

Señor(a)
JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA – REPARTO –
E.S.D.

Ref.: Proceso: **ORDINARIO LABORAL**
Demandante: **BLANCA TERESA PEÑA LEON** C.C. 35.329.896

Demandados: **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

JHON JAIRO QUINTERO RESTREPO, abogado titulado y en ejercicio, identificada con CC N° 1.053.851.677 y T.P. N° 361497 del C.S de J, mayor y vecino del municipio de Pereira, por medio del presente escrito y de conformidad al poder que me fuera otorgado por la señora **BLANCA TERESA PEÑA LEON**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 35.329.896, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** representada legalmente por el señor **Miguel Largacha Martínez** o quien haga sus veces al momento de la notificación del auto admisorio y contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, representada legalmente por el Dr. **JUAN MIGUEL VILLA LORA** o quién haga sus veces al momento de la notificación del auto admisorio, con el objeto se declare la ineficacia del traslado a la **AFP ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, así mismo se ordene el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

DEMANDANTE: **BLANCA TERESA PEÑA LEON**, identificada con la C.C. No. 35.329.896. Correo electrónico: btpena12@gmail.com

DEMANDADOS: **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, representada legal y judicialmente por el Dr. **MIGUEL LARGACHA MARTINEZ** o por quien haga sus veces, quien se localiza en la Calle 19 carrera 7 esquina Pereira Risaralda. Correo electrónico: notificacionesjudiciales@porvenir.com.co

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, Empresa Industrial y Comercial del

Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo, representada legalmente por el Dr. JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, quien se localiza en la Calle 19 Carrera 12 esquina Pereira Risaralda. Correo electrónico:

notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

INTERVINIENTE:

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, el cual podrá intervenir según las facultades conferidas en la Ley 1564 de 2012, tal como lo estipula el artículo 610 y ss. del Código General del Proceso. La presente entidad se localiza en la carrera 12 No. 18-101 Pereira Risaralda.

Además, puede ser notificada en el correo electrónico conciliaextrajudicial@defensajuridica.gov.co o a través de la página web: www.defensajuridica.gov.co

**CAPITULO I
HECHOS**

PRIMERO: La señora **BLANCA TERESA PEÑA LEON**, quien se identifica con C.C. 35.329.896 nació el día 12 de Febrero de 1961 en la ciudad de BOGOTA (CUNDINAMARCA).

SEGUNDO: La señora **BLANCA TERESA PEÑA LEON** se afilió inicialmente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el mes de 01 de Febrero de 1994 con el empleador INTERVENTORIAS Y DISEÑOS LTDA.

TERCERO: La señora **BLANCA TERESA PEÑA LEON** siguió afiliada al Régimen de Prima Media hasta el mes de Mayo del año 2000.

CUARTO: La señora **BLANCA TERESA PEÑA LEON** tiene cotizadas al mes de Diciembre de 2021 un total de 1.132 semanas, al Sistema General de Pensiones y existen otras pendientes por confirmar según historia laboral emitida por Porvenir S.A.

QUINTO: La señora **BLANCA TERESA PEÑA LEON** suscribió formulario de afiliación con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. el 17 de Mayo del año 2000, como Traslado de Régimen.

SEXTO: Afirma la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON que para la época en que suscribió el formulario de afiliación referenciado en el hecho anterior, el asesor de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. le aseguró que de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual la mesada pensional sería mucho más alta allí que la que recibiría en Prima Media.

SEPTIMO: Afirma la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON que el agente comercial de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. le dijo que si no quería recibir su pensión podría optar por reclamar la devolución de saldos, incluido su bono pensional.

OCTAVO: Afirma la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON que el asesor de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. le indicó que debía trasladarse porque el Seguro Social estaba próximo a desaparecer y que los aportes podrían quedar en riesgo de perderse.

NOVENO: La señora BLANCA TERESA PEÑA LEON tomó la decisión de trasladarse de Régimen por lo manifestado por el Asesor Comercial de la AFP ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y que se plasma en los hechos SEXTO Y SEPTIMO.

DECIMO: Afirma la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON que el asesor de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. NO le informó sobre las posibles desventajas que tendría al trasladarse de Régimen Pensional.

DÉCIMO PRIMERO: En documento proferido por la AFP PORVENIR S.A. con referencia radicado 0105672024124500 con fecha Julio 01 de 2022, esta AFP indica en el numeral 6: *"6. En relación con la asesoría brindada al momento de la afiliación, la información que brinda el Asesor Comercial es de manera verbal, donde se exponen temas como beneficios, aspectos positivos, dependiendo del caso de la persona régimen de transición, rentabilidades, costos de administración. Además de tener un servicio de canales presenciales donde podría ampliar cualquier tipo de pregunta que surgiera, por ello no se anexan soportes."*

DÉCIMO SEGUNDO: Lo manifestado por la AFP PORVENIR S.A. y que se plasma en el hecho anterior indica que esta AFP no posee documento alguno que permita comprobar cual fue el asesoramiento dado a la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON el día en que suscribió el formulario de afiliación con esta AFP.

DÉCIMO TERCERO: Aunque la AFP PORVENIR S.A. manifiesta llevar a cabo procesos de capacitación a sus asesores comerciales, no indica ni muestra prueba alguna que demuestre se hagan procesos de seguimiento a los agentes comerciales

que comprueben efectivamente si se llevaron a cabo las asesorías, especialmente la dada a la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON.

DÉCIMO CUARTO: El ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO vigente para la época de la afiliación de la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON, estableció el que las AFP se encontraban en la obligación de dar **la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permitiera, a través de elementos de juicio claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado.**

DÉCIMO QUINTO: No existe documento alguno que demuestre el asesor comercial de la AFP ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. hubiese cumplido con lo ordenado en el Estatuto Orgánico Financiero vigente para la época de la afiliación de la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON.

DÉCIMO SEXTO: En documento radicado en la AFP PORVENIR S.A. el día 06 de Junio de 2022 se solicita se entregue proyección de la posible mesada pensional tanto en la AFP PORVENIR como en COLPENSIONES, de la misma solo se recibió proyección con la AFP PORVENIR mas no de COLPENSIONES. Según el documento la posible mesada en Porvenir sería de \$1.019.700 al cumplimiento de los 62 años.

DÉCIMO SEPTIMO: El día 06 de Junio de 2022, la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, NIEGA LA SOLICITUD de traslado de la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida argumentando lo siguiente: *"No es procedente dar trámite a su solicitud, por cuanto la información consultada indica que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse."*

CAPITULO II PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos expuestos, muy comedidamente solicito al señor Juez, previo reconocimiento de mi Personería Jurídica para actuar como apoderado de la parte demandante, y cumplidos los trámites del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, se declare:

DECLARATIVAS

PRIMERA: DECLÁRESE la ineficacia del traslado que hizo la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON a la **AFP ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDA: DECLÁRESE la libertad de la señora **BLANCA TERESA PEÑA LEON** de afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al declararse la ineficacia del traslado a la **AFP ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

CONDENATORIAS

PRIMERA: CONDÉNESE a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – “COLPENSIONES”** a recibir a la señora **BLANCA TERESA PEÑA LEON** como afiliado cotizante.

SEGUNDA: CONDÉNESE a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a liberar de sus bases de datos a la señora **BLANCA TERESA PEÑA LEON** y hacer el respectivo traslado de sus de sus cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – Administradora Colombiana de Pensiones **“COLPENSIONES”**.

TERCERA: CONDÉNESE a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** al pago de las costas procesales que genere el presente proceso.

CUARTA: CONDÉNESE a lo extra y ultra petita debatido y probado en el proceso.

CAPITULO III.

Invoco como fundamento lo preceptuado en la Constitución Política de 1991 en sus artículos 2,4,5,13,48,53 y 58; artículos 1,11 y 36 de la Ley 100 de 1993; artículos 1508 y 1510 del Código Civil; Sentencias T-818 de 2007, T-398 de 2009.

Derecho a la igualdad: Artículo 13 C.N.

En **Sentencia C-862 de 2008**, se define este derecho, interpretando que: *La Constitución concibe la igualdad como un principio y un derecho. Como **principio**, implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y, en especial, para el legislador cuando configura el derecho y fija las directrices necesarias para estructurar las políticas públicas porque es una regla de justicia elemental y se proyecta para definir la forma de Estado. Como **derecho**, la igualdad es un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración*

de tratos favorables para grupos que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles.

La jurisprudencia de la Corte ha señalado que el juicio de igualdad estricto procede:

- 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa, tal como ocurre con aquellas que están basadas en las categorías prohibidas para hacer diferenciaciones que están relacionadas en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución;*
- 2) cuando la medida afecta fundamentalmente a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o discriminados, a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas;*
- 3) cuando aparece prima facie que la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental;*
- 4) cuando la medida que es examinada es creadora de un privilegio. Por su parte, la valoración sobre la razonabilidad del trato desigual será intermedio cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.*

COMENTARIO: Acogiéndome a la anterior clasificación jurisprudencial que determina las situaciones en que procede invocar el derecho aludido, considero que, la situación planteada encaja perfectamente puesto que a mi representada no se le trato en igualdad de condiciones en lo referente a la información transparente a los Afiliados al Sistema Pensional de las probabilidades de pensionarse en cada régimen y las proyecciones de la pensión como lo manifiesta el Decreto 2071 de Octubre de 2015 y la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Mi mandante tiene derecho a que se le respete la afiliación al Régimen de Prima Media, ya que la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON, nunca fue asesorado por la AFP DEMANDADA como lo ordena el Decreto 663 de 1993 para efectos de su traslado de régimen pensional.

La Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral Casación se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto la ineficacia y/o nulidad de la afiliación de las personas que fueron víctimas de vicios de consentimiento en el momento de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS)

Por ello, es menester traer a colación las providencias más relevantes que tienen relación fáctica y jurídica al caso concreto, las cuales como se verán a continuación se han reiterado hasta la fecha.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, sentencia con radicado no. 33083, acta no. 39 de 22 de noviembre de 2011 – M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, se refirió a la obligación que tienen los fondos de pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, lo cual había sido expuesto previamente en las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicales 31989 y 31314, dijo:

"...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..."

....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....

...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....

Igualmente en la sentencia radicación no. 31314 - acta no. 41 del 06 de diciembre del 2011 – M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, se reiteró lo establecido en la 31989 de 8 de septiembre de 2008, en la que se aclaró:

"...Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración;

Conforme a lo anterior es claro que hace más de una década el tribunal pacto un criterio claro respecto al suministro de la información adecuada, suficiente y cierta para el traslado de régimen pensional, consagrando que dicha obligación es innata de las administradoras de pensiones con fundamento en la normatividad existente en dicha fecha y en la actualidad, por lo cual se debía brindar un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada y esta sería la forma idónea de demostrar que dicho engaño en el traslado no existió. Así mismo, se plasmaron las

consecuencias de la nulidad en la vinculación que es no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establecen la ley.

Posteriormente, el día 3 de septiembre del 2014, con la magistrada ponente ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, la corte suprema de justicia sala de casación laboral, expide la sentencia **SL12136-2014**, radicado 46292, en la cual menciona:

"...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 previsionales, 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...."

....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...."

Con base en dicha providencia es notorio que el máximo órgano de la jurisdicción laboral gemina sus sentencias previas y fortalece la línea en este tema, referenciando que para poder concluir si el traslado es valido, es necesario determinar si en realidad el traslado fue libre y voluntario, para lo cual es necesario que exista un consentimiento informado, que ocurre cuando la AFP demuestre que al afiliado se le brindo una asesoría que estuvo acompañada de una información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción, so pena de que se declare la ineficacia de la afiliación.

El catorce (14) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), la corte suprema de justicia sala de casación laboral, nuevamente casa una sentencia referente al tema de debate, la sentencia **SL4964-2018** radicación n.º 54814 - Acta 43 - **M.P GERARDO BOTERO ZULUAGA**, en la cual reitera su precedente judicial en esta materia y además deja claro que el requisito de la carga de la prueba que recae sobre las AFP no se cumple simplemente aportando el formulario de afiliación, si no que los elementos materiales probatorios que se presenten deben demostrar plenamente el consentimiento informado, de esta forma cito:

"....Sobre el particular, es de señalar que esta Sala de la Corte, en la sentencia CSJ SL19447-2017, sostuvo que el sistema general de pensiones tiene como objeto, garantizar a la población de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las prestaciones, así como la ampliación progresiva en su cobertura, y estando enmarcado en que, conforme el literal b) del artículo 13 de la ley en cita, la elección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria, lo que se exige no es cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permita el ejercicio de la libertad informada, cuya infracción castiga la propia normativa en la medida en que indica que si el empleador o cualquier persona natural o jurídica la desconoce, se hace merecedor de las sanciones previstas en el inciso 1 del precepto 271 ibídem, esto es que «el empleador y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de la Salud según el caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente, ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente».

Así mismo, tal disposición prevé las consecuencias en la infracción de la información veraz cual es, que «La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador».

...Así, que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente, y de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo, y en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993...

...para esta Sala de la Corte es claro, que es la AFP a quien incumbe acreditar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de ser sus nuevos afiliados, la que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, tal y como se sostuvo por esta Corporación en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989 «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».

...conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

...no es dable argumentar que existió una decisión informada y consciente, y por ende una manifestación libre y voluntaria por parte del afiliado para trasladarse de régimen, exigencia que no pueda considerarse satisfecha con el simple diligenciamiento del formato diseñado por la entidad para esos efectos y plasmarse en él la correspondiente firma del trabajador, puesto que es obligación del fondo de pensiones dar cuenta de que lo documentaron de manera clara y suficientemente y los efectos que puede ello acarrear, omisión que conduce inexorablemente a la declaratoria de ineficacia del traslado, tal y como lo de manera pacífica ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en la sentencia CSJ SL17595-2017, en donde su puntualizó:

...los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) 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; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989).

Pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL17595-2017, donde se rememoró la CSJ SL, 06 de Dic. 2011, rad. 31314 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"...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...."

Debido al auge en los últimos años de demandas de ineficacia y/o nulidad de la afiliación que se presentaron en los diferentes juzgados laborales del territorio colombiano, la honorable corte suprema de justicia sala de casación laboral, expidió la sentencia **SL 1452-2019** del 03 de abril de 2019 - radicación n.º 68852 - acta 12 - **M.P CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO** que es de suma importancia en materia de ineficacia y/o nulidad de la afiliación; la cual mantuvo en firme la postura estipulada en los pronunciamientos anteriores en este tema y unificó diferentes aspectos que estaban generando controversias en juzgados y tribunales del territorio nacional.

Dicha sentencia tiene tanta relevancia que a la fecha sigue siendo reiterada por la misma corte, como lo ha sido en las sentencias **SL1689-2019** del 08 de mayo de 2019 - radicación n.º 65791- acta 16 - **M.P CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO** y **SL1688-2019** del 08 de mayo de 2019 - radicación n.º 68838- acta 16 - **M.P CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**.

En dichas providencias se plasma:

"...Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizará (i) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (ii) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (iii) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado."

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y

consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Con fundamento en dicha sentencia de unificación y en las cuales fue reiterada por la misma corte, el máximo órgano de la jurisdicción ordinario laboral fue enfático y claro en establecer:

- 1) Las AFP desde su creación hasta la fecha tienen la obligación relativa al deber de información.
- 2) El cumplimiento del deber de información no se satisface con el simple diligenciamiento del formato de afiliación.
- 3) Las AFP tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de la información.
- 4) Para la ineficacia de la afiliación no es requisito que el afiliado tenga una expectativa de pensión o un derecho causado.

La corte suprema de justicia sala de casación laboral, generando una seguridad jurídica en materia de precedentes, siguió reproduciendo sus conceptos estipulados en la sentencia de unificación y en la sentencia **SL 1421- 2019** del 10 de abril de 2019 -radicación n.º 56174 - acta 13 -**M.P GERARDO BOTERO ZULUAGA**, menciona:

"...En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP..."

"...la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda 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..."

"...Bajo el anterior contexto, queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información afecte los intereses del afiliado en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada; la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional..."

Así mismo, debido a la obstinación de las AFP, estableciendo que con el simple formulario de afiliación se demostraba que la AFP cumplió con el deber de información y que el efecto de este incumplimiento no debía ser la ineficacia de la afiliación si no otros, se casó y emitió la sentencia **SL4360-2019** del 09 de octubre de 2019 - radicación n.º 68852- acta 36 - **M.P CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**, en la cual la corte suprema de justicia sala laboral casación, volvió a repetir su postura respecto este tema así:

"...En su decisión, en esencia, la Sala explicó que: (i) desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones, con la expedición de la Ley 100 de 1993, estas tienen el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema pensional; (ii) el grado de intensidad de esta obligación se ha transformado con el paso del tiempo, de modo que corresponde a los jueces evaluar su cumplimiento con el momento histórico en que debía cumplirse; (iii) el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información y, por tanto, se requiere de un «consentimiento informado»; (iv) la carga de la prueba de este corresponde al fondo de pensiones, y (v) la violación al deber de información puede darse incluso si la persona tiene o no un derecho consolidado, es o no beneficiario del régimen de transición o está cerca o no de pensionarse. Esto, desde luego, conforme a las particulares de cada asunto. ..."

Y debido al empeño de las AFP intentando demeritar dicha postura, decidió aclarar lo siguiente:

"...la Corte analizará tres subtemas: (1) el formulario de afiliación proforma aprobado por la Superintendencia Financiera y su aptitud para liberar a Povehir S.A. de su obligación de dar información; (2) la ineficacia como respuesta jurídica a la transgresión de esta obligación, y las (3) implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado.

1. El formulario proforma aprobado por la Superintendencia Financiera no exime a las administradoras de pensiones de cumplir con su deber de información

...no es plausible asumir que la firma del formulario de afiliación implica la aceptación de que el afiliado recibió información oportuna y suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen. El derecho del trabajo y de la seguridad social se construye sobre realidades y verdades; por consiguiente, es inaceptable que bajo el escudo de un formalismo las administradoras se excusen del cumplimiento de sus deberes y responsabilidades legales.

2. La consecuencia de la inobservancia del deber de información: ineficacia del acto jurídico de cambio de régimen

...En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia...

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

...En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado

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» (CSJ SC3201-2018)....

Por último, respecto al término de prescripción para declarar la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, la corte suprema de justicia sala de casación laboral se ha pronunciado en diferentes providencias pactando que la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, es imprescriptible, por consiguiente la excepciones que se propongan solicitando la prescripción son improcedentes.

Entre sus pronunciamientos se resaltan los siguientes:

En la sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019 - radicación n.º 68838- acta 16 - M.P CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, menciona:

....los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados. Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adocinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión». Esta misma postura, fue expuesta por la Sala en reciente providencia CSJ SL1421-2019....»

Así mismo, en la sentencia **SL 1421** del 10 de abril de 2019 - radicación n.º 56174 - acta 13 - - **M.P GERARDO BOTERO ZULUAGA**, estipulo:

“...destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Y sus últimos conceptos respecto al fenómeno de la prescripción en la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, se pactó en las sentencias **SL3464-2019** del 14 de agosto de 2019 - radicación n.º 76284 - acta 28 - **M.P CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO** y la sentencia **SL4360-2019** del 09 de octubre de 2019 - radicación n.º 68852- acta 36 - - **M.P CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**, lo siguiente:

“...Ahora, en atención a que las entidades demandadas formularon la excepción de prescripción de la acción, debe tenerse presente que de acuerdo con las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional es imprescriptible...”

Con fundamento en las providencias relatadas con antelación, es evidente que la jurisdicción ordinaria laboral en cabeza de la honorable CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA LABORAL ha establecido una línea jurisprudencia muy sólida, respecta la declaratoria de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación en el traslado de régimen, creando así un precedente judicial, el cual deben considerar las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo, puesto que este tiene su origen

en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual se basa en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares.

Por consiguiente, dichos parámetros relatados en las anteriores sentencias son de carácter vinculante para todos los jueces y tribunales laborales del territorio colombiano, los cuales solo se pueden apartar de este, si exponen razones que realmente justifiquen su decisión.

NORMAS VIOLADAS CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La afiliación asunto de esta demanda, debe ser declarado nulo por cuanto infringe las normas en que debía fundarse, fue proferido en forma irregular, y dado que con él se lesionaron los derechos del demandante amparados por claras normas jurídicas, debe procederse también a ordenar el correspondiente **REGRESO** del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida.

Como fundamento de lo cual, me permito citar las normas violadas y el concepto de su violación:

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY

La afiliación asunto de esta demanda viola la constitución política de Colombia, trasgrede sus principios y valores, en su Artículo 53, toda vez que se desconoce, todo lo consagrado a en estas disposiciones basta con hacer el estudio comparativo entre el acto administrativo las Leyes en que realmente tiene que fundarse.

La afiliación demandada viola además las siguientes disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano:

Artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo

Esta violación directa se aleja por cuanto al realizarse la afiliación vulnera los derechos laborales de mi poderdante, consagrados constitucionales y legalmente tales como la primacía de la realidad sobre las formalidades, **la irrenunciabilidad de beneficios mínimos, la igualdad, el mínimo vital, entre otros.**

DESVIO DE PODER

Resulta evidente el Desvío de Poder en el sentido de la extralimitación de funciones por parte de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, pues como ya se ha dicho existen principios de rango constitucional y legal que son inquebrantables, además la entidad demandada viola todos los principios y garantías constitucionales de mi poderdante como se demuestra con las pruebas solicitadas y aportadas con la presente demanda.

Desenvolvimiento de la problemática planteada

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

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

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

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

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

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

Dicha carga de la prueba recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, en la medida en que con ello la "prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo" tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil. Así lo predicó el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, al concretar que: "Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, ya demás 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.

(...)

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

(...)

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de

la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

(...)

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

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

Es evidente, que al comparar los montos de la pensión en una u otra entidad las diferencias son abismales, por lo que si se hubiese dado una información documentada, veraz y oportuna jamás y bajo ninguna condición se hubiese autorizado el traslado en forma voluntaria.

CAPITULO IV. RAZONES DE DERECHO

Del análisis literal de la norma se observa que lo que no puede hacer un afiliado es **trasladarse de régimen** cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; mas no le está prohibido **VOLVER O RETORNAR** al régimen de prima media con prestación definida.

Al respecto, en sentencia proferida el 07 de marzo de 2013 por la subsección A de la sección segunda de la sala de lo contencioso administrativo del consejo de estado, con radicado **25000232500020100121401**, se diferenció claramente el alcance de las expresiones **TRASLADARSE** y **VOLVER O RETORNAR**.

Al respecto, la indicada providencia dijo:

"...nótese que la norma nunca dijo "volver", "retornar" o algo semejante, para que pueda colegirse que se trata del caso de las personas que ostentaron el régimen de prima media y decidieron cambiarse al RAIS y posteriormente decidieron regresar, como es el caso que nos ocupa.

Pensar lo contrario es una conclusión excesivamente laxa y facilista, que no se compadece con la realidad de muchos ciudadanos que venían laborando y efectuando sus cotizaciones al ISS, pero desanimados por razones mediáticas, experiencias personales o descredito del Instituto de Seguros Sociales (ISS), optaron por trasladarse al nuevo régimen pensional. ¿Es viable pensar que si supieran que se iba a presentar tal interpretación a la norma y la inseguridad que venía para sus reconocimientos pensionales hubieran optado por tal decisión...

Para muchos de ellos, el traslado fue altamente perjudicial a sus intereses, debido a las disquisiciones erróneas que se han efectuado sobre la norma, sin que sea más obligatorio a los jueces en estos casos que someterse al precedente judicial de jurisdicción y a la ratio desidendi de las sentencias de constitucionalidad de la corte constitucional..."

Puede concluirse que el querer de la demandante no es **TRASLADARSE** sino **VOLVER** al régimen de prima media con prestación definida.

El **ENGAÑO** no solo se da en lo que se afirma sino en los silencios que se guardan para lograr algún tipo de cometido en sentencia de la **Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en el expediente No.31989 del 09 de septiembre del año 2008 M.P Eduardo López Villegas**, en un proceso donde desde lo fáctico y lo

jurídico es muy similar al presente caso sobre la falta de información u omisión de los Fondos de Pensiones para lograr el traslado de quienes se encuentran en el Régimen de Prima media, se indicó:

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial del 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 con 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 fuera el caso, a desahumar al interesado de tomar una opción claramente le perjudica".

Sobre asunto similar se refirió de manera expresa la Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales y al respecto señaló en sentencia proferida el 21 de agosto 2009 dentro del proceso con radicado 17001310500320070035500, demandante Julia Edith Pérez Rincón, demandado BBVA COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS:

"... Bajo ninguna circunstancia es el empleador o la empleadora, y menos de consumo con los fondos de pensiones, el o la que pueda direccionar la voluntad de un trabajador o una trabajadora para que se acoja a uno u otro de los regímenes de pensiones que permite el sistema de seguridad social integral, pues esa escogencia inequívocamente es del servidor o la servidora..."

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, además, queda demostrado LA FALTA TOTAL DE ASESORAMIENTO a mi representado.

- No se hicieron las proyecciones pensionales, Se olvida que LA AFP DEMANDADA está bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera, por lo tanto debe cumplir los mandatos del Estatuto Orgánico Financiero y con los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994 en este caso con lo manifestado en el artículo 4 que a la letra dice: "En su calidad de Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional 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". Y el daño sufrido por la falta de asesoramiento de LA AFP PORVENIR S.A. a mi poderdante es permanente ya que jamás se hizo proyección alguna que garantizara a la citada señora tomara una decisión ajustada a sus necesidades.

La misma AFP dice no tener documento alguno donde se garantice se llevó a cabo algún tipo de asesoramiento. Así mismo dice las AFP que la garantía de haberse dado un correcto asesoramiento es la firma del formulario que se dio de manera libre y voluntaria, sin embargo es claro que la PRETENSIÓN no es demostrar que la afiliación se hizo sin presiones sino que la misma se hizo acompañada de un completo asesoramiento, y ello fue lo que no sucedió.

Ahora hablar de no tener ningún soporte que indique si se hizo el asesoramiento, no tiene ninguna presentación, en este sentido se hizo el siguiente pronunciamiento:

La Sala Laboral del Tribunal de Pereira en sentencia con radicación No. 66001-31-05-001-2016-00476-01 del 06 de Febrero de 2019 dijo: *"Cabe agregar que no se trata de rendirle culto a las FORMAS, o escritos como si la única prueba admisible fuera la escrita, erigiendo de una solemnidad que la ley no prevé, sin embargo, la manera de desenvolverse tales entidades en el tráfico normal de sus actividades, es dejando huella de cada uno de los deberes a su cargo, detallando y documentando cada paso que realiza, de tal suerte, que no se zafa de esa carga, trayendo al proceso la manera como cada cliente financiero percibió la función o rol que cumplió la entidad financiera, sino por el contrario, entregando al juez la probanza que revele fehacientemente, el contenido del deber informado que le incumbe, y si se trataron de reuniones, el levantamiento de actas en las que se refleje, el nombre de los instructores y asistentes, los temas tratados o desarrollados, las consultas absueltas, los niveles de satisfacción de tales respuestas a las consultas, etc. Pasos que se erigen como un hilo conductor. Que le lleve al juez el convencimiento de que al usuario se le dispensó la información adecuada y precisa, en aras de hacer la mejor elección."*

Y es que no se habla de una tienda de barrio, para que se diga que no existe documento alguno que pruebe se hizo el asesoramiento debido, es una entidad financiera que maneja millones de usuarios y billones de pesos en capital, donde la única prueba que se aporta es la del formulario de afiliación haciendo énfasis en la leyenda que dice que la elección se hizo de manera libre y voluntaria, que como dice la sentencia SL 1452 DE 2009 *"a lo sumo, acreditan UN CONSENTIMIENTO, PERO NO INFORMADO"*

Así mismo resulta indispensable mencionar que aunque se dice por parte de la AFP PORVENIR S.A. que realiza exhaustivos procesos de capacitación, eso no es indicativo que la información recibida por esos asesores comerciales sea transmitida a los potenciales afiliados, es decir, no se habla nunca de que se tengan mecanismos establecidos que permitan hacer seguimiento que permita certificar y probar, los mencionados asesores comerciales si hicieron el ASESORAMIENTO ENCOMENDADO.

Cuando se la AFP manifiesta que el formulario se firmó libre y voluntariamente, no se dice que esto equivale a un asesoramiento previo...

En este sentido es válido citar lo expuesto por la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial, Magistrada Ponente doctora

MARTHA INÉS RUIZ en sentencia dentro del radicado No.14055. 2015-451-00

donde se dice que no puede admitirse que hay una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia del traslado frente a sus derechos prestacionales, sobre todo en lo que tiene que ver con el monto de la pensión, textualmente la sentencia dice:

"En éste sentido, no puede admitirse que concurre una manifestación libre cuando las personas desconocen la incidencia del traslado frente a sus derechos prestacionales, el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes que se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes y la declaración de aceptación; reglas que no pueden estimarse satisfechas con una manifestación genérica so pena de declarar ineficaz el traslado, por ende, ello implica que la accionada debe ejercer en debida forma la carga de la prueba en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, disposición que es de recibo en materia laboral en los términos del artículo 145 del CPT y de la SS, en el sentido de acreditar que se tuvo la diligencia y cuidado suficiente en el suministro de la información al asegurado."

No es posible pensar siquiera, que una asesoría de tal talante donde está en juego la supervivencia de una familia entera, se manifieste se hizo únicamente de tipo verbal, olvidando lo preceptuado en el Estatuto Orgánico Financiero que obliga a que ese asesoramiento se haga en forma eficiente, eficaz y oportuna.

Si bien es cierto esos mecanismos de asesoría cada vez más vienen acompañados de reglamentaciones legales recientes, también lo es el que desde sus inicios todas las AFP estaban obligadas a llevar a cabo asesorías completas sobre todo en materia de traslados pensionales.

Así mismo las proyecciones pensionales se hacen sobre supuestos y tienen en cuenta variables como las fluctuaciones en el mercado financiero, también lo es el que nunca se le hizo al señor BLANCA TERESA PEÑA LEON proyección alguna que tuviese en cuenta varios escenarios para que así tomara una decisión acertada y eficaz.

En cuanto a la carga de la prueba la Sala Laboral del Tribunal de Pereira se ha pronunciado acerca de a quien le corresponde aportar la carga de la prueba en primer lugar en la Sentencia 2016-00394 del 24 de Enero de 2018 con Magistrado Ponente Julio César Salazar Muñoz, y la Sentencia 2016-00329-01 del 6 de Junio de 2018, Sala Laboral con Magistrado Ponente Olga Lucía Hoyos Sepúlveda del Tribunal de Pereira.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Noviembre de 2018 con No. SL4964 refiriéndose a la importancia se aplique lo ordenado en el Decreto 663 de 1993 dijo:

"Por demás, las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además, el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían

obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe "y de servicio a los intereses sociales" en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que "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".

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que "en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante", es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición.

De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional"

Este DECRETO aplica como regulación para las Administradoras de Fondos de Pensiones, dicho estatuto estableció la importancia del deber de informar al consumidor financiero, a partir del artículo 97 en lo siguiente:

"Art 97. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claro y objetivo, escoger las mejores opciones del mercado."

En reciente sentencia SL 1452 del 03 de Abril de 2019 la Corte Suprema de Justicia con respecto al Decreto 663 de 1993 hace el siguiente pronunciamiento:

" Ahora bien, la información necesaria a la que alude el ESTATUTO ORGANICO 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."

Es claro y evidente que lo que buscó el señor asesor de la AFP PORVENIR S.A. era ganar su comisión a cualquier costo, y este fue el de entregar información engañosas, ocultar otra y dar a conocer solo los beneficios que se tiene en Ahorro Individual pero nunca las desventajas que se tienen dentro del mismo.

"Ahora bien, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios. En otros términos la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro"

Evitando sobredimensionar lo bueno, será que el asesor no se sobredimensionó cuando afirmó categóricamente que la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON Tendría una mesada pensional más alta en la AFP PRIVADA.

Será posible que una asesoría de tal talante como es el cambio de régimen, se pueda dar solo de manera verbal. Como es posible que un asesor comercial pueda afirmar categóricamente que una mesada pensional es más alta en el RAIS que en Prima Media sin acudir a alguna ayuda de tipo financiero.

En cuanto a la carga de la Prueba, la sentencia en cita del 3 de Abril del presente año dice:

"Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quien le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento"

Más adelante dice la sentencia en cita:

"Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no es posible- 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 la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y más aun probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento".

Y manifiesta la Corte:

"Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado... A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación artículo 11 literal b, L. 1328 de 2009 considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavors de los consumidores financieros"

Ahora en sentencia reciente del 3 de Abril de 2019, SL 1452 de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA se dice:

"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, AQUELLAS 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 pudiera traer en el futuro..."

Sin embargo, las Administradoras de Fondos de Pensiones desde sus inicios eran conocedores de las posibles consecuencias que se pudieran derivar en caso de que las condiciones del mercado financiero no fueran las esperadas por el afiliado

Por todo lo referido solicito muy respetuosamente al señor Juez declarar la nulidad de la afiliación que hizo la señora BLANCA TERESA PEÑA LEON ya que no hubo asesoramiento como lo ordena el Decreto 663 de 1993, y por ende ordenara devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – "COLPENSIONES"** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, 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.

CAPITULO V. PRUEBAS

- INTERROGATORIO DE PARTE SOLICITADO

Sírvase hacer comparecer a este Despacho al representante legal de las entidad demandada la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, para que deponga sobre los hechos de la demanda, reservándome el derecho de adjuntar el interrogatorio en sobre cerrado antes de la práctica de la diligencia o el de realizarlo verbalmente el día de la audiencia.

NOMBRES DE LOS TESTIGOS Y LUGAR DE NOTIFICACION

PORVENIR S.A.

- Representada legal y judicialmente por el Dr. MIGUEL LARGACHA MARTÍNEZ o por quien haga sus veces, quien se podrá notificar en la Calle 19 Carrera 7 esquina Pereira Risaralda.

- DOCUMENTALES APORTADAS

Allego como prueba los siguientes documentos y solicito al Despacho tenerlos y practicar como pruebas copia de los siguientes documentos:

1. Fotocopia de la cedula de ciudadanía de la que La señora BLANCA TERESA PEÑA LEON.
2. Derecho de petición radicado en la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A..**
3. Respuesta a Derecho de petición presentado a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A..**
4. Formulario de afiliación en la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A..** de La señora BLANCA TERESA PEÑA LEON.
5. Historia laboral de La señora BLANCA TERESA PEÑA LEON en **PORVENIR S.A.**
6. **Bono pensional.**
7. **CARTA DE COLPENSIONES NEGANDO EL TRASLADO..**
8. Certificado de representación de **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A..**

Previo cumplimiento de los requisitos legales, solicito a su despacho que se ordene a la **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A..**, que, al momento de la contestación de la presente demanda, ponga a disposición del proceso los siguientes documentos:

- A. Proyección que se le efectuó a la actora al momento de realizar el traslado de régimen, respecto de los beneficios y las consecuencias del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.
- B. Proyección y el comparativo respecto de cuál sería el monto de la pensión de la actora en ambos regímenes presentada al momento de la vinculación.
- C. Constancia del **CONSENTIMIENTO INFORMADO** presentado a mí representada al momento de la vinculación.
- D. Copia del formulario firmado al momento de la vinculación por parte de La señora BLANCA TERESA PEÑA LEON a esa **AFP**.

Los cuales fueron solicitados mediante derecho de petición

CAPITULO VI. PROCEDIMIENTO

A la presente demanda debe dársele el trámite de un proceso ordinario laboral de primera instancia, conforme lo establece el artículo 38 de la Ley 712 de 2001.

CAPITULO VII. COMPETENCIA

Conforme al ARTICULO 11. COMPETENCIA EN LOS PROCESOS CONTRA LAS ENTIDADES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. (articulo modificado por el articulo 8 de la Ley 712 de 2001) es usted competente, Señor Juez, para conocer de la presente demanda debido que Pereira Risaralda es el lugar donde se ha surtido la reclamación del respectivo derecho.

CAPITULO VIII ANEXO

Me permito anexar los documentos aducidos como prueba, copia de la demanda con sus anexos para la parte demandada y copia para el archivo del Juzgado. Así mismo anexo poder a mi conferido por La señora BLANCA TERESA PEÑA LEON para adelantar el presente proceso ordinario laboral de primera instancia.

CAPITULO IX. NOTIFICACIONES

DEMANDANTE:

Recibirá notificaciones en CALLE 31 No 7-12 PEREIRA. Correo electrónico: btpena12@gmail.com

APODERADO:

Las recibirá en la Cra 8 # 20-67 Oficina 503 Edificio Banco Unión Colombiano, Pereira, Risaralda, teléfono 3105372401-3486827 correo electrónico info@enlacepensional.com.

DEMANDADO:

La parte demandada recibirá notificaciones en:

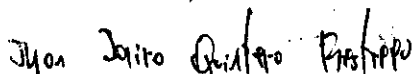
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Calle 19 Carrera 7 esquina Pereira, Risaralda. Correo electrónico: notificacionesjudiciales@porvenir.com.co

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, email: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, se localiza en la calle 70 Nro. 4-60, Bogotá o en el e-mail conciliaextrajudicial@defensajuridica.gov.co o a través de la página web: www.defensajuridica.gov.co

Los correos electrónicos suministrados corresponden a los que aparecen en la pagina web de las entidades, certificados de existencia y representación legal, igualmente lo confirma la firma de abogados TOUS quienes son los apoderados de la parte demandada en la región.

Al señor Juez,



JHON JAIRO QUINTERO RESTREPO

CC N° 1.053.851.677.

T.P. N° 361497 del C.S. de J.