

Señor

JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI (REPARTO)

La ciudad.

REF.: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: CONSUELO GONZALEZ BARRETO
DEMANDADO: **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

JESSICA BENAVIDES PLAZA, mayor de edad, vecina de esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.144.089.245 de Cali (Valle) y portadora de la tarjeta profesional No. 372.261 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderada de **CONSUELO GONZALEZ BARRETO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.252.961 de Bogotá (Cundinamarca), según el poder a mi conferido a lo cual adjunto, mediante este escrito instauró **DEMANDA LABORAL ORDINARIA DE PRIMERA INSTANCIA** contra **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con domicilio en esta ciudad, representadas legalmente por Alain Foucrier Viana, Mauricio Toro Bridge y Jaime Dussan Calderón o quien haga sus veces, para que previo los trámites procesales pertinentes, se hagan las declaraciones y condenas que más adelante invocare, previo el esbozo de los hechos que estableceré.

I. HECHOS Y OMISIONES

PRIMERO: Mi poderdante, la señora CONSUELO GONZALEZ BARRETO, nació el 18 de octubre de 1974, actualmente cuenta con 48 años conforme se prueba con la copia de la cédula de ciudadanía que se adjunta al presente escrito.

SEGUNDO: En OCTUBRE de 1997, en el lugar de trabajo de mi poderdante, se presentó una visita por parte de los promotores comerciales de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS ofreciendo beneficios del RAIS sin suministrar completa, veraz y correcta asesoría e información respecto de las ventajas y desventajas de dicho régimen.

TERCERO: Mi representada se afilió al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en octubre del año 1997 desconociendo la veracidad de la información que le fue suministrada al momento de la afiliación y confiando en la buena fe de los promotores comerciales de la AFP.

CUARTO: Afirma mi poderdante que, para la fecha de la afiliación al régimen de ahorro individual, el asesor comercial de COLFONDOS S.A. no le suministro el plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de COLFONDOS S.A.

QUINTO: El Promotor de COLFONDOS S.A., para la fecha de la afiliación 23 de septiembre de 1999 no le suministro a mi poderdante información referente a las diferencias entre el RAIS y el RPMPD

SEXTO: Para conseguir la afiliación de mi poderdante al RAIS, el Promotor de la COLFONDOS S.A., mediante discurso verbal y nunca por escrito ilustro a mi poderdante una serie de beneficios tendientes a convencerla para que se afiliara a la administradora de pensiones, entre los cuales destaca:

1. Que el monto de la pensión que obtendría con la COLFONDOS S.A. sería superior al que le sería asignado si se afiliaba al instituto de seguros sociales hoy Colpensiones.
2. Que se podría pensionar a cualquier edad y que no tendría que esperar al cumplimiento de la edad mínima de pensión que exigía en ese entonces el instituto de seguros sociales.

3. Que el régimen de Prima Media administrado por el ISS (hoy Colpensiones) iba a desaparecer, estando en riesgo los aportes para pensión de las personas en dicho régimen.

SEPTIMO: De igual forma el Promotor de COLFONDOS S.A., omitió suministrarle a la señora González Barreto, la información necesaria para tomar una decisión tan trascendental para la vida personal y familiar especialmente, informarle cuales eran los requisitos para la pensión de vejez en el "RAIS" y cuáles eran las características propias de este régimen pensional.

OCTAVO: El Promotor COLFONDOS S.A., no le entrego a mi poderdante al momento de la afiliación proyecciones, ni le entregó comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto en el régimen de prima media del ISS (hoy Colpensiones) como en el régimen de ahorro individual del Fondo Privado de Pensiones (RAIS).

NOVENO: El Promotor de COLFONDOS S.A., no le informó cual tabla de mortalidad de rentistas se estaba utilizando por parte de la Administradora para realizar la proyección de la pensión y que de variar la misma, el valor de la mesada pensional iba a cambiar ni las consecuencias de tener cónyuge o compañero(a), o un hijo discapacitado, o menor de edad, estando en el Fondo Privado de Pensiones ni mucho menos que tenía derecho a retractarse de la afiliación al Fondo Privado de Pensiones, siendo esta una obligación que según el artículo 3º del decreto 1661 de 1994 recae en la entidad.

DECIMO: El Promotor de COLFONDOS S.A., no le entrego información a mi poderdante indicándole hasta qué edad debía cotizar en el Fondo Privado de Pensiones y con qué salarios, para alcanzar una pensión de vejez ni cuanto capital ahorrado se exige para tener una pensión de salario mínimo en el Fondo Privado de Pensiones ni de la prohibición de trasladarse de régimen pensional establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

DECIMO PRIMERO: Mi poderdante fue engañada por los empleados de COLFONDOS S.A., para obtener su consentimiento de afiliarse al RAIS.

DECIMO SEGUNDO: COLFONDOS S.A. al momento de la afiliación al RAIS en el año 1997, no le entregó a mi mandante información **OBJETIVAMENTE VERIFICABLE** que le permitiera tomar la decisión de afiliarse al RAIS, **tornándose dicha afiliación en nulo o ineficaz.**

DECIMO TERCERO: En septiembre de 2001, realizó un traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

DECIMO CUARTO: En el traslado efectuado entre administradoras del RAIS, nuevamente el fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. omitió realizar un análisis riguroso sobre su situación pensional, tampoco se le informó sobre la fórmula de liquidar la mesada pensional en dicho régimen, y mucho menos recibió una proyección de la mesada pensional que obtendría en ambos regímenes.

DECIMO QUINTO: Por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A tampoco recibió información de manera clara y por escrito sobre las diferencias existentes entre el Régimen de Ahorro Individual y el Régimen de Prima Media, y mucho menos, asesoraron de conformidad al perfil que presentaba, ni efectuaron proyección pensional y tampoco informaron la prohibición de trasladarse de régimen pensional establecida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

DECIMO SEXTO: En septiembre del 2002 realizó un nuevo traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., sin embargo, en enero del 2013 retornó nuevamente a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a la cual se encuentra actualmente afiliada.

DECIMO SEPTIMO: El día 06 de marzo del 2022 presentó ante la AFP PROTECCIÓN S.A. derecho de petición solicitando proyección de mesada pensional en el RAIS y en RPM, copia de la carpeta administrativa y traslado de todos sus aportes al RPM.

DECIMO OCTAVO: La AFP PROTECCIÓN S.A. mediante oficio fechado del 16 de marzo del 2022 da respuesta a la información solicitada indicando que obtendría pensión con base salarial promedio de \$1.000.000 en COLPENSIONES y que con PROTECCIÓN S.A. la mesada pensional ascendería a la suma de \$3.237.329 a sus 57 años de edad con una base salarial de \$1.101.579.

DECIMO NOVENO: el día 24 de enero de 2023 la señora Consuelo González Barreto, diligencio y presentó formulario anulación de afiliación al RAIS y afiliación ante ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES con el fin de obtener el traslado al RPM, con radicado 2023_1146448

VIGESIMO: La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES mediante oficio con radicado BZ2023_1168565-0242078 con fecha del 24 de enero de 2023 da respuesta a la solicitud.

VIGESIMO PRIMERO: El día 09 de febrero del 2023 presentó ante COLFONDOS S.A. derecho de petición solicitando anulación de afiliación realizada al RAIS y traslado de aportes al RPM, correspondiendo el radicado 230209-000308.

VIGESIMO SEGUNDO: La AFP COLFONDOS S.A. mediante oficio fechado del 24 de febrero del 2023 da respuesta a la información solicitada.

VIGESIMO TERCERO: Colpensiones no ha realizado la afiliación de mi mandante al régimen pensional como se ha solicitado.

VIGESIMO CUARTO: la AFP PROTECCIÓN S.A., no han realizado la anulación de la afiliación al RAIS, ni el traslado de mi mandante a Colpensiones, como se ha solicitado.

VIGESIMO QUINTO: Se resalta que a la fecha, la señora Barreto al 24/05/2023 contaba con un total de 1.238,57 semanas cotizadas y 48 años de edad.

II. PRETENSIONES

De los hechos expuestos, ruego a usted señor Juez que se realice a nombre de **CONSUELO GONZALEZ BARRETO** las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS:

PRIMERO: DECLÁRESE que la afiliación de la señora CONSUELO GONZALEZ BARRETO a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y los consecuentes traslados efectuados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvieron mediados de error; y que por ello son nulos o ineficaces, al no informarle de manera completa, comprensible y a la medida: *i) sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría en el de prima media, ii) la posibilidad que tenía de retractarse de su afiliación y de retornar al régimen de prima media y iii) por no habersele hecho entrega física del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento, tal como se ordena en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.*

En consecuencia,

SEGUNDO: DECLÁRESE la INEFICACIA y/o NULIDAD de la afiliación al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. que, una vez ejecutoriada su sentencia, se sirva trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de mi mandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se

hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS traslade todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de mi mandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar el traslado de la señora CONSUELO GONZALEZ BARRETO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por esa entidad.

SEXTO: CONDÉNESE al pago de las costas y agencias en derecho que resulten del presente proceso.

SÉPTIMO: CUALQUIER otro derecho que resultare debatido y probado durante el trámite judicial conforme a las facultades Ultra y Extra-Petita otorgadas al Juez Laboral.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA y RAZONES DE DERECHO

Fundamento la presente demanda en lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; el artículo 18 del Decreto 656 de 1994 y el 48 de la ley 1328 de 2009; Sentencia SL2476 del 2022 y SL1055 del 2022 entre otras.

❖ DEBER DE INFORMACIÓN A CARGO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES.

Desde el nacimiento de las administradoras del régimen de ahorro individual, se impuso a las Administradoras de Fondos Pensionales la obligación de suministrar información necesaria para lograr la mayor transparencia en el proceso de afiliación, como lo dispone el numeral 1°, artículo 97 del Decreto 663 de 1993, garantizando que la misma se efectúe de manera libre y voluntaria, lo que implica realizar una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, para que el potencial afiliado tenga conocimiento frente a los mismos y pueda compararlos, de suerte que le sea permitido, a través de elementos de juicio claros, escoger la mejor opción del mercado.

En ese entendido, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció que los trabajadores tienen la opción de elegir libre y voluntariamente el régimen que más les convenga, expresión que, conforme a lo dicho por el Máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, supone aquel conocimiento que alcanza el afiliado cuando se advierten, de forma completa, las consecuencias de tal situación.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en providencia con radicado N°. 31314 del 9 de septiembre del 2008 con ponencia de la Magistrada Dra. ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERON preciso lo siguiente:

«acerca de la omisión de cumplir los Fondos de Pensiones, con su obligación de proporcionar una información completa, en sentencia de la fecha, radicado 31989, se explica así:

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

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

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

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

“Las administradoras de pensiones son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora”.

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

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

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

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

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

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materia 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 mayúscula y vitales como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el

deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica”.

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

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

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

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

En igual sentido el Tribunal Superior de Cali, sala Laboral en sentencia N° 273 de septiembre 30 de 2014, M.P. Dra. ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON ha manifestado:

“...se puede concluir que entre las obligaciones impuestas al Fondo de Pensiones, está la de entregar a cada afiliado a más tardar al momento de la vinculación el texto del reglamento de funcionamiento aprobado por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, así como del respectivo plan al que se hubiere acogido el solicitante, debidamente explicado así mismo es diáfana al señalar que es obligación del Fondo de Pensiones informar de forma clara y por escrito el derecho de retracto que tienen los afiliados...”.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3168- 2021, reiteró los diversos pronunciamientos que sobre el punto han sido expuestos por la misma Corporación, así:

“Como ha tenido ocasión de reiterar esta corporación, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de la existencia de un verdadero consentimiento informado de la parte interesada para que sea válido, toda vez que es un deber profesional de las administradoras de fondos de pensiones brindar toda la información requerida para que el afiliado tome una decisión como la que se cuestiona, con conocimiento sobre sus implicaciones.

Al efecto, la Corte ha considerado, tal como se expuso en decisión CSJ SL12136- 2014, «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 allí que:

[...] 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 dicho sentido se ha considerado que la información necesaria refiere a la descripción, características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que

implica un cotejo entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Sobre este puntual aspecto se memora la providencia CSJ SL1688-2019, rad. 68838, en la que se dijo:

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 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, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es 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 organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

[...]

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 la información suficiente y transparente que permitiera 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 de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los 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.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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».

En ese entendido, es claro que, para que pueda entenderse que existe una manifestación libre y voluntaria, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es necesario que el afiliado conozca la incidencia de la acción de afiliación frente a los derechos prestacionales, por lo que ha sido una obligación permanente de las administradoras brindar información clara y suficiente de los efectos que genera el cambio de régimen, para garantizar que la elección del interesado se ha dado con pleno conocimiento de las consecuencias que de allí se derivan.

Para efectos ilustrativos se transcribe el cuadro de etapas del deber de información que deben cumplir las AFP y la normatividad aplicable conforme a la sentencia SL1452-2019 de la Sala Laboral de la CSJ:

| <u>Etapa acumulativa</u> | <u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información.</u> | <u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u> |
|--------------------------|---|--|
|--------------------------|---|--|

| | | |
|---|---|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art 9 numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo de la Ley 797 de 2000 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características condiciones, acceso, efectos riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3, literal c) de la Ley 13 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo |
| Deber de información, asesoría y buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circulante Externa n. 016 de 2016 | Junto con lo anterior, el afiliado inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

En atención con lo anterior, era necesario e imprescindible que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, al momento de suscribir el formulario de vinculación de la accionante al RAIS, le suministrara a esta una *“suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría afiliarse a tal régimen y sus posibles consecuencias futuras”*, situación que no aconteció, pues la única prueba que reposa en el expediente administrativo es la suscripción de un formulario de *“solicitud de vinculación o traslado al fondo de cesantías y pensiones obligatorias”* por parte de COLFONDOS S.A., situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en él se impone en forma genérica la leyenda de que la escogencia del Régimen de Ahorro Individual se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones.

Así pues, no se demuestra que COLFONDOS S.A. y los demás fondos de pensiones demandados, hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, pues lo cierto es que aunque existan formularios de afiliación, no es prueba suficiente que logre acreditar una debida asesoría mediante la cual se le hubiera ilustrado a la demandante lo siguiente: (i) características propias de cada régimen (ii) ventajas y desventajas de cada régimen (iii) liquidación objetiva de la posible mesada pensional en ambos regímenes (iv) modalidades de pensión en el RAIS (v) derecho de retracto (vi) derecho de trasladarse de fondo diez años antes de cumplir la edad requerida en el RPM para pensionarse, etc. con lo cual se concluye que las demandadas no realizaron una asesoría en los términos señalados.

❖ **OMISIÓN PROPIAMENTE DICHA POR PARTE DEL FONDO DE PENSIONES-VIOLACIÓN DE LA NORMATIVIDAD QUE GENERA QUE NO SE DE APLICACIÓN A LA RESTRICCIÓN CONTENIDA EN EL LITERAL E) DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 100 DE 1993.**

Reconocida la importancia de que se brindara la información mencionada en líneas anteriores respecto de los pros y los contras de la afiliación al RAIS, se pone de presente que las disposiciones que establecen la posibilidad para el Fondo Privado de Pensiones de realizar la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como la restricción de los afiliados de trasladarse de régimen, están contenidas en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en particular en los siguientes literales, norma que reza:

“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 1º del artículo 271 de la presente ley;” (subrayado y negrilla fuera de texto)

(...)

“e) Modificado por el art. 2, Ley 797 de 2003. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;” (Subrayado fuera de texto- Declarado exequible condicionado sentencia C-789 de 2002.)

De acuerdo con la anterior normatividad, los Fondos Privados demandados violaron el artículo 13 numeral b) de la ley 100 de 1993, POR CUANTO LA AFILIACION REALIZADA al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se realizó en forma libre y voluntaria por parte de mi mandante, ya que el Fondo como lo hemos explicado en diferentes oportunidades en este escrito, NO REALIZÓ LA VICULACIÓN O AFILIACION BAJO LOS PARÁMETROS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA QUE TENGA EFICACIA JURÍDICA, es decir, incumplió su deber profesional de información, al no entregar la misma y al no prestar la asesoría adecuada, POR LO QUE DEBE CONSIDERARSE DICHA AFILIACION COMO INEFICAZ.

No es suficiente como lo hemos indicado que el Fondo Privado manifieste que entregó información, sino que debe demostrar dicho hecho. No hay por parte del Fondo Privado prueba objetiva alguna, en donde conste las proyecciones realizadas, pruebas que demuestren que dio una información eficaz, con parámetros técnicos, con comparativos de lo que sería la pensión tanto en el RAIS con en el RPM para poder tomar una decisión informada de afiliación al Fondo por parte de mi mandante.

Por lo tanto, al **NO haberse tomado la decisión de afiliación de mi mandante en una forma libre y voluntaria** como lo exige la normatividad, al no existir pruebas objetivas de las proyecciones, comparativos, rentabilidad, ventajas y desventajas que se tenían de afiliarse al régimen privado o de afiliarse al RPM, **la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que no permite el traslado de régimen cuando falten diez años o menos para cumplir con la edad para tener derecho a la pensión, no tiene aplicación alguna**, pues antes de mirarse si faltan o no dichos diez años para cumplir con la edad para la pensión, habrá que determinarse la eficacia o validez de la vinculación realizada, **pues sin la eficacia o validez del primero (la afiliación o traslado), no se puede decir que se viola el segundo (la prohibición del traslado cuando le faltan 10 años o menos).**

Acá el punto de discusión pues, no es si a mí mandante le faltaban 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión, **sino** como lo ha enseñado la Jurisprudencia, **estamos es frente a la hipótesis de la determinación de la eficacia o no de dicha afiliación**, por lo que le compete al Juez **verificar si dicha afiliación que se realizado por el Fondo Privado fue eficaz, es decir, si el mismo se realizó sobre los parámetros de la libertad informada, pues de lo contrario dicha afiliación debe declararse ineficaz.** Ese es el alcance y la interpretación que debe darse al literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Esta premisa ha sido indicada por la H. CSJ en diferentes pronunciamientos, en particular en sentencia SL12136-2014 Radicación No. 46292 del 3 de septiembre de 2014, M.P. Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, donde se aclaró lo siguiente:

“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.” (SL12136-2014, Radicación No. 46292, CSJ M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN)

De esta manera, es claro que el Fondo de Pensiones demandado al momento de la afiliación de mi mandante, tenía a su cargo una responsabilidad de carácter profesional, como lo hemos indicado, que le imponía el deber de información, **situación que al no realizarse genera la anulación por ineficacia de la afiliación misma**, como lo establece el artículo 897¹ del Código de Comercio, con la salvedad que en este caso debe ser declarada judicialmente y cuya consecuencia es que las cosas se retrotraen a la situación anterior.

❖ **EL SIMPLE CONSENTIMIENTO VERTIDO EN EL FORMULARIO DE AFILIACIÓN, ES INSUFICIENTE – ES NECESARIO CONSENTIMIENTO INFORMADO.**

En atención a lo ya indicado respecto de la importancia que de brindarse información correcta, clara y concisa al momento de efectuarse la afiliación al RAIS tanto de las ventajas como desventajas que acarrearán una decisión en tal sentido, resulta diáfano que la sola firma del formulario, así como las afirmaciones consignadas en los formatos pre 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, pues estas a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no un conocimiento claro de las implicaciones.

La Corte Suprema de Justicia, en la misma sentencia que acaba de citarse, respecto al punto, señaló:

“Ahora bien, el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado del actor -junio de 2000-, no se cumple con la suscripción de un formulario de traslado, en la medida que lo exigido por las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «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» (numeral 1, artículo 97 Decreto 663 de 1993), mandato que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; pero también la obligación de dar a conocer

¹ARTÍCULO 897. INEFICACIA DE PLENO DERECHO. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, que aluda tanto a las ventajas como a las desventajas de los regímenes pensionales.

(...). Sobre el contenido y alcance de la norma en comento, en la ya recordada decisión CSJ SL1688-2019, rad. 68838, se puntualizó lo siguiente:

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

[...]

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 dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»²

En ese contexto, es dable afirmar que el formulario de vinculación o traslado solo muestra el consentimiento de la persona, pero no, que esta fuera informada; es decir, no se supe el deber de información de parte de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS a los afiliados, con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, por constituir de suyo, una expresión genérica, que no consulta con la necesidad de que a las personas antes de la concreción del acto jurídico, les sean informadas verdaderamente las incidencias que, respecto a sus prestaciones pensionales puedan tener, para lo cual, es necesario que se cuente adicionalmente con un consentimiento informado. (SL4875-2020 y SL4680-2020).

❖ PROCEDENCIA DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD Y/O INEFICACIA DE AFILIACIÓN

Es claro que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de 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, esto es el RPM y el RAIS y ante tal situación, existe la opción de elegir libre y voluntariamente cualquiera de estos dos regímenes de cara al literal b del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, para que se configure dicha libre escogencia se debe contar con el componente de conocimiento necesario por parte del afiliado acerca de las condiciones del sistema, sus pros y contras en cada uno de ellos.

Respecto de la ineficacia de primera afiliación al RAIS de cara a la falta de información para tomar la decisión de escoger dicho régimen, el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali – Sala Laboral mediante sentencia 196 del 30 de julio del 2021, M.P. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA expuso:

“Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR el cumplimiento de sus obligaciones legales para con su afiliado, la afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de las demandadas.”

(...)

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que ésta no traslade al régimen de prima media, entidad a la que se entiende vinculada la

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL3168-2021 Radicación n.º 87797 del 21 de julio de 2021

demandante, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de COLPENSIONES, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, debiendo recibir para ese efecto las cotizaciones completas, que incluyen sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos y los gastos de administración, así como los bonos pensionales si los hubiere.”

En línea con lo anterior, la en sentencia de la CSJ SL 1055-2022, M.P IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, respecto de un trabajador que no estuvo afiliado al RPM pero que al efectuar el acto de traslado de CAJANAL al RAIS nunca le brindaron asesoría efectiva ni entregaron información clara, cierta, comprensible, oportuna y, sobre todo, completa, de las características, condiciones, beneficios, diferencias, de los regímenes, indicó:

“... si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados.

(...)

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que el actor debe ser redirigido al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó.”

Sumado a ello, en sentencia SL2378 del 2022, la misma corporación expuso:

“Entonces, la Corte concluyó que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir, entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.”

Por lo tanto, es claro que pese a que mi mandante no estuvo afiliada inicialmente al RPM, procede la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuado en el año 1997 en atención a que la AFP COLFONDOS S.A. no cumplió con su deber de brindar asesoría efectiva ni información clara, cierta, comprensible, oportuna y concreta a la señora González Barreto, respecto de las consecuencia de escoger el RAIS y no el RPM, las ventajas y desventajas de tal decisión y cómo se vería afectado el monto pensional y los requisitos para acceder a dicha prestación.

❖ INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. RESPONSABILIDAD OBJETIVAMENTE VERIFICABLE.

Lo expuesto hasta este momento, advierte con claridad que, cuando se dirime la afiliación a un régimen, resulta indispensable la demostración del consentimiento informado por parte del afiliado, pues solo por su intermedio se genera en el juzgador la convicción de que el contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Frente a la determinación de la culpa de los Fondos por la responsabilidad profesional de cara a sus obligaciones de medio y el deber de información para la toma de una decisión acertada, ha sido muy clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina en general, en indicar que la carga de la prueba se invierte, es decir le compete al Fondo de Pensiones demostrar que realizó una asesoría adecuada y que ENTREGÓ OBJETIVAMENTE todos los elementos necesarios positivos y negativos para la toma de una decisión informada por parte del cliente, debiendo entregar una información adecuada para tomar la decisión de afiliación, no bastando indicar solo los beneficios del régimen al cual se pretende hacer la afiliación, sino además hay que entregar y establecer la proyección del monto de la pensión que en cada uno de ellos, la diferencia en el pago de los aportes, la diferencia de edad o salarios para mantener una pensión equivalente en los dos regímenes, el valor de capital que debía ahorrar para obtener una pensión igual o similar en los dos regímenes para mantener el mínimo vital, los descuentos que se le generarían por gastos de administración y la incidencia que eso tendría en sus aportes para pensión, la indicación de que habría que negociar el bono pensional para pensionarse en el Fondo en forma anticipada con las consecuencias en la

merma en el capital para su pensión, la información de cuál era el régimen que más le convenía de acuerdo con su historia laboral, salarios y edad, y las consecuencias o desventajas que esto traería para su pensión, y la indicación de que tenía derecho al retracto, etc.

“...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.” (SL12136-2014, Radicación n°46292, CSJ M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN).

Reitera la CSJ en la sentencia anteriormente citada que al tener el sistema de seguridad social integral por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, son las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, las que deben garantizar que existió una decisión informada y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente. En este sentido, indica la Corte que no basta con indicar en forma genérica que se dio información, sino que por esa responsabilidad fiduciaria, la información suministrada por el Fondo debe ser OBJETIVAMENTE VERIFICABLE. En efecto indicó:

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

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

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.”

En igual sentido sobre la inversión de la carga de la prueba y la demostración de la objetivación de la prueba, se ha pronunciado el H. Corte Supremo de Justicia en el Expediente No. 31989 CSJ- M.P. Dr. Eduardo López Villegas, indicando 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 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.” (Expediente No. 31989 CSJ- M.P. Dr. Eduardo López Villegas)

La carga de la prueba derivada de la responsabilidad profesional en este caso, incumbe al fondo privado no solo por ser a quien se atribuye el incumplimiento de la obligación de proporcionar información veraz, suficiente y objetivamente verificable previa la afiliación de la demandante, sino por lo que se conoce por la doctrina como la carga dinámica de la prueba asignada a quien tiene mayor facilidad de acceder a los medios para acreditar el hecho extrañado dado su proximidad a la prueba y condiciones técnicas e institucionales que en este caso no es otro que la Administradora de Pensiones entidad a quien correspondía entonces

acreditar que la afiliación de régimen del afiliado se realizó con el lleno de los requisitos legales, de manera libre y espontánea y sin presiones y que la información necesaria para el mismo en la que se deben indicar tanto sus beneficios como sus perjuicios fue proporcionada de manera inequívoca al momento de tal acto.

“De esta manera, la noción de carga dinámica de la prueba, “que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla”, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo...”

- Como quiera la legislación procesal colombiana no hizo referencia a la noción de carga dinámica de la prueba, al menos de manera directa (hasta la aprobación de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso), su reconocimiento vino de la mano de la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado en asuntos de responsabilidad por falla presunta en el servicio médico, como de la Corte Suprema de Justicia en el ámbito de la responsabilidad civil. Esta última, por ejemplo, hizo referencia expresa a criterios de lealtad procesal, colaboración, justicia y equidad...

- Es importante poner de presente que estas posturas jurisprudenciales encontraron abono fértil con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991. En efecto, la teoría de la carga dinámica de la prueba tiene amplio sustento constitucional, especialmente en los postulados característicos del rol del juez en un Estado Social de Derecho, que según fue explicado anteriormente propugna por un papel activo –pero también limitado- en la realización del derecho a la tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial y de la consecución de un orden justo.” (Sentencia C-086/16 M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO).

Adicional a lo anterior, 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 de la afiliación al RAIS. 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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte de la afiliación 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.

Al aplicársele a los Fondos de Pensiones la responsabilidad profesional de las entidades Fiduciarias, NO es suficiente que el Fondo Privado manifieste que entregó información, sino que debe demostrar dicho hecho objetivamente con pruebas físicas como lo ha reiterado la Jurisprudencia, y adicionalmente debe demostrar, que la información entregada al momento de la asesoría, conducía indefectiblemente a tomar la decisión de la afiliación, ya que quien entrega la asesoría de la afiliación y recomienda el mismo, es la entidad técnica concedora de estos asuntos.

Por lo tanto, al no haber por parte del Fondo Privado prueba objetiva alguna y documentada, como se desprende de la respuesta a los derechos de petición presentados solicitando copia de estas, que demuestre que dio una asesoría informada y suficiente para la toma de decisión de la afiliación de mi mandante, dicha afiliación se torna en nulo, justamente por la omisión en que incurrió la entidad técnica en dar la información adecuada.

❖ **NO CONVALIDACIÓN DE LA NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN POR EL TRASLADO REALIZADO POSTERIORMENTE ENTRE FONDOS.**

La señora González Barreto realizó traslados horizontales entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad. Debiéndose resaltar que la Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral ha indicado que los traslados horizontales no reflejan un conocimiento pleno del afiliado sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS, toda vez que dicha información debió ponerse a disposición del afiliado al momento de la afiliación al RAIS.

La anulación o ineficacia de la afiliación de mi mandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es una situación insanable por el transcurso del tiempo o por el traslado que haya realizado mi mandante entre los diferentes fondos de pensiones, pues la consecuencia obvia de la nulidad o ineficacia de dicha anulación es como si la misma no hubiera existido nunca, por lo que las cosas se retrotraen en el tiempo al estado en que se encontraban al momento de dicha afiliación, máxime cuando la afiliación inicial al RAIS adolece de nulidad absoluta a la luz del artículo 1741 del Código Civil, al ser la causa de afiliación ilícita y al haberse omitido el requisito de información objetivamente verificable que le permitiera a mi mandante tomar la decisión de afiliarse en una forma clara y consciente de las consecuencias que traía para su futuro y el de su familia esa decisión tan importante de afiliarse al RAIS o al RPM.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia expediente 31989 M.P. Dr. Eduardo López Villegas de 9 de septiembre de 2008, expuso:

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

Por lo tanto, cualquier traslado que se haya realizado con posterioridad de parte de mi mandante entre los diferentes Fondos de pensiones, no tiene la capacidad de convalidar la nulidad generada por la afiliación misma al régimen, máxime cuando como en este caso la afiliación inicial se dio con engaños y violando el régimen de la libertad informada.

❖ **EL DEBER DE ACTUAR CON DEBIDA DILIGENCIA EN LA PROMOCIÓN Y PRESTACIÓN DEL SERVICIO QUE OFRECEN LAS ADMINISTRADORAS DEL RAIS**

La Honorable Corte Suprema de Justicia ha fijado un sólido precedente con base en la normatividad existente, respecto de la diligencia y promoción que deben tener y ofrecer las AFP del RAIS, debiendo ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de los regímenes, situación que no acaeció en el caso concreto para la afiliación de la señora Barreto al RAIS.

El Decreto 2241 de 2010 señala en su artículo 5° lo siguiente:

“Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, sus administradores, demás funcionarios con o sin vinculación directa y los promotores, independientemente del tipo de vinculación, deberán actuar 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. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el Decreto 720 de 1994 respecto de la responsabilidad de las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones por la actuación de los promotores.”

A su vez, en sentencia CSJ SL12136-2014, reiterada en sentencias CSJ SL2611-2020, CSJ SL4806-2020, CSJ SL1465-2021, CSJ SL755-2022 y CSJ SL779-2022, la corte ha dicho:

“En efecto, de tiempo atrás, esta Corporación fijó un sólido precedente, consistente en que, desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de tomar decisiones informadas.”

De lo anterior es viable concluir que la afiliación de la señora González Barreto al RAIS administrado por COLFONDO S.A. obedeció a información falsa y promesas ilusorias, tales como: (i) Una mesada pensional alta en el RAIS (ii) se le indicó que el ISS hoy COLPENSIONES iba a entrar en un proceso de liquidación y, (iii) se le manifestó que podría pensionarse a cualquier edad pero no se le detalló el requisito indispensable para acceder a dicho beneficio.

❖ **VIOLACIÓN DE LAS NORMAS PROPIAS - “RESPONSABILIDAD DE LOS FONDOS PRIVADOS POR LA ACTUACIÓN DE LOS PROMOTORES.”**

La ley 100 de 1993, en su artículo 271 establece sanciones a las personas jurídicas, y por ende a los Fondos de Pensiones cuando atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral. En igual sentido el artículo 272 ídem, indica que el sistema de seguridad social establecido en la ley 100 de 1993, no tiene aplicación alguna cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores, cuando viole el artículo 53 Superior.

Dichos artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993, están desarrollados en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, norma que busca proteger a los afiliados frente a los promotores y las administradoras de fondos de pensiones por los abusos que realicen en el acto mismo de afiliación, sin preservar ni garantizar los derechos de sus afiliados, por actos cometidos por infracción normativa, por ERROR e incluso por OMISIÓN, que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados, disposición que reza:

“Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión- en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

Los Fondos de pensiones asumen una responsabilidad directa por la gestión de sus agentes o representantes, responsabilidad directa de los Fondos de Pensiones y sus promotores que está también contenida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Decreto 663 de 1993, en el numeral 1 del artículo 97 cuando establece a las entidades vigiladas, en este caso a las Administradoras de Fondos de Pensiones, la obligación de suministrar toda la información con la mayor transparencia, tendiente a que sus usuarios escojan el sistema pensional que mejor se les aplique de acuerdo con su historia laboral y de acuerdo con las opciones existentes en el mercado.

“Artículo 97 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 y poder tomar decisiones informadas”.

Así entonces, la ley 100 de 1993, con el propósito de que la Administradoras de Pensiones no generaran engaño a sus afiliados, estableció la obligación para las mismas, de que toda publicidad y promoción fuera veraz y precisa, situación que no cumplió en el presente caso, donde las Administradoras de Pensiones lo que hicieron con su publicidad y promoción fue engañar a los posibles clientes incautos con información falsa o imprecisa, para que se pasaran a formar parte de dichas administradoras de pensiones y engrosar su patrimonio.

❖ **DE LA NULIDAD SOLICITADA Y SU PROCEDENCIA**

La ley 797 del 2003 estableció la prohibición de traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de pensión de vejez, situación que afecta directamente a mi mandante, quien a la fecha cuenta con 48 años de edad, , es decir, menos de 10 años para llegar a la edad de pensión y quien gracias a su trabajo y desempeño ha logrado tener ingresos altos a lo largo de su vida y ha mantenido un ingreso mensual en el último año, superior a los 15.400.000, sin embargo PROTECCIÓN S.A., a través de la simulación realizada, le otorgaría

una mesada pensional de \$3.237.329, valor que no le permite mantener la calidad de vida que lleva hasta ahora 10 cual es injusto teniendo en cuenta sobre el salario que realizó sus aportes.

El literal E del artículo 2 ibidem dispone exactamente:

“e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”

Ahora, se precisa que la ineficacia se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesaria la existencia de una declaración judicial en ese sentido.³

El legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia, distinto al de la nulidad, de suerte que:

“cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás.”⁴

En ese sentido, vale la pena traer a colación la normatividad referente a la nulidad, destacando el ARTICULO 1740 del Código Civil, el cual señala que *“es nulo todo 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.”* Así mismo, el Art ibidem 1741, señala que *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.”*

Por su parte, el ARTICULO 1742 señala que *“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”*

Como es sabido la declaratoria de nulidad, da lugar a la declaratoria de las cosas a su estado natural de modo que en el caso que nos ocupa, se entiende que la afiliación al RAIS nunca se produjo y por tal razón se debe afiliar a la actora al RPM, de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Los efectos de la declaratoria de la nulidad los establece el artículo 1746 del C.C. el cual señala:

“ARTICULO 1746. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas a/ mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.”

Por su parte el artículo 1510 y 1511 del C.C. señalan:

“ARTICULO 1510. ERROR DE HECHO SOBRE LA ESPECIE DEL ACTO O EL OBJETO. El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

ARTICULO 1511. ERROR DE HECHO SOBRE LA CALIDAD DEL OBJETO El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se

³ Sentencia C345-2017

⁴ CSJ SL 3201-2018

supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte. "

En nuestro caso la nulidad resulta evidente, pues no se le dio la oportunidad de tener un consentimiento INFORMADO, expreso, libre y espontaneo sustentado con el informe técnico y profesional del funcionario del fondo que haya contenido los pros y los contras de la afiliación al RAIS; es decir la afiliada fue inducida a error de lo que contrataba, por tanto, a la fecha dicho requisito no se ha saneado estando así facultada para solicitar la declaración de nulidad.

Conforme a lo anterior se logra evidenciar el engaño que sufrió mi mandante al sobresalir el interés propio de ganar a un afiliado por parte del Fondo, que de proporcionarle información suficiente para que la afiliada hubiese tenido un conocimiento previo de las condiciones y las consecuencias que entraña el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la no afiliación al Régimen de Prima Media, pues fue inducida en error por parte de la AFP del RAIS en tanto no se le brindó información clara y completa respecto de las particularidades de cara régimen, generando una afectación en lo que será su mesada pensional al momento de cumplir los requisitos para ello.

❖ DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES DE LAS ADMINISTRADORAS DEL RAIS

Si bien se ha generado una responsabilidad de cara al RAIS, la misma corresponde igualmente a cada AFP en concreto y a los promotores que representan a dichas entidades, pues son estos quienes por su actividad, tienen la responsabilidad de brindar asesoría a los trabajadores al momento de escoger el régimen al cual desean pertenecer, sin caer en yerros por falta de información.

El artículo 10 del Decreto 720 de 1994 por medio del cual se reglamentó el artículo 105 y 287 de la Ley 100 de 1993, precisó:

"Artículo 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión-en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones."

De lo expuesto, es evidente que las administradoras del RAIS aquí demandadas y especialmente COLFONDOS S.A., cometieron serias equivocaciones por medio de sus promotores, al afiliar a una persona como mi representada a dicha entidad bajo la premisa de una mesada pensional superior, y con el desconocimiento de su obligación al no asesorarle oportunamente sobre la posibilidad de traslado que permitía la Ley 797 de 2003.

❖ LA DEVOLUCIÓN DE APORTES Y GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.

Sobre este punto en particular, la CSJ – Sala de casación laboral, ha decantado que, al declararse la ineficacia de afiliación, las cosas deben retornar al estado en que se encontraban antes de que este acaeciera, es decir, como si la afiliación nunca hubiese existido; lo que de sumo implica la obligación de la administradora del fondo pensional a devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones. Así lo ha precisado dicha Corporación:

"Ahora bien, en lo atinente a los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, para la Sala consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que la entidad privada deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, tal como se dejó sentado, entre otras, en las decisiones CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Bajo la misma línea, en providencia CSJ SL1688-2019, se expresó:

“Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos”⁵

Así entonces, la orden de devolución de gastos de administración se ajusta plenamente a los efectos jurídicos que se derivan de la ineficacia de la afiliación, y por ende, el juez de instancia debe acceder a dicha petición con cargo al propio patrimonio de la AFP del RAIS en tanto el deber de información es una situación imputable únicamente al fondo y que no puede ser extendida a terceros de buena fe.

❖ **DEVOLUCIÓN DE TODOS LOS SALDOS QUE INTEGRAN EN LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL, TALES COMO; COTIZACIONES, RENDIMIENTOS, SUMAS ADICIONALES DE LA ASEGURADORA, FRUTOS E INTERESES, ASÍ COMO LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DEBIDAMENTE INDEXADOS Y CON CARGO A SU PROPIO PATRIMONIO.**

Mediante línea jurisprudencia establecida de manera pacífica, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha sido clara al indicar que en atención al incumplimiento del deber de información que tienen las AFP que genera como consecuencia la ineficacia de afiliación o traslado, debe entonces dicha AFP devolver a COLPENSIONES todos los valores cobrados en el RAIS como cotizaciones, rendimientos, sumas adicionales de aseguradora, frutos e intereses con cargo a su propio patrimonio, pues realmente dichos rubros debieron ingresar al RPM.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL 1452 del 2019 con ponencia de la Dra. María Cecilia Dueñas Quevedo, arguyó:

“(...) La sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. En el caso de los afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, “(...) esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (...)”

Al respecto, la referida alta corporación, en sentencia SL2877-2020, señaló que:

*“(...) Debe destacarse que la declaratoria de ineficacia conlleva no solo la devolución a Colpensiones de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual de la titular, sus rendimientos comisiones por administración como lo dispuso la juez de primera instancia, sino el **reintegro de los valores cobrados tanto por Porvenir S. A. como por Protección S. A., a título de primas de los seguros previsionales y aportes para el fondo de garantía de***

⁵ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral SL3168-2021 Radicación n.º 87797 del 21 de julio de 2021.

pensión mínima, sumas que debidamente indexadas le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPM administrado por Colpensiones (...)" (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Bajo esa misma tesitura, en sentencia SL3871-2021 la Corte casó la sentencia de segunda instancia, revocando el fallo de primer grado que declaró eficaz el traslado de régimen, argumentando lo siguiente:

*"(...) Se declarará la ineficacia del traslado que el 15 de agosto de 1996 efectuó Aguirre Cardona desde el RPMPD hacia el RAIS, lo que implica que para todos los efectos legales la demandante siempre estuvo afiliada a aquel sistema. Asimismo, **se condenará a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros. También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (...)" (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Por último, en sentencia SL4297-2022, la Corte puntualizó que:

*" (...) En ese sentido, la **precitada administradora, como actual y última administradora pensional a la cual se encuentra vinculado el demandante, deberá trasladar a COLPENSIONES**, los saldos obrantes a su favor en la cuenta de ahorro individual, junto con el bono pensional y los rendimientos, **además a devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, así como, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con **cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (...)" (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).*

Se concluye que las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías del régimen de ahorro individual con solidaridad, además de efectuar la devolución de cotizaciones y rendimientos, deben realizar la devolución y/o traslado de todos los valores que integran la cuenta de ahorro individual de cada afiliado, tales como; cotizaciones, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, así como los gastos de administración debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.

Finalmente, respecto de la prescripción de la declaración de ineficacia de afiliación o traslado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia enfatizó mediante Sentencia SL – 16892019 del 8 de mayo de 2019, radicación 65791, M. P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, al ser parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.

IV. PRUEBAS

DOCUMENTALES

1. Copia de la cedula de ciudadanía de CONSUELO GONZALEZ BARRETO.
2. Copia del derecho de petición a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
3. Copia de la respuesta al derecho de petición por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
4. Copia del derecho de petición a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.
5. Copia de la respuesta al derecho de petición por parte de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

6. Copia del derecho de petición a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.
7. Copia de la respuesta al derecho de petición por parte de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.
8. Copia de la Historia Laboral de CONSUELO GONZALEZ BARRETO actualizada al 24/05/2023.

V. TESTIMONIAL

Ruego su señoría, se cite a la señora Natalia Sánchez Álvarez, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 52.413.251, quien puede ser ubicada y citada en la dirección electrónica nsanch@hotmail.com y celular 3152296308, quien podrá dar fe de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los hechos de la demanda y de la afectación de la parte actora.

VI. CUANTIA Y COMPETENCIA

En este caso la cuantía está determinada en que lo debatido es un asunto que tiene que ver exclusivamente con la validez de la afiliación de mi mandante al RAIS, y no se pretende una prestación económica de tracto sucesivo, el asunto no es susceptible de fijarle una cuantía, por ende, según el artículo 13 del CPT y SS, el juez laboral del circuito es el competente, para conocerlo en primera instancia. En cuanto a la competencia por ser un asunto contra una de las entidades que administran el sistema de seguridad social en pensiones, tal como lo indica el artículo 11 del CPT.

VII. PROCEDIMIENTO

Es el establecido en a un proceso ordinario de primera instancia, consagrado en el capítulo XIV del C.P.L.

VIII. ANEXOS

1. Poder debidamente conferido.
2. Copia del correo electrónico por medio del cual se otorgó el poder.
3. Copia de la Cédula de Ciudadanía de la Suscrita.
4. Copia de la Tarjeta Profesional de la suscrita
5. Certificado de existencia y representación de la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.
6. Certificado de existencia y representación de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

Anexo constancia del mensaje de datos del poder a mi conferido por la actora y remisión de la demanda y sus anexos a las demandadas y todo lo relacionado en el capítulo de pruebas.

IX. NOTIFICACIONES

Afirmo bajo la gravedad de juramento que la dirección electrónica de las entidades demandadas corresponde al correo utilizado por estas para recibir notificaciones judiciales. Dicha información se obtuvo de los certificados de existencia y representación legal de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.

Finalmente, se indica que el correo de notificaciones judiciales de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- se obtuvo de la página oficial de dicha entidad, tal como se corrobora en el siguiente enlace: <https://www.colpensiones.gov.co/publicaciones/3137/notificaciones-judiciales/>

A la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**: Carrera 42 No. 7 – 10, Barrio Los Cámbulos de la ciudad de Santiago de Cali - Correo electrónico: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co.

A **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**: Calle 11 No. 6 - 49 de la ciudad de Santiago de Cali - Correo electrónico: procesosjudiciales@colfondos.com.co

A la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**: Calle 64 Norte # 5B - 146, Edificio Centro Empresa, local 108C de la ciudad de Santiago de Cali - Correo electrónico: accioneslegales@proteccion.com.co.

A la demandante y a la suscrita **JESSICA BENAVIDES PLAZA**: Calle 43 # 69-35 Bosques de Ciudad 2000 II, apto 101 torre 3 - Correo electrónico: jebep15@gmail.com y celular 3233631716.

Cordialmente,

JESSICA BENAVIDES PLAZA
C.C. No. 1.144.089.245 de Cali.
T.P. No. 372.261 del C. S. de la J.