecuada y suficiente. De esto se sigue, que también lesionaron flagrantemente el consentimiento informado que tiene un plus Constitucional y fundamental al ser el núcleo de la selección de régimen, íntimamente ligado a la seguridad social, de rango iusfundamental, cuya consecuencia jurídica la prevé la misma ley 100 de 1993 en su art. 13 literal b, y art. 271, **como es quedar sin efecto jurídico el traslado y brindando la posibilidad de realizarse nuevamente**, Esto es, resulta ser ineficaz. Así como lo previsto en el artículo 272 ibídem.

ARTICULO. 13.- Características del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características: b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1° del artículo 271 de la presente ley.

ARTICULO. 271.-Sanciones para el empleador. El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta... La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador. {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. Que establece "...que 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 tendrán plena validez y eficacia.

NUEVO ENFOQUE EN LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DEL DEBER DE DILIGENCIA DE LOS FONDOS PRIVADOS Y A SU POSICION PRIVILEGIADA.

La misma se advierte en la línea jurisprudencial trazada por el órgano de cierre en la sentencia antes referida cuando se matiza: "(,•) 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* (...)"Inversión de la carga que el mismo legislador positivo en la **ley 1328/09**.

ARTICULO 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.

ARTÍCULO 5o. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES FINANCIEROS. (...) a) En desarrollo del principio de debida diligencia (...) En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser de tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado, c) Exigir la debida diligencia en la prestación del servicio por parte de las entidades vigiladas..."

iDe tal suerte, que estas elucubraciones jurídicas conllevan negaciones! **Indefinidas** que sugieren que la carga de la prueba la tiene la entidad demandada. **Es más, dentro de las cláusulas abusivas** que consagró la ley en comento **en su artículo 11 fue la prohibición de invertir la carga de la prueba al consumidor financiero**, como se denominan allí a los afiliados al RAIS, lo que reafirma que es el mismo legislador quien impuso la carga de la prueba en las administradoras de regímenes de pensiones, no en sus afiliados, que en verdad son la parte más débil en esa relación contractual. Más adelante se demostrará que ese es el pensamiento jurisprudencial del órgano de cierre en este ámbito.

Si ello es así, son las administradoras las que tienen que demostrar la debida diligencia, en lo atinente al derecho-deber de información que tienen sus afiliados en el subjudice que se le brindó una asesoría legítima al demandante que predique un verdadero consentimiento informado, que supone tomar decisiones libres, conscientes y voluntarias. **Situación que de suyo, además invierte la carga de la prueba** toda vez que se trata de afirmaciones o negaciones indefinidas, al aseverarse la falta de una legítima asesoría y de unos ofrecimientos sin base actuarial por parte de los promotores o agentes comerciales que se limitaron a cumplir con un libreto a fin de **"atrapar"** un sinnúmero de afiliados sin hacer un serio y concreto análisis o estudio previo sobre su situación fáctica y jurídica frente al sistema general de seguridad social en pensiones.

De tal suerte que, **ante la negación indefinida**, el fondo es quien tiene la carga de probar lo contrario. Inversión de la carga que no se antoja caprichosa pues como quedó demostrado tiene sustento legal en el art. 11 de la ley 1328/09 y en la responsabilidad profesional de los fondos como lo sostiene el Alto Tribunal en la reiterada línea jurisprudencial y que está en consonancia con el 167 del C.G. del P., que también positiva la carga dinámica de la prueba, cuando dispone:

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

contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en el código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba."

Siguiendo este hilo conductor, La Sala Cuarta Dual de Decisión Laboral de Descongestión en sentencia del 16 de diciembre de 2013, proceso radicado. 015-2010000498, dijo:

"...Sin embargo, y aun cuando en este caso específico no existe un texto dispositivo, debe recordarse la aceptación, sobre todo en el proceso laboral, de la inversión e la carga de la prueba, lo que significa que en ciertos eventos no necesariamente las afirmaciones deben demostrarlas quienes las aduzcan, sino aquellos que estén en una posición más ventajosa de probar, lo que dependerá, entre otros eventos, de la conducta del demandado contenida en la afirmación fáctica definida. Dicha conclusión, evidentemente, corresponde resolverla al juzgador que analiza la controversia. Aunado a lo precedente, la respuesta de esta Colegiatura al interrogante propuesto es negativa, porque sin lugar a hesitaciones, quien se encuentra en una posición más favorable para aportar la prueba que brinde el convencimiento de los hechos objeto de discusión, no es otro que el fondo de pensiones HORIZONTE S.A. Se comprende lo anterior, por cuanto la conducta que se dice fue ejercida tiene que ver con un engaño, lo que al decir de la Corte Suprema de justicia, las condiciones del engaño "no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada. Sentencia rad. 31919 de 2008). Por manera que, ante la afirmación del actor de que bajo error y por la falta de información del fondo privado fue que aceptó suscribir el traslado de régimen pensional, ni que le indicaran las consecuencias reales del traslado, lo que por demás culminó en este litigio, era necesario entonces que el demandado HORIZONTE S.A demostrara que efectivamente sí aportó una información completa, veraz y precisa, sobre las implicaciones que generaría el traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta las condiciones actuales del afiliado, lo que en efecto no hizo en el sub examine, pues simplemente se preocupó por manifestar " no se conoce un comportamiento, en el acto jurídico de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que ubique en ser una nulidad absoluta o relativa, por existir vicio del consentimiento, objeto o causa lícita o ausencia de capacidad...", resultando ello insuficiente, pues su deber era traer a la palestra todo lo atinente a verificar que en efecto, la información suministrada al accionante fue completa, clara, precisa, o al menos, que sus trabajadores son profesionales en la materia y conscientes de que la información a la que se encuentran obligados a compartir, lo hacen "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" (sentencia radicado 31989 de 2008 Cas laboral C.S.J.) "máxime si el derecho en juego guarda protección especial constitucional, como lo es el tema pensional, ínsito al derecho fundamental de la seguridad social..."

V. MEDIOS PROBATORIOS

1. DOCUMENTALES.

- 1) Tarjeta de afiliación al Seguro Social
- 2) Cetil expedido por el Municipio de Zaragoza
- 3) Solicitud de historia laboral y liquidación de pensión del 3 de mayo de 2023
- 4) Respuesta del Colfondos radicado 2130503-000244
- 5) Precálculo
- 6) Reporte de días acreditados
- 7) Fotocopia de la cédula de ciudadanía del demandante
- 8) Certificado de existencia y representación legal del Demandado
- 9) Copia del Contrato de Prestación de Servicios.
- 10) Certificado de existencia y representación legal de Colpensiones
- 11) Cálculo actuarial

1. TESTIMONIAL:

Rendirá declaración sobre los hechos de la demanda el señor Jesús María Calle, identificado con cédula de ciudadanía número 71.593.192, residente en la

EXHORTOS

2. A la AFP COLFONDOS, a fin de que certifiquen y remitan los estudios que se realizaron a fin de establecer el beneficio que representaba para el señor Jesús María Calle, identificado con cédula de ciudadanía número 71.593.192, trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al RAIS y permanecer en ese régimen.
3. OFICIO: A COLPENSIONES DEPARTAMENTO HISTORIA LABORAL, a fin de que expida, con destino al proceso, copia de la historia laboral actualizada del señor Jesús María Calle, identificado con cédula de ciudadanía número 71.593.192
4. **INSPECCION JUDICIAL.** Que se llevará a efecto en las instalaciones de las demandadas, o en los lugares en que ellas indiquen tener los documentos tales como estudios realizados sobre conveniencia del traslado; saldos cuenta de ahorro individual, así como las semanas cotizadas.

ANEXOS

Lo anunciado como prueba documental, poder para actuar y copia de la demanda para el traslado a los demandados, archivo incluyendo para la Agencia Nacional Defensa Jurídica del Estado.

COMPETENCIA Y CUANTÍA

Suya, Señor Juez, por la naturaleza del asunto y el lugar donde se presentó la reclamación. La cuantía es superior a veinte salarios mínimos legales mensuales, en tanto, las pretensiones tienen un valor superior a los 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PROCEDIMIENTO

El trámite será el del proceso ordinario laboral de doble instancias.

DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

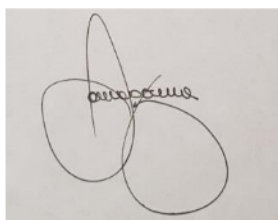
DEMANDANTE: Se localiza en la calle 9 A N° 24 – 03 Barrio el Triángulo Municipio de Cauca, teléfono 3008411272, email Jkalle01@hotmail.com

DEMANDADOS.

COLPENSIONES: Carrera 43ª # 1ª sur – 25, Edificio Colmena, avenida el Poblado de la ciudad de Medellín, email para notificaciones judiciales notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

Colfondos: Calle 67 N° 7 – 94 Bogotá teléfono 6013765155, email para notificaciones judiciales: procesosjudiciales@colfondos.com.co

APODERADO:

A handwritten signature in black ink on a light-colored background. The signature is stylized, with large loops and a cursive script. It appears to read 'Carlos Mario Gonzalez Machado'.

CARLOS MARIO GONZALEZ MACHADO

C.C. 70.031.178

T.P. 89.915 del C.S. de la

Email: salomonreymago@gmail.com

Tel: 3217252160

Transversal 35 C sur N° 33 - 87 apto 202 Envigado Antioquia