

SEÑOR

JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ. (REPARTO)

E. S. D.

Referencia: PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.

Demandante: MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ

C.C. No. 79.278.475

Demandados: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

COLPENSIONES-

COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

JULY ELIZABETH SARMIENTO MUÑOZ, vecina de la ciudad de Bogotá D.C., identificada civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderada especial del demandante **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ**, mayor de edad y domiciliado en la misma ciudad, me permito formular mediante el presente escrito, demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** identificada con Nit. 900336004-7, representada legalmente por el señor Jaime Dussan Calderón, o quien haga sus veces al momento de la notificación del auto admisorio de la misma y; de **COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, identificada con Nit. 800149496-2, representada legalmente por Marcela Giraldo García identificada con cédula de ciudadanía No. 52812482, o quien haga sus veces al momento de la notificación, a efectos de que se realicen las declaraciones y se profieran las condenas que referiré en la parte petitoria de este libelo.

I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

1.1. Demandante:

El señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79278475 de Bogotá, D. C., y domicilio principal en la Calle 159 # 54-69 Torre 5 Apto 304, titular del correo electrónico migaro1963@hotmail.com, en calidad de único demandante dentro del presente proceso.

1.2. Demandados:

- La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, en adelante **COLPENSIONES**, identificada con Nit. 900336004-7, con sede principal en la Carrera 10 No. 72-33, torre B, piso 11 de Bogotá, D. C., representada legalmente por el señor Jaime Dussan Calderón, identificado con cédula de ciudadanía No. 12102957, la cual dispuso en su página web oficial el correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co, para la atención y trámite de las notificaciones judiciales en la que es parte.
- La sociedad **COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, en adelante **AFP COLFONDOS**, identificada con Nit. 800149496-2, con sede principal en la Calle 67 No. 7 - 94 de Bogotá, D. C., representada legalmente por Marcela Giraldo García identificada con cédula de ciudadanía No. 52812482, la cual dispuso en su certificado de existencia y representación legal el correo electrónico procesosjudiciales@colfondos.com.co, para la atención y trámite de las notificaciones judiciales en la que es parte.

II. HECHOS

1. Mi representado **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ** nació el 16 de agosto de 1963.
2. Mi prohijado cumplió 60 años de edad el 16 de agosto de 2023.
3. Mi representado empezó a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 19 de febrero de 1978, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM-.
4. Mi prohijado se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS-, a la AFP COLFONDOS, el 1 de octubre de 1999.
5. Al momento del traslado de régimen pensional, la AFP COLFONDOS y COLPENSIONES incumplieron con el deber de información frente a mi prohijado.
6. La AFP COLFONDOS vició el consentimiento de mi procurado, en la modalidad de error, al no haberle suministrado en forma clara y precisa las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen pensional de RPM al RAIS.

7. Mi poderdante nunca obtuvo por parte de la AFP COLFONDOS ni de COLPENSIONES un análisis integral de las condiciones concretas y subjetivas, con expresión de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y, la incidencia a su caso en particular sobre el valor de su mesada a futuro, de tal manera que pudiera tener un panorama claro de sus futuras expectativas pensionales.
8. La AFP COLFONDOS solo se limitó a suscribir con mi prohijado un formulario de afiliación.
9. El anterior formulario de afiliación se trata de un formato preestablecido por la entidad demandada, en el cual no se vislumbra información clara y específica sobre proyecciones, características y consecuencias de pertenecer a un régimen o a otro.
10. Mi prohijado no recibió en ningún momento la asesoría por parte de los representantes de las administradoras de pensiones en ambos regímenes.
11. En ningún momento COLFONDOS y/o COLPENSIONES explicaron a mi representado sobre el derecho de retracto.
12. El 12 de enero de 2024, mi representado a través de apoderado solicitó por escrito a COLFONDOS la documentación que respaldó su traslado de régimen, es decir, el formulario de afiliación; el formato de asesoría y; las proyecciones de su situación pensional. La solicitud que radicada bajo el No. 0001641708.
13. En el mismo requerimiento se solicitó la anulación del traslado del RPM al RAIS al que fue sometido mi poderdante, por carecer de eficacia dicho negocio; asimismo, solicitó que se trasladara hacia COLPENSIONES los valores recibidos con motivo de dicha afiliación irregular.
14. En respuesta de fecha 25 de enero de 2024 al requerimiento No. 0001641708, la AFP COLFONDOS manifestó que no era procedente acceder a la solicitud de ineficacia del traslado de régimen, y solo allegó el formulario de afiliación suscrito por mi prohijado el 1 de octubre de 1999.
15. El 6 de febrero de 2024, mi prohijado radicó ante COLPENSIONES solicitud para reactivar su afiliación al RPM, con los mismos fundamentos del requerimiento radicado ante COLFONDOS. La solicitud quedó radicada bajo el No. 2024_232554.

16. COLPENSIONES atendió el mismo día la solicitud radicada bajo el No. 2024_2325554, manifestando que no era posible acceder a la solicitud de reactivación de mi poderdante en el RPM.
17. El señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ** ha cotizado al sistema general de pensiones durante su vida laboral más de 2.200 semanas.

III. PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos anteriormente expuestos, solicito del Despacho que, previo reconocimiento de mi personería para actuar como apoderada de la parte demandante en el proceso de la referencia y, cumplidos los trámites del proceso ordinario laboral, se efectúen e impongan las siguientes declaraciones y condenas:

A. DECLARACIONES:

1. DECLARAR la ineficacia del traslado que el señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ** efectuó el 1 de octubre de 1999 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la AFP COLFONDOS.
2. DECLARAR que, al momento del traslado del RPM al RAIS, los agentes o promotores de la AFP COLFONDOS, no le proporcionaron al señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ** una información completa y comprensible sobre las consecuencias de elección del régimen pensional, a fin de ilustrarlo en las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes en los dos regímenes pensionales existentes.
3. DECLARAR que la única afiliación válida al sistema general de pensiones que ha tenido el señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ**, sin solución de continuidad, ha sido la efectuada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**.

B. CONDENAS:

1. CONDENAR a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado por el señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ** en su cuenta individual, como lo son cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales a la aseguradora, con todos

sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, hasta el momento en que quede ejecutoriada la sentencia que así lo disponga.

2. CONDENAR a COLFONDOS asumir a su cargo los deterioros y las mermas que hubiera sufrido el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ**.
3. ORDENAR a COLPENSIONES que proceda a reactivar la afiliación del señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.
4. ORDENAR a COLPENSIONES que proceda a recibir de parte de la AFP COLFONDOS, la totalidad de lo ahorrado por el señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ** en su cuenta individual, junto con sus rendimientos, esto último en caso de que resulte inferior al monto del aporte legal correspondiente si hubiese permanecido en el RPM.
5. Lo que resultare probado en virtud de las facultades extra y *ultra petita*.
6. CONDENAR en costas y agencias en derecho a las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS.

IV. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

1. EN EL ORDEN SUSTANCIAL

Me sustento en el artículo 20 de la Constitución Política, respecto al derecho de recibir información veraz e imparcial. En el Libro Primero, Título I, Capítulo I y en el Libro Quinto, disposiciones finales, de la Ley 100 de 1993, contentivos de las regulaciones sobre “los efectos de la afiliación”, aludiendo en especial a los artículos 13, 271 y 272. Así mismo, me sustento en el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 y; por analogía, en la Ley 57 de 1887, actual Código Civil, artículos 1501, 1502, 1508, 1510, 1604 y 1746.

2. EN LO ADJETIVO

Es fundamento procesal de esta demanda lo establecido en el artículo 74 del Decreto Ley 2158 de 1948, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 38 de la Ley 712 de 2001. Y, por analogía, el artículo 167 del Código General del Proceso.

3. SUSTENTO JURISPRUDENCIAL Y LEGAL

Como fundamento jurisprudencial traigo a colación las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia CSJ SL 1501 de 27 de abril de 2022, rad. 90780, M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz; CSJ SL 026 de 19 de enero de 2022, rad. 86216, M.P. Jorge Prada Sánchez; CSJ SL 638 de 26 de febrero de 2020, rad. 70050, M.P. Dolly Amparo Caguasango Villota; CSJ SL 2877 de 29 de julio de 2020, rad. 78667; CSJ SL 1688 de 8 de mayo de 2019, rad. 68838 y; CSJ SL 1452 de 3 de abril de 2019, rad. 68852. Estas tres últimas sentencias con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En estas providencias la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia realizó un análisis de los artículos 13, literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en lo que concierne a la debida información que debe recibir un usuario al momento de efectuarse el traslado de régimen; del mismo modo, las consecuencias que implica la falta del suministro suficiente de dicha información, y las consecuencias que ello acarrea para las AFP como administradoras del régimen de ahorro individual:

La sentencia CSJ SL1688 de 2019 efectuó una reseña histórico-normativa, enfatizando que, desde la entrada en funcionamiento del Sistema General de Pensiones, las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados o a quienes potencialmente puedan serlo, respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes:

[...] ...como una expresión de responsabilidad en una actividad profesional que se ejecuta en el marco regulatorio del servicio público de Seguridad Social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, según lo dispone el artículo 48 de la Constitución Política, siendo las dos primeras actividades mencionadas una manifestación típica de política pública y, la última, una materialización de la inspección y vigilancia que corresponde ejercer a través del ente especializado para el efecto. [...]

La misma Corte, en la sentencia SL1501 de 2022 con ponencia del magistrado Luis Benedicto Herrera Díaz, señaló que,

[...] el entendimiento respecto del tipo o clase de información con la cual se cumplía el mentado deber, se acompasa con la dinámica legislativa y reglamentaria que siempre quiso poner en cabeza de las administradoras de pensiones tal previsión, la de brindar información, no de

cualquier calidad sino calificada, dada la complejidad técnica del tema y las incidencias que una decisión de ese calibre podría llegar a tener en la vida de un trabajador. [...] -Sic-

En ese orden, para la época en que se produjo el traslado del señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ** del RPM al RAIS, esto es, el año 1999, se encontraban vigentes no solo el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 y el artículo 271 de la misma preceptiva sino, también, el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en su versión original, que disponía: *“Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*. Las cuales no fueron aplicadas en forma diligente por la AFP COLFONDOS lo que acarreó, por consiguiente, una flagrante afectación de los derechos de mi representada.

Por si fuera poco, también se desatendió el compendio constitucional que gobierna el derecho a la información como lo es el artículo 20 de la Carta. En ese sentido, competía a COLFONDOS haber suministrado la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer a mi representada la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

Es decir, al momento del traslado que se le aplicó al señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ** existía toda una batería normativa de carácter especial que regulaba la materia en cuanto a la afiliación a seguridad social en pensiones, y la calidad y oportunidad de la información suministrada por parte de las AFP que debía precederla, lo cual coincide, con el argumento pacífico que al respecto ha emitido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones COLFONDOS al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que mi procurado **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ** conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Así lo dejó sentado la Sala Laboral en sentencia SL 1452 de 2019, con ponencia de la magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

[...] Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en 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 aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. [...] -Sic-

Por consiguiente, no es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como explica la Corte, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial, más que el estudio sobre el elemento “consentimiento” debe centrar el análisis en el deber de información y buen consejo que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido la Sala Laboral de la Corte en sentencia CSJ SL 2877 de 29 de julio de 2020:

[...] Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no supe en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que dicha jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia [...] -Sic-

Así lo venía asentando la misma Corporación en providencia SL 1452 de 3 de abril de 2019¹:

[...] Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar,

¹ M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado. [...] -Sic-

Lo anterior permitiría dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de que cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social como lo son las AFP, **la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.**

4. CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Basado en principios de solidaridad, igualdad y universalidad, el derecho a la seguridad social adquirió mayor desarrollo en la segunda mitad del Siglo XX, con positiva evolución hacia su asunción internacional como derecho inmanente de la persona.

Así, la seguridad social tiene cabida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre varios otros tratados internacionales.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), *“la seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias, y de toda la sociedad. Es un derecho humano fundamental y un instrumento de cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social”.*

El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estatuye: *“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”*

No obstante, como vienen repitiendo la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, a través de un estudio más profundo sobre la diferencia entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, se ha indicado que las obligaciones positivas y negativas se pueden encontrar en cualquier tipo de derecho, sin importar en cual categoría se sitúe , “podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de los derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tienen un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una

conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones de cada derecho llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen”

5. LA OMISIÓN AL DEBER DE INFORMAR TRAE COMO CONSECUENCIA UN VICIO DE CONSENTIMIENTO GENERANDO UNA NULIDAD AL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL Y ESTA A SU VEZ COMO CONSECUENCIA LA DEVOLUCIÓN POR PARTE DEL FONDO PRIVADO DE LOS VALORES RECIBIDOS CON SUS RENDIMIENTOS.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 48, es clara cuando manifiesta que la decisión de traslado de régimen debe ser libre, voluntaria y la doctrina y la jurisprudencia ha sido reiterada cuando manifiesta que, respecto de los actos jurídicos, la voluntad, tanto en su formación como en su exteriorización debe ser consciente y libremente emitida, lo que significa además que sea informada. En este caso donde el hecho de que la demandante no hubiera estado debidamente informada de las consecuencias del traslado de régimen genera un vicio en el traslado y por tanto la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad.

Es así como en un caso de desinformación sobre lo anterior, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencias como la del radicado No. 31 989 de 2008 declaró la nulidad del traslado del demandante al régimen de ahorro individual.

Ahora bien, la declaración de INEFICACIA DEL TRASLADO trae como consecuencia el regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en el presente caso como los aportes ya se encuentran en COLPENSIONES debidamente reintegrados es esta entidad la llamada a reconocer la pensión de mi poderdante.

Así se refirió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

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

Como la nulidad fue por la conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el

capital destinado el financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, el administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada. " (Subrayado fuera de texto) (Sentencias como la de radicado No. 31 989 de 2008)

6. EXPRESIONES GENÉRICAS SON CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS FORMULARIOS DE AFILIACIÓN O VINCULACIÓN

Por otro lado, el hecho que en un formulario de afiliación, se acepten contenidos mediante expresiones genéricas, tales como el hecho de haber sido una decisión libre y voluntaria o de haber sido asesorado sobre los aspectos del Régimen de Ahorro Individual, o de las implicaciones de su decisión, no resultará suficiente para acreditar que en la realidad se brindó la debida asesoría, pues en materia laboral y de seguridad social existe un principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad, sobre lo meramente escritural o formal, que hace que no le baste a los fondos de pensiones ampararse exclusivamente en este tipo de formularios de afiliación y manifestaciones pues en verdad deberán demostrar que la asesoría se brindó con la absoluta rigurosidad que se les exige.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. CARGA DE LA PRUEBA

De conformidad con los lineamientos Jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos como el que se pretende en esta demanda, la carga de la prueba se encuentra a cargo del fondo de pensiones demandado, es decir, será este fondo privado al cual se trasladó el demandante a quien le corresponderá demostrar que le brindó al momento del traslado de manera completa, transparente, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, toda a la información respecto las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este Régimen, los riesgos, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendente decisión de cambiarse de régimen de pensiones (Sentencias con radicados No. 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33803 de 2011 y 46292 del 3 de septiembre de 2014).

Así se refirió la Sala de Casación Laboral "*En estas condiciones al 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*". (Sentencias con radicados No. 31989 de 2008).

Más recientemente sobre este punto de la carga de la prueba en estos casos se dijo:

SL1452-2019 M.P CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: En esta sentencia la corte estudia el tema de la nulidad del traslado, desde tres aspectos: el deber que tienen los fondos de suministrar información, sobre quién recae la carga de la prueba de que se brindó una asesoría integral y si la nulidad del traslado solo es procedente para aquellos afiliados beneficiarios de la transición o con un derecho pensional ya causado al momento del traslado, sobre este último punto esta Corporación indicó que la ineficacia y/o nulidad opera solo por la falta del deber de información en la que incurrió el fondo, sin importar las expectativas legítimas que pueda tener del afiliado.

Lo anterior teniendo en cuenta que siendo los fondos de pensiones quienes tienen a cargo la responsabilidad de brindar la debida asesoraría a sus afiliados como a quienes pretendan afiliarse a esos fondos, serán por tanto quienes tendrán por ende la carga de demostrar que si brindaron la completa y transparente información al momento del traslado. No resultando lógico que se pretenda trasladar la carga al afiliado, en este caso el demandante, o que se presuma que debió tener la información por sus propios medios, o porque lo dispone la ley y la ignorancia de la misma no sirve de excusa, o porque que se trata de una persona preparada, o con la educación suficiente para tener que haber conocido la información que debía suministrarle el fondo de pensiones, trasladándole la responsabilidad, pues se trata de información sumamente técnica, o especializada.

Así las cosas, será el fondo privado COLFONDOS quienes tendrán la carga de demostrar haber brindado al demandante la suficiente información sobre las implicaciones del cambio de regímenes, sin importar si la demandante se encontraba o no en el régimen de transición o que pierda o no este derecho.

Sobre todo, lo último dicho, así se pronunció la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en un caso similar en donde la demandante no era beneficiaria del régimen de transición y por ello no se buscaba con la declaración de nulidad deprecada, recuperar ese régimen de transición.

“La carga de la prueba está en cabeza de las personas demandadas; así las cosas, para esta Sala es claro que la juez de primera instancia no se equivocó en señalar que era la administradora quien debía acreditar las circunstancias que rodearon el traslado. También parel Sala se hace necesario recordar que acorde con la jurisprudencia la carga de la prueba se invierte, y debernos insistir en eso, en favor del afiliado, quien no es un experto en la materia porque por más que se tenga experiencia profesional y se tengan conocimientos científicos, eso no importa para el asunto a resolver, quien debe informar es el que se supone que conoce del tema, tener una profesión no significa que se conozcan todas las materias en otros campo como en este que le corresponde a las administradoras, en estas condiciones en realidad el deseo del afiliado es el que debe protegerse y proteger que no sea víctima de este tipo de engaños o de informaciones no suficientes que la juez de primera instancia no se equivocó independientemente del objetivo de la nulidad del traslado, y si la actora conserva o no el régimen de transición, o si se va a pensionar entonces con ese régimen o con la Ley 100, aquí discutimos es la Nulidad de Traslado originada por esa omisión del deber de informar que la jurisprudencia ha señalado suficientemente para declararla.” (Sala laboral Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 10 de septiembre de 2015, dentro del proceso con radica No. 2014 -51. MP. Marleny Rueda Olarte).

8. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DERECHOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

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

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

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

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

Por todo lo anterior, es que se deberá declarar la **INEFICACIA o NULIDAD del traslado** del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida del demandante, efectuada el 1° de octubre de 1999 con el fin de que el segundo pensione el demandante ante la omisión de la debida información.

No acceder a lo solicitado, desconocería la garantía irrenunciable la seguridad social y el principio de libre escogencia del régimen pensional establecidos en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, y el artículo 13 de la Ley 100 de 1 993 al tratarse de derechos de rango constitucional que tienen estrecha relación también con el minino vital de su titular.

Respecto de los temas tratados es reiterada la posición de la Corte Suprema de Justicia decantando una línea jurisprudencial, dejando en claro que los traslados efectuados con un consentimiento sin información completa pierden su eficacia y deben ser declarados nulo y regresar todo a su origen, como ejemplo podemos citar:

SENTENCIA SL 31989 DE 2008 M.P EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS: Determinó que las administradoras de pensiones no solo deben promocionar su servicio y de esta manera cumplir metas de crecimiento financiero y comercial, sino que al considerarse que administran un derecho como es el de la pensión, deben propender por la satisfacción del interés colectivo, por ello tienen el deber de proporcionar a los posibles interesados en la afiliación una información completa y comprensible, teniendo en cuenta la asimetría de la información que puede haber entre un experto y un afiliado lego.

SENTENCIA SL 12136 DE 2014 ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN: La corte hace énfasis en el objetivo del Sistema de Seguridad Social, de garantizar derechos irrenunciables del individuo y la comunidad para brindar una calidad de vida acorde con la dignidad humana. Por ello establece que la elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales debe estar antecedida de una decisión informada y autónoma, porque de otra manera no se entiende el cambio y la eventual renuncia a derechos que el mismo puede ocasionar.

SENTENCIA SL 19447 DE 2017 GERARDO BOTERO ZULUAGA: Indicó que el nuevo sistema pensional con la creación de dos regímenes buscaba ampliar la cobertura y reforzar la PORVENIR Social, buscando amparar a los ciudadanos de las contingencias derivadas de los riesgos de la vejez, invalidez y muerte, pero, determina que la misma ley estableció que la elección a los regímenes pensionales debía ser libre y voluntaria, lo que exige no cualquier tipo de asesoría sino una que permita tomar decisiones informadas, por eso decreta la nulidad al establecer que la información dada por el fondo pensional, no se puede entender con la simple cláusula genérica, sino que el afiliado tuvo que haber obtenido los elementos de juicio suficiente para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado y no debe importar si la persona se encuentra en transición o no.

SENTENCIA SL 17595 DE 2017 M.P FERNANDO CASTILLO CADENA: En esta sentencia se precisó que de acuerdo a la jurisprudencia que sobre el tema que atañe a la nulidad del traslado, se han fijado los deberes y las obligaciones de los fondos pensiones, los cuales consisten en: que la información que debe brindar la entidad pensional comprende desde la antesala de la afiliación hasta el momento del disfrute pensional, el deber de dar

una información comprensible a un afiliado lego por parte de un administrador experto (AFP) Y por último manifiesta que las administradoras tienen el deber del buen consejo , por ello deben proporcionar una información activa e ilustrativa de los beneficios y desventajas del traslado , sin importar si la misma puede desestimar la decisión del interesado en trasladarse.

SENTENCIA SL4964-2018 GERARDO BOTERO ZULUAGA: la Corte reitera los pronunciamientos de sentencias anteriores, haciendo hincapié en que , de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la elección de cualquiera de los dos regímenes impartidos por la citada ley, debe ser libre y voluntaria, lo que no permite cualquier tipo de asesoría, sino aquella que pueda generar decisiones informadas bajo la óptica del que la brinda tiene el deber del buen consejo y sabe la importancia y el valor de la misma, al igual que conoce las consecuencias que puede acarrear el cambio de un régimen , por ello esta exigencia no se entiende satisfecha con una simple información o el diligenciamiento de un formulario de vinculación.

En la mentada sentencia, también se establecen las reglas que dan lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación, determinando también quien es el encargo de proporcionar la información al implementar las siguientes pautas:

- I. La insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho;
- II. No será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad;
- III. En los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados.

SL037 DE 2019 ERNESTO FORERO VARGAS: En esta sentencia se declara la nulidad del traslado de una persona, que pese haber podido volver a vincularse con Colpensiones, antes de que le faltaren 10 años o menos para la pensión, su traslado al Régimen de ahorro individual le había hecho perder los beneficios de la transición, por lo que su pensión había sido reconocida en un monto inferior. El alto tribunal decreto la nulidad al considerar que al afiliado no se le dio una información suficiente, clara y calificada, pues no se le indicó que con el traslado perdía el régimen de transición.

Con lo anterior podemos ver que la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha asumido una posición que favorece la nulidad de traslado en los casos en que se demuestre que hubo indebida información por parte del asesor del fondo de pensiones privado al momento de la afiliación y aun así, negligencia del fondo de pensiones privado al no informar a sus afiliados durante la relación comercial sobre las ventajas o desventajas de cada uno de los regímenes de una forma clara y entendible para el afiliado, que le permitiera tomar una decisión tan trascendental e importante como lo es la pensión de vejez.

SL1452-2019 M.P CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: En esta sentencia la corte estudia el tema de la nulidad del traslado, desde tres aspectos: el deber que tienen los fondos de suministrar información, sobre quién recae la carga de la prueba de que se brindó una asesoría integral y si la nulidad del traslado solo es procedente para aquellos afiliados beneficiarios de la transición o con un derecho pensional ya causado al momento del traslado, sobre este último punto esta Corporación indicó que la ineficacia y/o nulidad opera solo por la falta del deber de información en la que incurrió el fondo, sin importar las expectativas legítimas que pueda tener del afiliado.

SL 1421-2019 M.P GERARDO BOTERO ZULUAGA: se hace alusión que no puede entenderse que el afiliado al momento del traslado tomo una decisión libre y voluntaria al haber plasmado su firma en el formato de afiliación, por lo que no puede en juicio indicarse que la exhibición de tal documento es prueba de la información brindada, pues no es suficiente toda vez que la información suministrada debe corresponder a la realidad.

De esta manera se solicita de la manera más respetuosa se proceda a aceptar la anulación - pérdida de efectividad del traslado de régimen efectuado a AFP PORVENIR y por ende se declare que siempre estuve afiliado al Régimen de Prima Media administrado por el ISS-COLPENSIONES, trasladando todo el capital ahorrado en mi cuenta individual, junto con los intereses, rendimientos y cuotas de administración que haya producido.

V. PRUEBAS

A fin de esclarecer los hechos de la demanda en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, solicito al Despacho se decreten, practiquen y tengan como tales, las siguientes:

A. DOCUMENTALES

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ**;
2. Historia laboral del señor **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ**, expedida por COLFONDOS;
3. Copia del formulario de afiliación suscrito por mi representad con **COLFONDOS**, de fecha 1 de octubre de 1999;
4. Copia de petición dirigida a **COLFONDOS**, el 12 de enero de 2024, donde mi representado solicitó la documentación que respaldó su traslado de régimen, así como la ineficacia del traslado;
5. Copia de la respuesta de **COLFONDOS**, de fecha 25 de enero de 2024;
6. Copia de escrito radicado ante **COLPENSIONES** por mi representado bajo el No. 2024_2325554, donde solicitó a la entidad, entre otras, la reactivación de su afiliación al RPM, sin solución de continuidad;
7. Copia de la respuesta de **COLPENSIONES**, de fecha 6 de febrero de 2024 al radicado No. 2024_2325554;

VI. PROCEDIMIENTO

Se trata de un proceso ordinario laboral de primera instancia, cuyo procedimiento está regulado en el Capítulo XIV, artículo 74 y subsiguientes del Decreto Ley 2158 de 1948, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 38 de la Ley 712 de 2001.

VII. COMPETENCIA

Por la naturaleza del asunto y el domicilio de las partes demandadas es usted competente señor (a) Juez para conocer de este procedimiento regulado en el Capítulo II, artículo 11 del Decreto Ley 2158 de 1948, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

VIII. CUANTÍA

El presente asunto no es susceptible de fijación de cuantía, con base en el Capítulo II, artículo 13 del Decreto Ley 2158 de 1948, Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

IX. ANEXOS

1. Poder para actuar debidamente diligenciado;
2. Constancia de mensaje de datos del envío y/o traslado de la demanda al correo electrónico de COLPENSIONES.
3. Constancia de mensaje de datos del envío y/o traslado de la demanda al correo electrónico de COLFONDOS.
4. Certificado de existencia y representación legal de COLFONDOS;
5. Los documentos enunciados en el capítulo de pruebas.

X. NOTIFICACIONES

Las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, en cumplimiento del artículo 197 de la Ley 1437 de 2011 y de la Ley 2213 de 2022, en su página web oficial dispuso la cuenta de correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co para la atención y trámite de las notificaciones de los procesos judiciales en que es parte esta. Así como también, en la Carrera 10 No. 72 - 33, torre B, piso 11, Bogotá, D. C.

La Sociedad **COLFONDOS S. A. PENSIONES Y CESANTÍAS** dispuso en su certificado de existencia y representación legal la cuenta de correo electrónico procesosjudiciales@colfondos.com.co para la atención y trámite de las notificaciones de los procesos judiciales en que es parte esta; así como también, en la Calle 67 No. 7 - 94 de Bogotá, D. C.

Mi representado **MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ** en la Calle 159 # 54-69 Torre 5 Apto 304 de Bogotá D.C., y en el correo de electrónico para notificaciones migaro1963@hotmail.com, o en la secretaria de su despacho.

El suscrito en la Secretaría de su Despacho o en la Cra. 5 N° 66-17 de Bogotá, en los teléfonos 3015764631 - 3005097665 y en los correos electrónicos direccionlaboral@munozab.com, abogado4@munozab.com.

Del (la) señor (a) Juez,



JULY ELIZABETH SARMIENTO MUÑOZ

C.C. 1.072.640.284 de Chía - Cundinamarca

T.P.: 235.876 del C.S. de la J.