

Bucaramanga, Bucaramanga 29 de mayo de 2023.

Señor (a):

JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA (Reparto)

E. S. D.

Referencia: **DEMANDA ORDINARIA LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.**

PARTES:

- **DEMANDANTE: GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE**
- **APODERADO PARTE DEMANDANTE: PATRICIA LEMUS SANTISTEBAN.**

DEMANDADOS:

- COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS
- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

REPRESENTANTES LEGALES:

- **REPRESENTANTE LEGAL: ALAIN FOUCRIER ALAIN** o quien haga sus veces. **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.**
- **REPRESENTANTE LEGAL: ADRIANA GUZMAN** o quien haga sus veces. **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

EMAIL:

DEMANDANTE: GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE. Cel: 3185365709 Email: gamarriaga@hotmail.com

- **APODERADO PARTE DEMANDANTE:** PATRICIA LEMUS SANTISTEBAN, Tel: 6656959 o 3114462436, email: shielomio@hotmail.com

DEMANDANDOS:

- **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.,** en la de la ciudad de Bogotá D.C. calle 67 No. 7-94 piso 19 chapinero y al Email: jemartinez@colfondos.com.co y en Bucaramanga está ubicada en la carrera calle 33 No. 47-55 celular 3102168955, Email: jemartinez@colfondos.com.co
- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** Bucaramanga, en la calle 53 No. 35-32 email: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

CLASE DE PROCESO:

Ordinario laboral de primera instancia, cuyo conocimiento corresponde al Juez del Circuito de Bucaramanga, acorde a lo preceptuado en el artículo 46 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 12 del CPT y SS, modificado por el artículo 9 de la Ley 712 de 2001. Así mismo por la naturaleza del asunto pues se trata de un tema de seguridad social (artículo 11 del C.P.L)

HECHOS:

1º. El Señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, nació el día dieciocho (18) de 1961.

2º. El asegurado GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, se afilio y efectuó cotizaciones al sistema general de pensiones, régimen de prima media, para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir del mes de agosto de 1983.

3° El señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, cotizo desde el mes de agosto de 1983 hasta el mes de junio de 1994, un total de 563 semanas al ISS hoy Colpensiones.

4°. Mi poderdante tiene cotizadas más de **1.914** semanas de cotización ante el Sistema General de Pensiones.

5°. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIA, vincula al Señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, desde el 20 de junio de 1994, efectiva desde el 01 de julio de 1994, hasta la fecha actual.

6°. En el formulario de solicitud de vinculación o traslado, el demandado COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, tenía conocimiento de que mi poderdante señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, contaba con más de tres años de aportes para pensión, sumando un total de 563 semanas de cotización al sistema general de pensiones ISS hoy Colpensiones.

7° Cesantías y Pensiones COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS omitió dar información al demandante en el momento de su afiliación a esa administradora de pensiones, sobre las ventajas y desventajas de pertenecer al Régimen de Ahorro individual, y las mejores opciones del mercado, frete al cambio de régimen pensional, de conformidad con el decreto 633 de 1994 artículo 97 numeral 1.

8°. Que la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, no tiene constancia alguna o anexo que acompañe, que al demandante le fue suministrado la información relevante y pertinente al momento hacerle la afiliación al fondo privado de pensiones, sobre cuál sería el monto pensional en los dos regímenes pensionales, acorde a las condiciones particulares de mi prohijado, de conformidad con el Decreto 633 de 1994 artículo 98 numeral 94, de manera amplia, suficiente y oportuna.

09°. Que la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, omitió el deber de informar al demandante, Señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, la posibilidad del RETRACTO, de conformidad con el art. 3 del Decreto 1161 de 1994, es decir, por escrito.

10°. Que la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, omitió el deber de informar al demandante, Señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, lo indicado en la Circular 1 del 2004, de la superintendencia Bancaria hoy superintendencia financiera, es decir, comunicar por escrito, al último domicilio de mi representado, sobre la amnistía otorgada de trasladarse al Régimen de Prima Media, de conformidad con el Decreto 3800 y Ley 797 ambas del 2003.

11°. Así mismo, al momento de trasladarse de fondo de pensiones, mi prohijado manifiesta, que AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, le recomendó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, porque, se acabaría el seguro social, y que no tendría otra opción sino ser trasladado a ese fondo de pensiones, tampoco le explicaron, que la mesada pensional que obtendría en ese régimen, dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta de ahorro individual y además le comunicaron que de no trasladarse, podría perder los dineros ahorrados por este concepto para obtener la pensión de jubilación.

12°. Igualmente al momento de trasladarse de fondo de pensiones, mi prohijado manifiesta, que la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, le recomendó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin explicarle que esa mesada dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta de ahorro individual, sin dejar de lado que el ISS se acabaría y que la mejor opción del mercado era formar parte de ese fondo de pensiones.

13°. GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, dice que al momento de trasladarse a Cesantías y Pensiones COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, NO recibió tampoco información sobre las condiciones exigidas por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrada hoy por COLPENSIONES, en el sentido que su status pensional, no depende del ahorro, sino del número de semanas cotizadas, el salario base de cotización y la edad.

14°. Que la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, al momento de trasladarse del fondo de pensiones, a mi prohijado, nadie le informó que el valor de la pensión en el Régimen de Prima

Media con Prestación Definida no está sujeto al comportamiento de la economía y el mercado financiero, mientras que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el monto acumulado por los afiliados sí depende del mercado financiero.

15°. Que el Señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, manifiesta que al momento de suscribir el formulario de afiliación con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, no recibió ningún tipo de información por parte del asesor encargado, sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales para garantizarle un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado, a efectos de discernir sobre si le convenía o no ese traslado al Régimen de Ahorro Individual, pues nunca tuvo ningún tipo de explicaciones ni orientación respecto de las consecuencias de su decisión por parte de la AFP que se afiliaba.

16°. De la misma manera mi mandante nunca presentó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, comunicación escrita en la que conste la selección de dicho RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL de manera LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES.

17°. Por otra parte mi mandante nunca manifestó por escrito a que había asumido la determinación de trasladarse al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, como lo ordena el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993.

18°. Con la vinculación al fondo privado COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, se viola la libre escogencia lesiona el derecho del trabajador a escoger libremente el régimen pensional que le proteja de las contingencias derivadas de la vejez o la invalidez de origen común, prerrogativa que le garantizan el artículo 13 de la ley 100 de 1993, en sus literales b) y e) , modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, así como los artículos 3° del decreto 692 de 1994, y 2° inciso segundo del decreto 1642 de 1995, ya que está libre escogencia debe contar con un factor informativo suficiente que brinde discernimiento al trabajador sobre la decisión que va a tomar.

19°. Con derecho de petición de fecha abril once (11) de 2023, el demandante, solicitó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, se estimara la proyección pensional tanto en el RPMPD como en el RAIS, junto con los parámetros técnicos, actuariales rentabilidades y calculo comparativo de la pensión de vejez.

20°. Que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, dio respuesta parcial al derecho de petición que antecede, mediante oficio de fecha 06 de mayo de 2023, pues no hizo la proyección pensional entre el RPMCD y en cuanto a **la proyección pensional con el RAIS EL RAIS, con 1919 semanas de cotización a los 64 años de edad y con un patrimonio total a la fecha de la pensión de \$ 374.045.811, en el mes de marzo de 2025 tendrá una pensión de \$1.513.720, muy inferior a la que podría recibir en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.**

21. En consecuencia, mediante derecho de petición de fecha 10 de mayo de 2023, el señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, pide a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, se declare INEFICAZ Y NULO el traslado que hizo del Fondo de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, apoyándose en el principio de favorabilidad, condición más beneficiosa, principio de irretroactividad.

22°. Que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, mediante oficio de fecha 17 de mayo de 2023, niega sea declarado ineficaz el traslado y nulo el formulario de afiliación del señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE.

23°. Que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, según la Circular externa 01 de 2004 expedido por la Superfinanciera, NO notifico de manera personal al señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, sobre la oportunidad de trasladarse al Régimen de Prima Media.

24°. Que la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, niega la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a mi mandante y también informa no proceder a realizar la proyección pensional solicitada, mediante derecho de petición de fecha 26 de abril de 2023.

PRETENSIONES:

PRIMERA: Se declare: La INEFICACIA DEL TRASLADO DE AFILIACIÓN al régimen de ahorro individual –RAIS, efectuada por el asegurado **GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, y en consecuencia se proceda a la nulidad del formulario No.089150 de fecha 20 de junio de 1994.

SEGUNDA: Se declare: que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, actual administradora de fondos de pensiones en el que está afiliado mi poderdante, ORDENE el TRASLADO del Señor **GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE** del Régimen de Ahorro Individual al régimen de Prima Media con Prestación definida.

TERCERO: Que se declare que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de mi mandante, sin que éste deduzca costos administrativos a los aportes objeto de devolución.

CUARTO: Declarar que LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES debe aceptar la VINCULACIÓN de mi mandante en el RÉGIMEN DE LA PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

QUINTO: Se declare: Que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES debe verificar y recibir a satisfacción la totalidad de los aportes pensionales efectuados por mi mandante al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, sin que éste deduzca costos administrativos a los aportes objeto de devolución.

SEXTO: Declarar que LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; COLFONDOS S.A., deben ser condenadas en costas y agencias en derecho si se oponen a las pretensiones formuladas.

CONDENAS

Como consecuencia de las declaraciones anteriores solicito se sirva:

PRIMERA: Condenar a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a aceptar la INEFICACIA DEL TRASLADO Y LA NULIDAD DEL FORMULARIO DE AFILIACIÓN O VINCULACIÓN de mi mandante GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD PENSIONAL.

SEGUNDA: Que se declare que, para efectos pensionales del Señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, será por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

TERCERA: Condenar a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a ORDENAR el traslado de mi mandante GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

CUARTA: Condenar a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a enviar el valor de los saldos o aportes pensiones que se hayan consignado en la cuenta pensional de mi mandante, sin que éste deduzca costos administrativos a los aportes objeto de devolución.

QUINTA: Condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a ACEPTAR LA VINCULACIÓN de mi mandante en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

SEXTA: Condenar a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el deber de reconocer las determinaciones asumidas por su despacho en su facultad ULTRA Y EXTRA PETITA.

SÉPTIMA: Condenar a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en costas y agencias en derechos si se oponen a las pretensiones formuladas.

FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO

Se invocan como normas Legales y de derecho en que se fundamentan las pretensiones las siguientes:

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA:

Artículo 48. Derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

Artículo 53 Estatuto del trabajo, cuyos principios mínimos, Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.

Artículo 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

Ley 100 de 1993

Artículo 1 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 afecten.

Artículo 4. La seguridad social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

Artículo 13 literal 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. (resaltado fuera del texto).

Artículo 97. Los fondos de pensiones, conformados por el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional y los que resulten de los planes alternativos de capitalización o de pensiones, así como los intereses, dividendos o cualquier otro ingreso generado por los activos que los integren, constituyen patrimonios autónomos, propiedad de los afiliados, independientes del patrimonio de la administradora.

Artículo 272. El sistema integral de seguridad social establecido en la presente ley, no tendrá, en ningún caso, aplicación cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores.

En tal sentido, los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política tendrán plena validez y eficacia.

EN CUANTO AL DEBER DE INFORMACION PARA QUE LOS USUARIOS TOMEN LA DECISION FINANCIERA PENSIONAL- FALLAS DE LA AFP-

Estas obligaciones se encuentran consagradas en las normas que a continuación se relacionan:

I. DECRETO 656 DE 1994

Artículo 14 Obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones.

Artículo 15 Obligaciones especiales de los fondos de pensiones.

Además, es de advertir que las sociedades administradoras de fondos de pensiones le es aplicable normativa de las sociedades de servicios financieros e instituciones financieras, como lo señala el artículo 35.

Artículo 35°.- "Las sociedades administradoras de fondos de pensiones se regirán por las disposiciones especiales de la Ley 100 de 1993 y el presente Decreto y, en lo no previsto en ellos y en su orden, por las normas aplicables a las sociedades de servicios financieros y a las instituciones financieras."

En cuanto a la responsabilidad. Son **responsables las Administradoras de Fondos de Pensiones por los perjuicios ocasionados a sus afiliados**, al respecto debe recordarse lo dispuesto en el artículo 4° ibídem, que dispone

Artículo 4°.- En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter previsional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, **serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.**

2. Estatuto Orgánico Financiera

Omitieron las demandadas el deber de información establecido en el numeral 1. del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el decreto 3800 de 2003, según el cual 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 entidades del Sistema General de Pensiones deberán informar a sus afiliados que se encuentren en la situación descrita en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, así como a los que cobijados por el mismo supuesto estén múltiple vinculados al sistema, sobre la facultad y el término para seleccionar la entidad administradora que prefieran, **a través de una comunicación dirigida al último domicilio que se tenga registrado** y de la publicación por una sola vez de un aviso en un diario de amplia circulación nacional, esto es informar sobre la oportunidad de regresarse al régimen de prima media con prestación definida, tal como se reitera en **la circular 01 de 2004 de la Superintendencia Financiera.**

La Circular 001 de 2004 expedida por la Superintendencia Financiera, en el numeral 4° reitera:

"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."

3. DEBIDA DILIGENCIA

Por otra parte, cabe anotar que dentro de los principios que guían a la entidades financieras, conforme indica el **artículo 3° del decreto 1328 de 2009** (Régimen de Protección al Consumidor Financiero), se encuentra uno de los más importantes deberes de la AFP's, como es el deber de diligencia, también llamado por la doctrina foránea como "duty of diligence", el cual debe orientar las relaciones entre consumidores financieros y la entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, y reza de la siguiente manera: "a) **Debida Diligencia.** Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/ o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido, las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros."

4. Decreto 663 DE 1993 (ESTATUTO ORGÁNICO FINANCIERO), que en su artículo 97 dispone respecto del deber de información a los usuarios (afiliados) lo siguiente:

I. Información a los usuarios <Numeral modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> **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.**

En tal sentido, no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios.

5. Artículo 1° de la Ley 1748 de 2014, que itera:

"Al cliente potencial se le deberá suministrar, siempre que la naturaleza del producto o servicio lo permita, una proyección del Valor Total Unificado que efectivamente pagaría o recibiría, de manera anticipada a la celebración del contrato. En este caso, el valor total unificado también deberá expresarse en términos porcentuales efectivos anuales. Así mismo, deberá tener la misma publicidad que la tasa de interés relacionada con el producto o servicio ofrecido.

"Parágrafo 1°: "En desarrollo de lo anterior, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán garantizar que los clientes que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia."

6. Decreto 2071 del 15 de octubre de 2015, fue categórico respecto del deber de información a los afiliados al señalar:

"Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

Asesoría que no fue otorgada de manera clara y precisa a mi mandante, desde el momento de suscribir el formulario del traslado del fondo al RAIS, pues de haber tenido la suficiente asesoría habría continuado el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, siendo inaceptable que la proyección pensional en COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. según el capital acumulado no alcanza a cubrir una pensión mínima de vejez, mientras que si estuviera en el REGIMEN DE PRIMA MEDIA, tendría derecho a una pensión vitalicia por un valor superior.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado del Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la superintendencia financiera de Colombia para el efecto..

OBLIGACION DE CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS POR PARTES DE LA AFP.

Sobre esta obligación, le circular 029 de 2014, emitida por la Superintendencia Financiera se ocupa de reiterar en su capítulo 4º la obligación de conservar la documental que da cuenta de las operaciones de la entidades vigiladas, que a saber dice:

"4.1. Conservación

De acuerdo con el art. 96 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, deben conservar sus libros y papeles por un **período no menor a 5 años desde la fecha del último asiento, documento o comprobante, sin perjuicio de lo que exijan disposiciones especiales.** En tal sentido, vencido este lapso, pueden ser destruidos siempre que, por cualquier medio técnico adecuado, se garantice su reproducción exacta.

No obstante, esta obligación tratándose de las entidades a las que se refiere el parágrafo 3 del art.75 de la Ley 964 de 2005, se rige por lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 962 de 2005, es decir que el tiempo de conservación es equivalente a 10 años, contados a partir de la fecha del último asiento, documento o comprobante, pudiendo utilizar para el efecto, su conservación en papel o en cualquier medio técnico, magnético o electrónico que garantice su reproducción exacta.

DE LAS RESPONSABILIDAD DE LAS AFP POR LA MALA SELECCIÓN DE SUS VENDEDORES O AGENTES DE LAS AFP- 'CULPA IN ELIGENDO'

El Decreto 720 de 1994, en su artículo **4° y 12** regula la responsabilidad de las AFP respecto de los actos, omisiones y errores de buena o mala fe cometida por sus promotores o agentes comerciales,

"Artículo 4° DISTRIBUCIÓN MEDIANTE VENDEDORES. Las sociedades administradoras del sistema general de pensiones podrán utilizar vendedores, los cuales podrán contar: con o sin relación laboral, según se establezca en el respectivo convenio.

Las sociedades administradoras del sistema general de pensiones verificarán la idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado de la labor que desarrollarán las personas naturales que vinculen como promotores.

El Vendedor desarrollará su actividad en beneficio de la sociedad administradora del sistema general de pensiones con la cual haya celebrado el respectivo convenio, sin perjuicio de la estipulación expresa que lo faculte para desarrollar su actividad en beneficio de otras sociedades administradoras del sistema general de pensiones.

Las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones respecto de la cual se hubiere promovido la correspondiente vinculación"

"Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberá suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes."

Colofón de las disposiciones normativas atrás descritas, debe entenderse que no basta predicar la característica de libertad de elección del régimen pensional con la simple suscripción del formulario único de afiliación, en cuyo texto menudo se encuentra la pro-forma de que se trata de una selección libre y voluntaria de régimen pensional, pues, quien tiene el verdadero conocimiento y alcance de tal proceder y la consecuencias que a futuro puede tener esto para el afiliado, es la Administradora de Fondo de Pensiones, o quien representa a esta última, que se presume conoce el funcionamiento de ambos regímenes pensionales, así como también los beneficios del uno o del otro, debiendo por ello dar información veraz y más a fin con los intereses de la persona a la cual precontractualmente asesora, dejando de lado la mentalidad mercantilista y las exigencias de su empleador en cuanto a metas de afiliación; **baste recordar que la seguridad social, antes que un producto financiero sometido a la libre oferta y demanda del mercado, se constituye como un derecho fundamental para los ciudadanos y un deber para el Estado, quien debe vigilar, como lo hace a través de la Superintendencia Financiera, que los ciudadanos obtengan mayores beneficios dentro de sus condiciones frente al sistema, conllevando esto a que lo principal sea la satisfacción de las necesidades de los afiliados, de acuerdo con la oferta de mayores beneficios que ofrezcan los dos regímenes pensionales,** y no la dinámica comercialista utilizada por algunos fondos de pensiones, que no informan a los afiliados sobre los por menores de la decisión del traslado, últimos que debido a la omisión al deber de información y diligencia por parte del Fondo de Pensiones, como es este el caso, se enfrenta cuando ya están cercanos al cumplimiento de los requisitos pensionales, con condiciones totalmente contrarias a las que fueran informadas al momento del traslado y con una clara vulneración de sus derechos fundamentales a una vida digna, mínimo vital y móvil, y el principio de confianza legítima, como se ve palmariamente demostrado con las proyecciones comparativas de los regímenes pensionales.

JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO TESIS DE LA NULIDAD DEL TRASLADO

La irregularidad relacionada en la absoluta ausencia por parte del fondo pensional en la tarea de información y asesoramiento a la demandante, previa a su vinculación, significa que en el caso de la petente, la entidad demandada no obró en consonancia con el principio de eficiencia que informa al sistema de seguridad social, al tenor del literal a) del artículo 2º de la ley 100 de 1993.

Por lo demás, el tema en consideración no ha sido ajeno a la jurisprudencia de la seguridad social, la cual ya ha indicado la forma como los fondos de pensiones deben gestionar la vinculación de las personas al régimen de pensiones que ellos administran por mandato de la ley.

La Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Laboral y de la Seguridad social, con ponencia de la Magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, en la sentencia radicada bajo el número 31314, calendada el nueve (09) de septiembre de dos mil ocho (2008), ha manifestado lo siguiente:

"Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y ss. 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.

*"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.*

(...)

No descide 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 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 tanto, ante las irregularidades anotadas en la vinculación de la demandante a la administradora de pensiones llamada a responder en el proceso, cumple declarar la nulidad de la misma, por lo que ella no produce ningún efecto.

*Sobre el tema de la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por los fondos privados de pensiones, **por faltar a su deber de informar de manera íntegra y adecuada a los usuarios del sistema** con el fin de establecer su verdadera vocación de traslado, la máxima Corporación del trabajo ha señalado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación al régimen de ahorro individual administrado por los fondos privados, cuando nace en virtud de un traslado del régimen de prima media con prestación definida, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que a futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.*

(...)

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si es el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. [...]."

La jurisprudencia laboral traída a mención no puede ser más clara sobre el tema; para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere que la administradora del régimen de ahorro individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, pues como bien lo explicó la sentencia rememorada, las administradoras de pensiones no sólo deben pensar en su propio beneficio captando ahorradores sin mayor selección, pues por tratarse, en esencia de fiduciarias del servicio público de pensiones, su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas también a satisfacer de la mejor manera el interés de la persona sobre la que se pueden cernir los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Adicionalmente, dice la sentencia del 9 de septiembre de 2008, ya citada lo siguiente:

"...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 ...".

Según esta jurisprudencia, no es deber del afiliado demostrar la información que omitió suministrarle el profesional para convencerlo de su traslado, pues es claro que esa obligación le corresponde asumirla a la entidad administradora, quien debe percatarse en el momento de asesorar a cada persona interesada en la afiliación, cuál es su situación particular para mostrarle los pros y los contra de aceptar el traslado, junto con los datos correctos o por lo menos con un margen de espera para completarlos, y así suministrarle un buen consejo para evitar darle falsas expectativas, que posteriormente le causen un perjuicio al afiliado.

De manera que en este punto no importa que hubieran transcurrido varios años luego de la afiliación, o incluso sucesivos traslados de administradoras de pensiones dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues esa situación no convalida la equivocación en que incurrió la entidad en el momento de ofrecer unas expectativas que al final y, por efecto del tiempo vino a traslucirse como equívocas, máxime si se trata del derecho a obtener una pensión en mejores condiciones que de haberse señalado desde el comienzo, probablemente el afiliado hubiera adoptado otra decisión o la que hubiere adoptado con el traslado, sería incuestionable por el convencimiento que tuvo de todas sus aristas e implicaciones.

En la hipótesis planteada, no puede decirse que con el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación a la AFP, mi poderdante aceptó que se le había informado de todos los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, en el sentido

que son los hechos y las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho por virtud de las simples manifestaciones verbales o por sus acciones, las que deben ser reveladas sobre la apariencia de lo que se encuentra en un documento; de suerte que no le basta a la demandada con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por la demandante como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el susodicho formulario no contiene mayores datos relevantes de la situación de la activa, que una simple constancia pre impresa de que fue advertida de las implicaciones del régimen de transición en caso de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, que quedan desdibujadas al no tener mayor respaldo probatorio con otros medios de convicción.

Amén de lo anterior, según lo acreditado, fíjese cómo la administradora en pensiones AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, faltan a ese deber de información completa y veraz para asegurarse de que al afiliado le están poniendo todas las condiciones para convencerlo adecuadamente del cambio de régimen, y es el hecho mismo de que la forma como la entidad suministra la información cuando se trata de personas con la posibilidad de financiar su pensión con un bono pensional,

Con base en esto, se considera que la administradora en pensiones del régimen de ahorro individual actúa de manera apresurada y por no decir menos, irresponsable, al no constatar la información de cada uno de los usuarios en el momento de trasladarse de régimen; más aún cuando se trata de establecer las fuentes de financiación de la posible prestación, acorde con la historia laboral hasta ese instante reportada por el afiliado. Por ende, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados.

De la misma forma, el estudio que realiza la entidad administradora demandada resulta deficitario, hasta el punto que los asesores simplemente hacen un recuento generalizado de los requisitos que debe tener el afiliado para ser beneficiario del régimen de transición, informando sólo los puntos favorables del traslado de régimen, pero jamás una explicación concreta de la situación de la persona, a fin de que, como lo señala la jurisprudencia laboral, el afiliado tenga un panorama claro por haber conocido las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes.

Como quedó indicado con anterioridad, para la entidad reclamada resulta suficiente un examen generalizado de los requisitos del régimen pensional sin verificar en forma concreta y específica el historial laboral del afiliado para establecer hasta qué punto le resulta aconsejable hacer el traslado, y en segundo lugar, sólo se le exponen los criterios atractivos del régimen, pero jamás lo que puede llegar a perjudicarlo con respecto a la situación que ya ha adquirido; incluso, en cuanto a la posibilidad de financiar la prestación con un bono pensional, no se observa en el asunto, si se le informó a la activa por ejemplo que, existiendo la posibilidad de pensionarse antes de la fecha de redención normal o anticipada del bono, y para completar el capital necesario para optar por una de las modalidades de pensión en ese régimen, deberá negociar tal título en el mercado secundario en la bolsa de valores, con los avatares que ello representa en dicho mercado, situación plausible si uno de los atractivos para el cambio es la financiación de la pensión a través de ese mecanismo, como sucedió en este evento, en donde la pasiva aceptó que, en efecto, para el momento del traslado hubo una discusión sobre un bono pensional.

Aunado a lo anterior, se debe reiterar que el deber de la administradora en pensiones, como nuevamente lo señala la jurisprudencia laboral, en estos eventos no es el de simplemente ofrecerle un formulario de vinculación con dicho ente, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, que como expresamente lo trae la sentencia

de la alta Corporación del trabajo que ha sido el soporte de esta decisión, la entidad tiene la obligación de informar "...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."

Particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la reclamada, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante podía materializarse, simplemente está el dicho que los asesores comerciales están capacitados para explicar los beneficios del régimen de ahorro individual, pero esto en modo alguno puede beneficiarla probatoriamente, pues se trata de su propio dicho, de suerte que aquí se aplica la tesis según la cual no es dable a las partes prefabricar la prueba para aducirla en su propio beneficio; además, si los asesores comerciales sólo están capacitados para explicar las bondades del sistema, salta a la vista los posibles errores en que se puede inducir a los usuarios cuando se les ofrece un cambio de régimen pensional, pues es precisamente de esas situaciones desfavorables y su comparativo, que se puede examinar, que a pesar de todo, el afiliado escogió libre de engaños, porque consideró que era mayor la ganancia con los elementos atractivos del nuevo régimen que lo que podía perder con el antiguo.

Entonces, de lo expuesto, debe concluirse que lo que se examina en la nulidad del traslado de régimen, no es propiamente el hecho de si se configuró o no un derecho pensional en el momento que se hizo la oferta por parte de la administradora, sino el examen de si aquella cumplió con el deber de proporcionar al afiliado una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, lo que en el asunto la demandada no acreditó.

Sobre las consecuencias de la nulidad, cabe repasar lo dicho por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tanto en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989 como en la sentencia de instancia del 6 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, esta última en la que se dijo lo siguiente:

"(...) Las consecuencias de la nulidad del formulario de afiliación y la forma de vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene como consecuencia no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley; no se puede entonces derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia. (...)"

Así las cosas, la ineficacia del traslado de régimen pensional implica que la demandada deba devolver al ISS(hoy COLPENSIONES) todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de mi poderdante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo **1746 del Código Civil**, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil.

Por último, valga recordar que dicha tesis ha sido acogida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia con radicación 11-001-31-05-022-2011-00734-01 el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral- Magistrada Ponente Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO toma en consideración lo siguiente en cuanto a la nulidad de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los fondos privados:

«... Sobre el tema de la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por los fondos privados de pensiones, por faltar a su deber de informar de manera

Íntegra y adecuada a los usuarios del sistema con el fin de establecer su verdadera vocación de traslado, la máxima Corporación del trabajo ha señalado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación al régimen de ahorro individual administrado por los fondos privados, cuando nace en virtud de un traslado del régimen de prima media con prestación definida, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que a futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a errorante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse".

TESIS DE INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN Y/ O TRASLADO AL RAIS

Frente a la evolución que ha tenido al interior de la Corte Suprema de Justicia, la más reciente tesis es la que dispone la ineficacia del traslado y/o afiliación al RAIS, como puede leerse sus más destacados argumentos en la sentencia SL12136-2014 Radicación N°46292 3 de septiembre de dos mil catorce (2014) Magistrada ponente ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, que reza así:

"Considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

El sistema general de seguridad social se implantó con el objetivo de procurar una mayor cobertura respecto de las distintas contingencias y se edificó bajo los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, iritegralidad, unidad y participación, todo ello en aras, además, de elevar la calidad de vida de los asociados y de materializar el postulado inserto en el artículo 48 de la Constitución Política

Artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación, fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»; el literal e) ibídem estableció que una vez efectuada la selección inicial ... solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años contados a partir de la selección inicial en la forma en que señale el gobierno nacional», término que luego fue ampliado a 5 años, según la Ley 797 de 2003.(..)

(..) distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993)

Es que cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.

*En efecto, es el propio Estatuto de la Seguridad Social el que conceptúa que el régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien propende por -la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector público y sector social solidario", se rige bajo el respeto del «**que libremente escojan los afiliados**», lo que exhibe que el legislador, si bien permitió que nuevos actores económicos incursionaran en la administración del Sistema Pensional, no descuidó que se honraran las prerrogativas de los afiliados, menos si se tiene en cuenta, se insiste, que regularía derechos constitucionalmente protegidos como la pensión.*

Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo

1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada.

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

En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino, además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

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 prestacionales, 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.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales."

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 hoy COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS., es decir, será a éste fondo privado, a quien le corresponde demostrar que se brindó al momento del traslado de sus afiliados de manera completa, transparente, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, toda la información respecto a 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 al decir:

"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).

Al igual que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá:

"Es que una decisión tan importante, como es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época del retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consiente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero que también conozca los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual contrario a lo señalado por la juez si es verificable, deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondo de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirma que la entidad omitió o no que le informo de manera clara las implicaciones del cambio de régimen se genera un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada la cual le corresponde demostrar que le informo al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se pueda proyectar, la diferencia en el pago de los aportes que realizan, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión, o en términos prosaicos que gana y que pierde con el traslado de un régimen a otro, además de la declaración de aceptación de esa situación. Nada de lo anterior demostró la AFP Colfondos, la entidad no aclaró en que consistió esa información y si adicionalmente a esa exposición le suministro al actor un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actualizando el mismo ingreso base de cotización, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban 18 años para alcanzar la edad de pensión . ." (Sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con radicado 2013-804 del 10 de noviembre de 2015, de Oswaldo Fajardo Castillo contra Colfondos, Porvenir Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensionés, MP. Luis Carlos González).

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 a la 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 COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, son quienes tendrán la carga de demostrar haber brindado a la 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 a la administradora quien debía acreditar las circunstancias que rodearon el traslado. También para la Sala se hace necesario recordar que acorde con la jurisprudencia la carga de la prueba se invierte, y debemos 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 campos 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). Negrilla fuera del texto*

PRESCRIPCIÓN:

En cuanto a la excepción de prescripción presentada por la demandada, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga, señala lo siguiente:

"guarda estrecha relación con la actual línea de pensamiento que ha desarrollado la sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, expuesta en sentencia de segunda instancia el 30 de noviembre de 2017 magistrado ponente Henry Lozada Pinilla, dentro del proceso con radicado 68001310500120160004100 demandante María Mercedes García Mutis y demandados Porvenir S.A. y Colpensiones, donde se niega la aplicación de la prescripción en un caso de similares condiciones al que nos ocupa, bajo los siguientes argumentos":

"...Ahora en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción propuesta respecto al término para interponer la nulidad del traslado entre regímenes pensionales, este Cuerpo Colegiado, estima procedente asumir la tesis expuesta por el Tribunal homólogo del Distrito Judicial de Antioquia, posición que ha sido estimada como plausible por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela radicada bajo el número 39718, con ponencia del Mg. Jorge Mauricio Burgos Ruiz en la que se señala <<Debe recordarse que la imprescriptibilidad del derecho a la pensión en sí mismo obedece a su naturaleza de prestación social de tracto sucesivo que se disfruta en forma vitalicia ligado a que como derecho conexo al mínimo vital y al derecho al trabajo, se entiende que es una prestación derivada de la labor que el trabajador ejerció durante su vida productiva, en varios años de trabajo que le permitirán vivir en forma digna cuando ya no esté en capacidad de continuar en la vida laboral activa, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del trabajador, pues se le niega la posibilidad de que en cualquier momento pueda solicitar y hacer valer en forma efectiva el reconocimiento y disfrute de aquel dinero que ha aportado al Sistema durante una larga vida laboral. Luego, si la acción versa no sobre la adquisición o negación del derecho pensional como tal sino que está encaminada a obtener, como en este caso, la nulidad de la afiliación al sistema pensional en uno de los regímenes pensionales con el propósito de obtener no el derecho mismo sino un mayor valor de la mesada pensional no puede afirmarse que ésta sea imprescriptible, aun cuando sea materia exclusiva del sistema de seguridad social y se constituya con el fin de asegurar la entrega de la prestación pensional. Es que una cosa es el núcleo esencial del derecho pensional y otra los beneficios derivados del mismo>>.

Luego bajo tal entendido y teniendo en cuenta que en este caso la demandante no tiene reconocido su derecho pensional el cual aún se encuentra en controversia, no desatinó el juez A quo, al considerar que es inaplicable la prescripción en tratándose de petición de nulidad de traslado de régimen pensional sin que haya lugar a corrección alguna frente a esta decisión..."

IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL

No podrá alegarse la existencia de prescripción sobre la declaración de Nulidad del Traslado de Régimen, por tratarse el derecho a la 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 protección son irrenunciables y su defensa en sede judicial no prescriben, 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 a la 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 éste caso existe una norma de rango superior, como lo es el mencionado artículo 48 de del Constitución Política que debe ser aplicada en prevalencia.

Por todo lo anterior, es que se deberá declarar la nulidad del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al de Prima Media con Prestación Definida de la demandante, efectuada el 1° de noviembre de 2001 con el fin de que el segundo pensionado a la demandante ante la omisión de la debida información.

No acceder a lo solicitado, desconocería la garantía irrenunciable a 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 1993 al tratarse de derechos de rango constitucional que tienen estrecha relación también con el mínimo vital de su titular.

IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DERECHO A LA PENSION

En sentencia SL 8544 del 15 de junio de 2016, la sala laboral de la corte suprema de justicia, expone:

“La imprescriptibilidad del derecho pensional y la vocación prescriptible de las mesadas pensionales obedece, además, a lo siguiente: respecto al estado jurídico de pensionado, si bien puede predicarse su existencia y la consecuente posibilidad de que sea declarado judicialmente, junto con todos sus componentes definitorios, no puede aseverarse su exigibilidad y, por ende, su vocación prescriptible, dado que, se itera, no existe un plazo específico para solicitar la definición de los estados jurídicos que acompañan a los sujetos de derecho. En cambio, en relación con cada una de las mesadas pensionales, en tanto expresiones económicas de la situación jurídica de pensionado, sí puede sostenerse su exigibilidad, para, a partir de allí, empezar a contar el término trienal de prescripción.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado reiteradamente que el derecho a la pensión es imprescriptible. Con sustento en el carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución, y conforme al principio de solidaridad, a la especial protección que debe el Estado a las personas de tercera edad y al principio de vida digna, ha construido una sólida línea jurisprudencial que sostiene que el derecho a la pensión no se extingue con el paso del tiempo.

PRUEBAS

DOCUMENTALES

Solicito se tengan como pruebas las siguientes:

- a)** Copia del formulario de vinculación No. 089150 a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS por parte del señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, de fecha 20 de junio de 1994 (En 1 folio).
- b)** Copia del derecho de petición dirigido a LA AFP COLFONDOS S.A. radicado con fecha 11 de abril de 2023, por medio del cual se solicita, la proyección pensional, cálculos técnicos y actuariales y cálculos comparativos entre el RPMPD y el RAIS.
- c)** copia de la respuesta de la AFP COLFONDOS S.A. de fecha 06 de mayo de 2023.
- d)** Copia del derecho de petición radicada ante LA AFP COLFONDOS S.A. con radicado de fecha día 10 de mayo de 2023, por medio de la cual se solicitó anular el formulario afiliación del RAIS.

- e) Copia de la respuesta emitida por LA AFP COLFONDOS S.A., negando la petición que antecede, de fecha 17 de mayo de 2023.
- f) Copia del derecho de petición dirigido a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES, a efectos de aceptar el Traslado del Señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE, al Régimen de Prima Media.
- g) Copia de la respuesta dada por Colpensiones de fecha 26 de abril de 2023.
- h) Copia de la Historia laboral consolidada emitida por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

SOLICITUD PRUEBAS DE OFICIO

Solicito respetuosamente, se oficie a las Entidades demandadas lo siguiente:

- a) Se sirva su despacho ordenar a la demandada COLPENSIONES allegar copia del expediente o historia laboral actualizada del Representada.
- b) Se sirva su despacho ordenar a la demandada COLFONDOS S.A. allegar copia del expediente administrativo construido con ocasión a la afiliación al RAIS del Señor GABRIEL MARRIAGA AGUIRRE **y los documentos en los que conste la afiliación e información brindada para el cambio de régimen.**

PROCEDIMIENTO

A la presente demanda debe dársele el trámite de un Proceso Ordinario de Primera Instancia de acuerdo a lo contemplado en el Código de Procedimiento Laboral.

CUANTÍA

La tiene su Despacho por razón de la naturaleza del asunto, el domicilio de las demandadas y cuantía del negocio, conforme lo norma el artículo 13 del C.P.T. y de la SS.

ARTICULO 13. COMPETENCIA EN ASUNTOS SIN CUANTIA. De los asuntos que no sean susceptibles de fijación de cuantía, conocerán en primera instancia los Jueces del Trabajo, Jueces Laborales del Circuito, salvo disposición expresa en contrario.

En los lugares en donde no funcionen Juzgados del Trabajo.

Laborales del Circuito, conocerán de estos asuntos, en primera instancia, los Jueces del Circuito en lo Civil.

ANEXOS

- a) Certificado de existencia y representación legal de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS
- b) Copia del Poder para actuar
- c) Copia o pantallazos de comunicar al email de los demandados de conformidad con lo indicado en el registro de existencia y representación legal para notificarles y también al porte de atención al cliente reflejado por cada fondo administrador de pensiones y cesantías Colfondos S.A. y Colpensiones

NOTIFICACIONES

- El demandante puede ser notificado en Cartagena Bolívar Urbanización Santa Clara Manzana 0 Lote 10, y a través del Cel: 3185365709 y al Email: [**gamarriaga@hotmail.com**](mailto:gamarriaga@hotmail.com)
- Las personales las recibiré en la secretaría de su despacho, también en la carrera 13 No. 35-10 oficina 210 edificio El Plaza- Centro de Bucaramanga y a los Teléfono 6656959 y celular 311 446246; también al [**Email:shielomio@hotmail.com**](mailto:shielomio@hotmail.com)

• **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.**, en la de la ciudad de Bogotá D.C. calle 67 No. 7-94 piso 19 chapinero y al Email: jemartinez@colfondos.com.co y en Bucaramanga está ubicada en la carrera calle 33 No. 47-55 celular 3102168955, Email: jemartinez@colfondos.com.co

• LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, las recibirá en la calle 53 No. 35-32 email: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co



PATRICIA LEMUS SANTISTEBAN

C.C. No. 37.896.467 de San Gil

T.P. No. 145.776 del C.S. de la J.