

Señor

JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR (REPARTO)

E. _____ S. _____ D. _____

REF: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDERMAN JOSE LUQUEZ DIAZ CONTRA LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"

EDUARDO LUIS PERTUZ DEL TORO, mayor, domiciliado en Valledupar, identificado con la C.C. No. 1.065.629.232 de Valledupar, abogado titulado portador de la T.P. No. Del C.S. de la J, haciendo uso del poder conferido por El señor EDERMAN JOSE LUQUEZ DIAZ, mayor, domiciliado en Valledupar, identificado con la cedula de ciudadanía No. 77.012.191, respetuosamente acudo a su despacho para interponer DEMANDA ORDINARIA LABORAL DE ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A, con domicilio principal en Bogotá, D.C., identificada con el Nit. NIT: 800.149.496-2, representada legalmente por JUAN MANUEL TRUJILLO SANCHEZ mayor, domiciliado en Bogotá, D.C., y a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", entidad con domicilio principal en Bogotá, D.C., identificada con el Nit. 900336004-7, representada legalmente por MAURICIO OLIVERA GONZALES, mayor y domiciliado en Bogotá, D.C. o por quienes hagan sus veces al momento de notificarse la demanda, para que con citación y audiencia del agente del Ministerio Público, LA AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, y con fundamento en los hechos y razones de derecho a que aludiré más adelante, se decida sobre las pretensiones que a continuación precisaré:

PRETENSIONES:

Primera: Declarar la nulidad del traslado que efectuó EDERMAN JOSE LUQUEZ DIAZ el MES de Agosto de 1995 de la entidad Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES S.A, a ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A

Segunda: Ordenar a COLFONDOS S.A trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones".

Tercera: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" que una vez la COLFONDOS S.A dé cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado del señor EDERMAN JOSE LUQUEZ DIAZ del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.

Cuarta: Condenar en costas a las entidades demandadas.

HECHOS:

Se sustenta esta demanda en los siguientes:

- 1.- El señor EDERMAN JOSE LUQUEZ DIAZ comenzó su vida laboral el 01 de julio de 1987, laborando para AUTOAGRO DEL CESAR, en la ciudad de Valledupar.
- 2.- Desde esa fecha se evidencian sus cotizaciones para pensión al régimen de prima media al extinto Instituto de Seguros Sociales I.S.S., hoy Colpensiones.
- 3.- Prestando sus servicios a diferentes empleadores continuo con sus cotizaciones al régimen de prima media, hasta el día 01 de agosto de 1995, en que se produjo su afiliación al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.
- 4.- Para el momento en que se realizó el traslado de mi mandante de COLPENSIONES a el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A, no hubo información ninguna por parte de esta última acerca de las consecuencias de dicho traslado, el funcionario encargado por parte del fondo de pensiones no brindo ningún tipo de asesoría ni explicaciones sobre las ventajas o desventajas del susodicho traslado.
- 5.- Este traslado tuvo como única causa la campaña que propiciaron los fondos de pensiones, tendiente a captar con engaños y falsos beneficios el mayor número posible de afiliados.
- 6.- Mi mandante actualmente devenga como empleado del MUNICIPIO DE VALEDUPAR, la suma de \$5.362.207., suma sobre la cual le realiza los aportes a la seguridad social.
- 7.- Como bien puede verse los ingresos mensuales totales de EDERMAN JOSE LUQUEZ DIAZ ascienden a la suma de \$5.362.207, sin embargo, al realizarse una simulación de su pensión por parte de COLFONDOS S.A. a 01 de noviembre de 2022, encontramos que su ahorro individual asciende a las suma de CIENTO TREINTA MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$130.597.000), suma que certifica la entidad COLFONDOS S.A y que en el mismo certificado estima que el señor EDERMAN LUQUEZ a sus 62 años no le es posible acceder a una Pensión mensual vitalicia.
- 8.- Es notorio el perjuicio sufrido por EDERMAN JOSE LUQUEZ DIAZ, al cambiarse de régimen pensional sin contar con la asesoría e información necesaria, puesto que su pensión debería ser liquidada por el promedio de los últimos 10 años, con una tasa de remplazo del 70% como mínimo que le arrojaría una pensión cercana a los \$. 3.753.834.
- 9.- La libertad de escogencia del régimen pensional fue infringida en el caso de EDERMAN JOSE LUQUEZ DIAZ, toda vez que al no existir la información y la asesoría necesaria por parte del funcionario encargado de gestionar el traslado,

se conculcó ese derecho, en la medida en que como lo ha dicho el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, a los fondos de pensiones la ley "les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado".

10.- Precisamente es esa falta de información la que vicia de nulidad absoluta los traslados realizados.

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO:

Como normas aplicables invoco los artículos: 1502, 1508, 1604, 1740 del C.C., artículo 13 de la ley 100 de 1993, desde el punto de vista sustantivo, y artículos 13,70 a 77 del C. de P.L. como sustento adjetivo.

Reza el artículo 1740 del C.C., que "es nulo el acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa".

Se incurre, igualmente, en nulidad absoluta, "en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces". Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa.

Así mismo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1502 y 1508 del Código Civil, el error, la fuerza y el dolo constituyen un vicio en el consentimiento, y por tanto, ante la concurrencia de uno ellos, el contrato será nulo.

Por otra parte, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario, acorde con el artículo 1502 de la misma codificación: "1º) que sea legalmente capaz; 2º) que **consienta en dicho acto o declaración** y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º) que recaiga sobre un objeto lícito; y 4º) que tenga una causa lícita".

En torno al consentimiento que debe anteceder un acto o declaración, ha de decirse que este necesariamente debe ser claro, es decir, no debe dar lugar a duda alguna de que la persona se está obligando, bien sea porque manifiesta expresamente su intención de hacerlo o porque realiza actos inequívocamente dirigidos a asumir ese rol.

"En tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilian, tal como lo indica el literal e) del canon 13 de la Ley 100 de 1993. En esa libertad de escogencia, es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario de la seguridad social y, en caso de que se vea truncado, bien sea por la inexistencia del mismo, por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su ausencia, será pasible de nulidad tal escogencia.

"A su vez, el artículo 1604 ibídem consagra que la prueba de la diligencia o cuidado en la celebración de contratos, incumbe al que ha debido emplearlo. "El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, emanan de una responsabilidad de carácter profesional, que como

ha recalcado esta Sala, ciñéndose a los parámetros del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria "les impone el deber de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado".

"Dicha carga de la prueba recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, en la medida en que con ello la "prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo" tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil. Así lo predicó el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, al concretar que:

"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. (...)

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada" (Sentencia del 9 de septiembre de 2008, Radicación 31989 y 31314 y sentencia del 22 de noviembre de 2011, Radicación 33083).

"Más recientemente esa misma Corporación sostuvo frente al derecho a la información que les asiste a las personas beneficiarias de transición, cuando van a optar migrar al régimen de ahorro individual:

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" (L. 100/93, art. 1º) 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, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa” (Sentencia SL12136-2014 de septiembre 3 de 2014. Radicación 46292).”

Más cercana en el tiempo encontramos **la sentencia de casación SL 1452 del 3 de abril del 2019, proferida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en el proceso radicado bajo el número 68852**, en la cual de manera explícita se puntualizó:

“Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizara (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinara quien tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (5) si la diferencia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.

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

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

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de la vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros sociales, hoy Colpensiones, y

el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir -libre y voluntariamente- aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que así esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismo e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

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

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

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar

información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir -un juicio claro y objetivo- de -las mejores opciones del mercado.

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y -formadas en ética del servicio público- (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la sala ha defendido la tesis de las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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-, premisa que implica dar a conocer -las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes-, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios, estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y económicas, sino que también se enfrentan a barreras económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la ley 795 de 2003, -por la cual se ajustan algunas normas del estado orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones- recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de -poder tomar decisiones informadas-.

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

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

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3º de la ley 1328 de 2009 puntualizo que entre las relaciones de los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuno-, conforme a lo cual, -las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, específicamente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas-.

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

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

1. Debida diligencia. Las administradoras del sistema general de pensiones **deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de**

sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforma el sistema general de pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público **información cierta, suficiente, clara y oportuna** que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones,
3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tiene autorizado el ramo de rentas vitalicias **deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros**, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes a capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

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

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

de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

1.3 Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016. El deber de doble asesoría.

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente- Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado. La sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos impresos de los fondos de pensiones, tales como -la afiliación se hace libre y voluntaria-, -se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones- u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

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

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

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

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

aun, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

Conforme a lo anterior, el Tribunal cometió un tercer error jurídico al no imponerle la administradora la carga de demostrar el cumplimiento de su deber de información y, contrario a ello, exigirle al demandante acreditar el ofrecimiento engañoso de mejores condiciones pensionales en la AFP.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la ineficacia del traslado – No es necesario estar ad portas de causar el derecho o tener un derecho causado

La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL 12136-2014, CSJ SL 19447-2017, CSJ SL 4964-2018 y CSJ SL 49892018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

En conclusión, la nulidad deprecada tiene su sustento en las normas que con antelación se han relacionado y comentado, y en el hecho cierto y evidente de que el traslado se efectuó del régimen de prima media al de ahorro individual, sin mediar ningún tipo de información relativa a las ventajas o desventajas, o

consecuencias que acarrearía dicho traslado, es decir, hubo una ausencia total del consentimiento informado que de manera patente y explícita se exige para la validez de este tipo de actuaciones.

Lo que la jurisprudencia que hemos acabado de citar atrás indica es que ante la falta de información por parte del fondo de pensiones, se infringe de manera palmaria el artículo 13 de la ley 100 de 1993 que consagra la libertad en la escogencia de régimen pensional, por cuanto si no hubo información veraz, oportuna, suficiente, el traslado deviene ineficaz en la medida en que la persona no tuvo la oportunidad de discernir acerca de las consecuencias del mismo.

PRUEBAS:

El señor Juez, se servirá, tener, decretar y practicar las siguientes

DOCUMENTOS:

Adjunto los siguientes documentos para que obren como prueba en el presente proceso:

- 1.- El poder para actuar.
- 2.- Fotocopia autenticada del registro civil de nacimiento de EDERMAN JOSE LUQUEZ DIAZ.
- 3.- Certificación donde consta la afiliación de EDERMAN JOSE LUQUEZ DIAZ a COLFONDOS S.A.
- 4.- Certificado de existencia y representación legal de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A., expedido por la superintendencia financiera.
- 5.- Historia laboral consolidada expedida por COLFONDOS S.A., Mayo de 1989, correspondiente a mi mandante.
- 6.- Simulación pensional llevada a cabo por COLFONDOS S.A. a EDERMAN JOSE LUQUEZ DIAZ.
- 8.- Copia de respuesta de la reclamación administrativa presentada ante Colpensiones el día .
- 9.- Comprobante de pago.

PROCEDIMIENTO, CUANTIA Y COMPETENCIA:

El procedimiento a seguir es el del PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA, la competencia la tiene Usted por haber prestado los servicios en esta ciudad el demandante y tener una sucursal en esta ciudad las dos entidades de previsión social demandadas.



El asunto carece de cuantía, dado que lo que se deprecia es la nulidad del acto de traslado el I.S.S. a COLFONDOS S.A., y ello no es susceptible de valoración económica (artículo 13 del Código de Procedimiento Laboral).

ANEXOS:

Adjunto los documentos relacionados en el capítulo de pruebas en el punto de documentales.

NOTIFICACIONES:

COLFONDOS S.A. las recibirá en sus oficinas ubicadas en la Carrera 9 No. 16 – 61 de la ciudad de Valledupar, correo electrónico: notificacionesjudiciales@porvenir.com.co

Colpensiones las recibirá en la Carrera 10 No. 16ª – 35 de la ciudad de Valledupar, correo electrónico: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

LA AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, en la siguiente dirección: procesos@defensajuridica.gov.co.

El Demandante y el suscrito las recibirá en la secretaría de su despacho o en la carrera 13B Bis # 16-34 oficina 102 en el edificio profesionales integrales de esta ciudad, correo electrónico: cpabogados2016@gmail.com.

Atentamente,

EDUARDO LUIS PERTUZ DEL TORO
CC. 1.065.629.232
T.P. 267.170 del C.S.J