SEÑOR: **JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ (REPARTO)**
E. S. D.

PAGE

ASUNTO: PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JACQUES ANENTO GARCIA C.E. 256.593
DEMANDADO: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

OSCAR IVAN PALACIO TAMAYO, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado de **JACQUES ANENTO GARCIA**, mayor de edad, identificado con Cédula de Extranjeria 256.593, presento ante su despacho demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, entidades representadas legalmente por MIGUEL LAGARCHA MARTÍNEZ y JUAN MIGUEL VILLA LORA respectivamente, o por quien haga sus veces al momento de la notificación, para que previos los trámites y ritualidades procesales pertinentes, se hagan las declaraciones y condenas de recibo, con fundamento en los siguientes:

I. HECHOS

PRIMERO: JACQUES ANENTO GARCÍA nació el 29 de junio de 1967, contando, actualmente, con 54 años.

SEGUNDO: JACQUES ANENTO GARCÍA empezó a cotizar a seguridad social en pensiones desde el 24 de agosto de 1993 en el entonces I.S.S. hoy COLPENSIONES.

TERCERO: En el año 1994, mi representado y su esposa (la Sra. ADRIANA YIDIOS ABIRACHED), fueron contactados, por la Sra. SANDRA SEDAN MURRA, asesora de COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) quien, en reiteradas oportunidades, les insistió en la conveniencia de trasladarse al R.A.I.S.

CUARTO: La asesora de COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) afirmaba que el I.S.S. iba a desaparecer y que no había otra opción más que afiliarse a la A.F.P., una institución privada que le ofrecía mayor rendimiento y seguridad de los aportes.

QUINTO: Partiendo de dicha información y de la insistencia de la promotora, mi mandante suscribió formulario de afiliación con COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.), en septiembre de 1994, trasladándose de esta manera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEXTO: Mi representado se limitó a firmar el formulario, pues todos lo demás fue diligenciado por la asesora de COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.).

SÉPTIMO: La afiliación se efectuó en la casa de mi representado en compañía de su esposa (la Sra. ADRIANA YIDIOS ABIRACHED).

OCTAVO: PORVENIR S.A. se desentendió de entregar el reglamento establecido en el Artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

NOVENO: PORVENIR S.A. se abstuvo de cumplir con su deber de información y buen consejo al momento de efectuar la afiliación, puesto que no le suministró a mi poderdante información oportuna, adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional.

DÉCIMO: PORVENIR S.A. NUNCA le informó a mi poderdante sobre las consecuencias del traslado de régimen, así como la posible pérdida de beneficios pensionales, limitándose únicamente a hacer efectiva su vinculación.

DÉCIMO PRIMERO: Durante el tiempo de afiliación JACQUES ANENTO GARCÍA a PORVENIR S.A., NUNCA se le suministró información acerca de la edad mínima de pensión, en dicho régimen.

DÉCIMO SEGUNDO: Durante el tiempo de afiliación de JACQUES ANENTO GARCÍA a PORVENIR S.A., NUNCA se le suministró información acerca de la posibilidad de trasladarse nuevamente al R.P.M.

DÉCIMO TERCERO: Durante el tiempo de afiliación de JACQUES ANENTO GARCÍA a PORVENIR S.A., NUNCA se le suministró información acerca del capital que debía acumular con el fin de obtener una mesada pensional similar a su salario en aquel entonces.

DÉCIMO CUARTO: La A.F.P. demandada tuvo la oportunidad de informar debidamente a mi representado en el momento de su afiliación, en el lapso que otorgó la Ley 797 de 2003 y, por último, antes de cumplir los 52 años. **Nunca lo hicieron.**

DÉCIMO QUINTO: JACQUES ANENTO GARCIA acredita en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (hoy COLPENSIONES) un total de 53 semanas.

DÉCIMO SEXTO: JACQUES ANENTO GARCÍA ha cotizado en la A.F.P. PORVENIR S.A. un total de 797 semanas hasta octubre del 2019.

DÉCIMO SÉPTIMO: JACQUES ANENTO GARCÍA, tiene un total de 850 semanas cotizadas en toda su vida laboral, hasta el mes de octubre de 2019, teniendo en cuenta las semanas cotizadas en el R.P.M. y en el R.A.I.S.

DÉCIMO OCTAVO: Según proyección pensional efectuada por PORVENIR S.A. en el 2019, esta entidad pagaría una mesada pensional de $2.055.500 al cumplir los 62 años, con una tasa de reemplazo del 19,48%.

DÉCIMO NOVENO: Al efectuar la liquidación del I.B.L. de JACQUES ANENTO GARCIA, con las cotizaciones efectivamente realizadas en los últimos 10 años, hasta el mes de septiembre del 2019, el I.B.L. su promedio sería de $10.739.119.

VIGÉSIMO: La mesada pensional de JACQUES ANENTO GARCÍA en COLPENSIONES, teniendo en cuenta el anterior I.B.L., siendo proyectada con 1300 semanas, la tasa de reemplazo sería del 52%, con una mesada de $5.587.764 aproximadamente.

VIGÉSIMO PRIMERO: Existe una diferencia entre la proyección de la mesada en el R.A.I.S. y en el R.P.M. de $3.532.264 entre la pensión que obtendría JACQUES ANENTO

GARCÍA en el R.P.M. (con una tasa de reemplazo de un 32,53%) a la que le sería pagada en el R.A.I.S.

VIGÉSIMO SEGUNDO: El día 13 de septiembre del 2019, se radicó en COLPENSIONES formulario de afiliación para obtener el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

VIGÉSIMO TERCERO: Mediante comunicado del 13 de septiembre del 2019, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, negó el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

VIGÉSIMO CUARTO: En septiembre de 2019, se radicó ante PORVENIR S.A., mediante la cual se solicitaba: Copia del Formulario de Afiliación; Historia laboral consolidada de Porvenir S.A. e Historia laboral que se genera con la información registrada en la Oficina de Bonos Pensionales adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Proyección pensional.

VIGÉSIMO QUINTO: Mediante radicado 0100222102511700, PORVENIR S.A. respondió dicha solicitud.

VIGÉSIMO SEXTO: El 07 de enero de 2020, se radicó una petición ante PORVENIR S.A. mediante la cual se solicitaba lo siguiente:

> *"1. Hoja de Vida del promotor que realizó la afiliación del Sr. JACQUES ANENTO GARCÍA a PORVENIR S.A.*
> *2. Capacitaciones brindadas al promotor en pro de mejorar las asesorías ofrecidas a los afiliados."*

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Nunca se dio respuesta al derecho de petición del hecho inmediatamente anterior.

VIGÉSIMO OCTAVO: Actualmente, mi representado cotiza como independiente.

II. PRETENSIONES

Solicito señor Juez que mediante una sentencia de fondo que haga tránsito a cosa juzgada se hagan las siguientes declaraciones y condenas a favor de JACQUES ANENTO GARCIA, en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES:

DECLARACIONES

PRIMERA: Que por falta de los requisitos legales de que dan cuenta los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y artículo 12 del Decreto 720 de 1994, se **RECONOZCA** la **INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN** de JACQUES ANENTO GARCÍA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.).

SEGUNDA: Que en forma subsidiaria y por falta de los requisitos legales que dan cuenta los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, así como el Artículo 97 del Decreto 663 de

1993, se **DECLARE** la **NULIDAD DEL TRASLADO** de JACQUES ANENTO GARCÍA al Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual (R.A.I.S.).

TERCERA: Que como consecuencia de las pretensiones anteriores se **DECLARE** la **EXCLUSIÓN** de todo efecto jurídico del acto de afiliación de JACQUES ANENTO GARCÍA a la A.F.P. del Régimen Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.).

CUARTO: Que se **DECLARE** válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación de JACQUES ANENTO GARCÍA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.), hoy administrado por COLPENSIONES.

QUINTA: Que se **DECLARE** que la A.F.P. PORVENIR S.A. está obligada a devolver la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensiones girados a favor y demás conceptos económicos relacionados con las cotizaciones efectuadas al sistema pensional al Régimen de Prima Media, sin efectuar ningún tipo de deducción de los mismos.

DE CONDENA:

PRIMERA: CONDENE a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos y cada uno de los aportes que JACQUES ANENTO GARCIA efectuó al Régimen de Ahorro Individual conforme a la pretensión declarativa quinta, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y sin efectuar ningún tipo de descuento.

SEGUNDA: Que se **ORDENE** a COLPENSIONES reactivar la afiliación de JACQUES ANENTO GARCÍA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERA: ORDENE a COLPENSIONES actualizar la historia laboral de JACQUES ANENTO GARCÍA con base en la historia laboral de PORVENIR S.A.

CUARTA: Que **DECLARE, ORDENE o CONDENE** a las entidades demandadas a lo que ultra y extra petita, resulte debatido y probado en el transcurso del proceso.

QUINTA: Que se **CONDENE** a las entidades demandadas al pago de las costas y gastos procesales.

III. PRUEBAS:

III.1. DOCUMENTALES:

III.1.A. Copia de la Cédula de Extranjería de JACQUES ANENTO GARCIA.
III.1.B. Copia formulario de afiliación a COLPATRIA (hoy PORVENIR).
III.1.C. Proyección de la pensión de JACQUES ANENTO GARCÍA en el R.A.I.S. elaborada por PORVENIR S.A.
III.1.D. Copia de la historia laboral de JACQUES ANENTO GARCÍA en PORVENIR S.A.
III.1.E. Certificado emitido por COLPENSIONES en donde consta que JACQUES ANENTO GARCÍA estuvo afiliado al ISS entre 1993 y 1994.
III.1.F. Copia del derecho de petición radicado en PORVENIR S.A. el 7 de enero del 2020.
III.1.G. Respuesta de PORVENIR S.A. al derecho de petición.
III.1.H. Copia de la comunicación mediante la cual COLPENSIONES negó el traslado de JACQUES ANENTO GARCIA.
III.1.I. Certificado de existencia y representación legal de PORVENIR S.A.

III.2. TESTIMONIAL:

Señor Juez, le solicitó que se recepcione el testimonio de ADRIANA YIDIOS ABIRACHED, identificada con C.C. 45.472.457, siendo contactada en el correo electrónico adriyidios@yahoo.com, quien declarará sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se dio el traslado del demandante del R.P.M. al R.A.I.S.

III.3. INTERROGATORIO DE PARTE:

Solicito se fije fecha y hora para practicar en forma verbal o mediante escrito aportado previamente a su despacho, el interrogatorio de parte al representante legal de PORVENIR S.A.

III.4. DECLARACIÓN DE PARTE:

Ruego citar y hacer comparecer, para que, en audiencia, cuya fecha y hora se servirá usted señalar a JACQUES ANENTO GARCÍA en su calidad de demandante, con el fin de que ilustren las condiciones en las cuales se suscribió la afiliación a PORVENIR S.A. y si en efecto se surtió el deber de información clara, precisa y necesaria.

III.5. DOCUMENTOS QUE SE ENCUENTRAN EN PODER DEL DEMANDADO Y QUE DEBERÁN APORTARSE AL PROCESO:

Comedidamente solicito del despacho se aplique en su integridad lo dispuesto por el artículo 31 numeral 2 del parágrafo 1 y parágrafo 3 del mismo artículo del Código Procesal del Trabajo, ordenando a la parte demandada, que, con la contestación de la demanda, so pena de ordenarse la subsanación en el término de cinco días y ante dicho vencimiento de término, tenerse por no contestada la demanda, se aporta el siguiente documento:

III.5.A. Expediente administrativo de JACQUES ANENTO GARCÍA en PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

III.5.B. Copia de la Hoja de Vida, juntos a los certificados de las capacitaciones en el sistema pensional colombiano de la asesora de COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) que vinculó a JACQUES ANENTO GARCIA a esta institución.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

4.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991:

ARTÍCULO 48: La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.
Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.
El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.
La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.
No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

ARTÍCULO 53: de la Carta política: El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:
"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; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.
Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

4.2. LEY 100 DE 1993:

ARTÍCULO 1º: SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL. 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 13. Características del Sistema General de Pensiones.
(…)
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.
(…)
k. Las entidades administradoras de cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.
(subrayado fuera del texto original).

ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. (…) 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 (…) La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.
(Subrayado fuera del texto original).

4.3. CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL:

ARTÍCULO 145. APLICACIÓN ANALÓGICA. A falta de disposiciones especiales en el procedimiento del trabajo, se aplicarán las normas análogas de este Decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial.

4.4. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO:

ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.
(…)
Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.
(Subrayado no hace parte del texto original).

4.5. CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO:

ARTÍCULO 19. NORMAS DE APLICACIÓN SUPLETORIA. <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican las que regulen casos ó materias semejantes, los principios que se deriven de este Código, la jurisprudencia, la costumbre o el uso, la doctrina, los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios a los del Derecho del Trabajo, todo dentro de un espíritu de equidad.

4.6. CÓDIGO CIVIL:

ARTÍCULO 963. El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa. (…)

ARTÍCULO 1603. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

ARTÍCULO 1604. (…)
La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. (…)

4.7. CÓDIGO DE COMERCIO:

ARTÍCULO 10. <COMERCIANTES - CONCEPTO - CALIDAD>. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.
(…)

ARTÍCULO 863. <BUENA FE EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL>. Las partes deberán proceder de buena fue exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

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

4.8. DECRETO 663 de 1993:

ARTÍCULO 96. CONSERVACIÓN DE ARCHIVOS Y DOCUMENTOS. Los libros y papeles de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberán conservarse por un período no menor de cinco años (5) años, desde la fecha del respectivo asiento, sin perjuicio de los términos establecidos en normas especiales. Vencido este lapso, podrán ser destruidos siempre que, por cualquier medio técnico adecuado, se garantice su reproducción exacta.
(…)

ARTÍCULO 97. INFORMACIÓN.
1. Información a los usuarios. Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.
(Texto anterior a las modificaciones introducidas por la Ley 795 del 2003).

ARTÍCULO 97. INFORMACIÓN.
1. 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.
(Texto actual, modificado por la Ley 795 del 2003).

4.9. DECRETO 656 de 1994:

ARTÍCULO 4. En su calidad de administradoras 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.

ARTÍCULO 15. Todo fondo de pensiones deberá tener un plan de pensiones y un reglamento de funcionamiento aprobados de manera previa e individual por la Superintendencia Bancaria. El reglamento debe contener, a lo menos, las siguientes previsiones:
a) Los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora;
b) El régimen de gastos conforme a las disposiciones que establezca la Superintendencia Bancaria, y
c) Las causales de disolución del fondo.
El texto del reglamento, así como del respectivo plan, deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación.
(…)

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 lo no regulado por estas normas serán aplicables las disposiciones del código de Comercio o la legislación cooperativa según corresponda.

4.10. DECRETO 720 de 1994:

ARTÍCULO 4. DISTRIBUCIÓN MEDIANTE VENDEDORES. (…) 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. (…) Las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones respectivo de la cual se hubiere promovido la correspondiente vinculación.

ARTÍCULO 10. RESPONSABILIDAD DE LOS PROMOTORES. Cualquier infracción, error u omisión en especial aquéllos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora (…)

ARTÍCULO 12. OBLIGACIONES DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. (…)

ARTÍCULO 15. CAPACITACIÓN. Las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán procurar la idónea, suficiente y oportuna capacitación de sus promotores, mediante programas establecidos para tal fin, (…)

4.11. La Honorable CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN LABORAL en sentencia con Rad. No. 33083 del veintidós (22) de noviembre de dos mil once (2011). Magistrada Ponente: Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN dijo:

"…en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

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

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

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en 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 ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."
(Subrayado fuera del texto original).

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

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

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

"Se ha 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**". Negrilla fuera del texto.

4.12. La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación en Sentencia del 09 de Septiembre de 2008, M.P Dr. Eduardo López Villegas Rad: 31989 dijo:

En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía (…) era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.
(…)
La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4º del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público.

Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de

quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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 ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

4.13. La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación en Sentencia del 18 de octubre de 2017, M.P Dr. Fernando Castillo Cadena Rad: 46292 dijo:

Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, 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).

De suerte que COLFONDOS no acreditó que le suministró al promotor del proceso los suficientes datos y explicaciones del traslado respectivo tal y como se expuso en la esfera casacional, máxime que, en este asunto, se reitera, 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.

Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir 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.

4.14. Sentencia SL 19447 del 2017 del 27 de septiembre del 2017, M.P.: Gerardo Botero Zuluaga:

"Lo anterior tiene aún mayor significado, en punto al debate aquí suscitado, en la medida en que siendo el objeto del sistema general de pensiones la garantía 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 artículo 271, 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» lo que en este caso también resultaba relevante, en punto a la actuación de la empresa Quifarma S.A.

(…)(E)s 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.
(…)
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, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario, aunque lo incorporado en él fuese contra evidente, es decir a pesar de la realidad patente de que la actora, para cuando lo suscribió, tenía un derecho consolidado y además la información dada era falaz, desde todo punto de vista, como ya se explicó.
(…)
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, 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 las cosas, es dable concluir que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. no estaba en imposibilidad de conocer sobre la afiliación anterior que tenía la petente con el Instituto de Seguros Sociales, si hubiera realizado oportunamente la consulta señalada, cosa distinta es que no realizó el procedimiento que le correspondía y esperó más de un año para solicitar información al ISS, con base en lo establecido en el inciso 2 del numeral 6.3. de la Circular Externa 058 de 1998, lo que llevó finalmente a que la asesoría que brindó no fuera eficaz, pues no le comunicó a la solicitante sobre su real situación, ni le hizo las advertencias del caso, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, y a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro, por tanto, no es dable afirmar que existió una decisión informada, y consciente.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla. Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima y la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo para proporcionar la información suficiente."

4.15. Sentencia SL 361 - 2019 del 13 de febrero del 2019, M.P. Jorge Prada Sánchez:

"Así las cosas, la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada. De lo que viene de decirse, brota patente el error jurídico que cometió el sentenciador de alzada y cómo se erigió en un obstáculo que impidió el abordaje de fondo del litigio."

4.16. Sentencia SL 1452 – 2019 del 3 de abril del 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

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

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».
(…)
(D)esde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.
(…)
(L)a información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, 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 y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. 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.

(…) la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

(L)as 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. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.
(…)
El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

4.17. Sentencia SL 1688 – 2019 del 8 de mayo del 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente."

4.18. Sentencia SL 1689 – 2019 del 8 de mayo del 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

"En efecto, como es sabido, la exigibilidad judicial del derecho a la pensión o a obtener su valor real es imprescriptible (CSJ SL8544-2016); por tanto, puede reclamarse en cualquier tiempo, siempre que se llenen los requisitos legales establecidos. Tal carácter deriva de la protección de los derechos adquiridos, la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social consignado en el artículo 48 de la Constitución Política, y de los mandatos de protección especial y solidaria hacia los sujetos en circunstancias de debilidad manifiesta.

Luego, una vez nace el derecho a determinada pensión por el cumplimiento de los presupuestos legales vigentes al momento de causarse se torna irrenunciable, y si bien el beneficiario puede abstenerse de reclamar el pago efectivo de las mesadas, no puede despojarse de la titularidad del mismo, ni de la facultad de reclamar en el futuro el pago periódico de su prestación.

En esa dirección, esta Sala ha construido una sólida y reiterada jurisprudencia relativa a que todas aquellas cuestiones innatas al derecho pensional no pueden verse afectadas por el trascurso del tiempo, tales como el porcentaje de la misma, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL, la actualización de la mesada pensional, su reajuste por inclusión de nuevos factores salariales e, incluso, el reconocimiento de títulos pensionales –bonos y cálculos actuariales- (CSJ SL 23120, 19 de may. 2005; CSJ SL 28552, 5 dic. 2006; CSJ SL 40993, 22 en. 2013; CSL SL6154-2015, CSJ SL8544-2016, CSJ SL3937-2018).
(…)
Entonces, desde un enfoque material y en respeto de los parámetros aludidos ya adoptados por la Sala frente a los asuntos pensionales, es lógico concluir que la ineficacia de traslado de régimen pensional, también goza del carácter de imprescriptible, en la medida que su declaratoria, le permitirá al peticionario obtener la satisfacción de un derecho que comparte esa misma condición y cuya protección real y efectiva, conlleva el cumplimiento de los objetivos que legal y constitucionalmente caracterizan a un Estado social de derecho.

Sumado a lo anterior, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.
(…)
(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 desvirtuarlo 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.".
(Subrayado fuera del texto orIginal).

V. RAZONES DE DERECHO

El legislador estableció el Artículo 35 del Decreto 656 de 1994, una serie de reglas aplicables a las A.F.P., siendo su principal fuente la Ley 100 de 1993 y el Decreto 656 de 1994, seguido por las normas del sistema financiero y finalmente el Código de Comercio. PORVENIR se dedican profesionalmente a la administración de los recursos del sistema pensional, contando con la información legal, financiera técnica y experta para desarrollar dicha actividad comercial, lo cual se ve puede vislumbrar claramente al leer el artículo 10 del Código de Comercio, el cual establece que: "Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.".

Establecido que PORVENIR cuenta con medios abrumadores, surge indiscutible que estamos ante una verdadera relación asimétrica, punto que se ve reforzado en los principios favorabilidad e *in dubio pro operario*.

Esto último fue entendido por el legislador, al imponer una serie normas que buscan proteger al cotizante y futuro pensionado, tales como el Decreto 720 de 1994, especialmente los artículos 4, 10 ,12 y 15, el Decreto 663 de 1993 y el Decreto 656 de 1994, especialmente los artículos 4 y 15. Sin embargo, las cargas establecidas en esas normas fueron reiteradamente incumplidas por la A.F.P.

Al darse sentido a la red de normas que hacen parte del tema tratado aquí se observa que de acuerdo al artículo 12 del Decreto 720 de 1994 los promotores tenían el deber legal de (abro comillas) "suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado." (cierro comillas), igualmente el artículo 10 de esa misma les impone a las A.F.P. que "Cualquier infracción, error u omisión en especial aquéllos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora", finalmente el artículo 4 ibídem recalca que "Las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones respectivo de la cual se hubiere promovido la correspondiente vinculación.".

Se observa pues que, desde 1994 los vendedores debían suministrar información suficiente, amplia y oportuna, y que de NO hacerlo o de hacerlo de una forma defectuosa implica la responsabilidad de la A.F.P.

El artículo 97 del Decreto 663 de 1993 instituyó que la información que se da por parte de las A.F.P. debe ser tan clara y objetiva, que permita escoger la mejor opción del mercado, esto quiere decir que las A.F.P. al momento de la afiliación debían dar una información tan clara y fidedigna que incluso sugirieran la mejor opción para el futuro pensionado, sin embargo, es claro que en el presente caso PORVENIR S.A. únicamente se limitó a vender o promocionar la afiliación a su fondo, realizando una promoción en su favor, faltando a realidad y al deber contemplado en las normas antes citadas.

Se debe resaltar que, existe una diferencia de $3.532.264 en la mesada que percibiría mi representado en el R.P.M. a la que se le daría en R.A.I.S., por lo que se evidencia un claro daño o detrimento para mi poderdante.

Es con base en todo lo anterior que, NO puede existir una decisión libre y espontánea, cuando se omite información relevante al tomar una decisión tan importante como es el futuro pensional, el cual trastoca derechos fundamentales como la vida digna, dignidad humana o mínimo vital.

Razón por la cual, se debe reconocer la ineficacia contemplada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, más aún cuando una simple leyenda plasmada en el formulario que dice "se hace de forma libre y espontánea", no puede satisfacer todas las obligaciones que tenía PORVENIR S.A., sumado al principio de la primacía de la realidad sobre las formas y a que, al encontrarse plasmado en el formulario, en realidad no dice absolutamente nada, debido a que la presión puede existir o no pero es imposible determinarlo con una frase preimpresa.

Así pues, en la jurisprudencia podemos destacar las sentencias 31989 del 2008, 33083 del 2011, 46292 del 2017, SL 19447 del 2017, SL 361 – 2019, SL 1452 – 2019, SL 1688 – 2019, SL 1689 – 2019, SL1897 – 2019, SL 2030 - 2019 SL4360 - 2019.

Finalmente frente a la carga de la prueba, se debe resaltar que en aplicación supletoria el Artículo 1604 del C.C. señala que la prueba le incumbe a quien debió emplear la diligencia o cuidado, en ese mismo sentido en aplicación análoga del Artículo 167 del C.G.P., señala que las afirmaciones indefinidas no requieren prueba y con base en las sentencias SL 1452 – 2019, SL 1688 – 2019 y SL 1689 – 2019, es indudable que las A.F.P. son quienes tienen la carga legal de probar la debida asesoría y son estas quienes con base en el artículo 96 del Decreto 663 de 1993 junto a los artículos 4, 5, 6, 7, 10 y 12 Decreto 720 de 1994 las responsables de las acciones de sus promotores, así como de conservar los documento que soportan la o las asesorías realizada, normas que explican por sí solas por qué las AFP son responsables.

Las anteriores bases fácticas y jurídicas atacan el incumplimiento, dejadez, negligencia, antipatía, despreocupación, apatía y desinterés por los deberes legales que le correspondían a PORVENIR S.A.

Conforme a lo anterior le solicito señor juez acceda a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

VI. COMPETENCIA:

De conformidad con el artículo 11 del Código Procesal del Trabajo la competencia es suya señor juez, por la naturaleza del asunto y por el lugar donde se realizó la reclamación administrativa.

VII. ANEXOS:

- Original de la demanda y las pruebas.
- Dos copias de la demanda y las pruebas enunciadas en el punto 3.1 para el traslado.
- Cédula y Tarjeta Profesional de Oscar Iván Palacio Tamayo.
- Poder debidamente conferido.

VIII. CUANTÍA:

Señor Juez, la cuantía la estimo superior a veinte salarios mínimos mensuales vigentes, por lo que se trata de un proceso ordinario de primera instancia.

IX. NOTIFICACIONES y DIRECCIONES:

Demandante: Calle 109 # 15 – 48 Bogotá D.C. y a los correos electrónicos adriyidios@yahoo.com y jacquespasteleria@hotmail.com

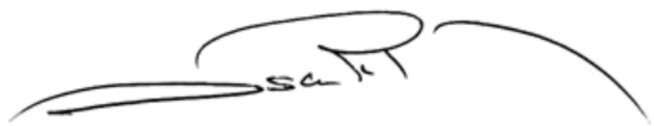
Demandado: **COLPENSIONES:** Carrera 9 # 59 – 43, Edificio Urban Nueve 59 Essence, Bogotá. Correo: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co.

PORVENIR S.A.: Carrera 13 # 26A – 65, Bogotá. Correo: notificacionesjudiciales@porvenir.com.co.

Apoderado: Recibiré notificaciones en la secretaría de su despacho o en la siguiente dirección: Calle 18 # 6 – 47, oficina 604, teléfono 2821400 - 3176430874, Bogotá. Email: juankmeza@hotmail.com

Bajo la gravedad de juramento, informó que el correo electrónico de COLPENSIONES lo obtuve de su página web https://www.colpensiones.gov.co/, el de PORVENIR S.A. del Certificado de Existencia y Representación Legal.

Atentamente,



OSCAR IVÁN PALACIO TAMAYO
C.C. No 70.876.117.
T. P. No 59.603.

Señora Juez
Ginna Pahola Guio Castillo
Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
E.S.D.

Referencia: Proceso Ordinario Laboral
Radicado: 110013105 039 2020 00 062 00
Demandante: Wilbert Emilio Ching Rodríguez
Demandados: Colpensiones y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Asunto: DESISTIMIENTO PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

CARLOS A. BALLESTEROS B, identificado como aparece al pie de mi firma, abogado inscrito y en ejercicio con T. P. No. 33.513 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación del señor **WILBERT EMILIO CHING RODRÍGUEZ** dentro del proceso de la referencia, y en uso de las facultades expresamente conferidas en el poder que ya obra en el expediente, por medio del presente escrito me permito presentar respetuosamente solicitud de **DESISTIMIENTO** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda conforme al artículo 314 del CGP, aplicable por remisión analógica del canon 145 del CPT y SS. Lo anterior, con base en los siguientes:

I. ANTECEDENTES.

1) El 03 de julio de 2020, este despacho admitió demanda ordinaria laboral de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional.

2) Las demandadas, al parecer, dentro del término legalmente señalado, aportaron escritos de contestación a la demanda, siendo este el estado actual del proceso.

3) Por una situación sobreviniente, el señor **Wilbert Emilio Ching Rodríguez**, como parte demandante dentro del presente proceso, se encuentra en imposibilidad absoluta de continuar haciendo aportes al Sistema General de Pensiones, ya que no cuenta con los recursos para ello.

4) En atención a las circunstancias del señor Ching Rodríguez, y su incidencia en el proceso de la referencia por su misma naturaleza, el actor señala su voluntad inequívoca de desistir de las pretensiones de la demanda y dar por terminado el presente proceso, con las consecuencias que de ello se derivan.

5) De conformidad con el artículo 314 del CGP, aplicable por remisión analógica del canon 145 del CPT y SS, *"el demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso".*

6) Dentro del radicado de la referencia NO se ha proferido sentencia que ponga fin al proceso judicial.

7) Es importante resaltar que, por lealtad procesal y en aras de garantizar los derechos de las partes en litigio, desde el día 30 de junio de 2021, se comunicó a las demandadas Colpensiones y Porvenir la presente determinación, con la finalidad de evaluar igualmente la posibilidad de una coadyuvancia a la presente solicitud. Dicha comunicación fue reiterada el 07 de julio del mismo año y a la fecha no hemos obtenido ninguna respuesta.

II. PETICIONES.

Con base en lo expuesto, solicito respetuosamente a su despacho las siguientes:

1) Se sirva acceder a la solicitud de desistimiento de las pretensiones de la demanda del señor Wilbert Emilio Ching, de conformidad con lo expuesto en el anterior acápite.

2) Como consecuencia de lo anterior, se ordene la terminación del proceso judicial radicado bajo el No. 110013105 039 2020 00 062 00 y se proceda con su archivo definitivo.

3) Se solicita especialmente que mi representado NO sea condenado al pago de costas procesales ante su no causación en los términos del artículo 365 del CGP, y en consideración a la situación sobreviniente que aquejó al demandante.

III. ANEXOS.

- Si bien ya obra en el expediente, se adjunta nuevamente el poder otorgado por el demandante al suscrito, donde se señala la facultad expresa para DESISTIR.

- Autorización expresa de la parte demandante para DESISTIR de las pretensiones de la demanda.

- Soporte de la comunicación de esta decisión a las demandadas Porvenir y Colpensiones.

IV. NOTIFICACIONES.

- Dirección: Calle 19 No 05-30 Oficina 2004 Edificio Bacatá PBX: 3819662- 3717336. Bogotá, Colombia.
- Correos: coordinacion@ballesterosabogados.co-abogado.pensiones@ballesterosabogados.co

Cordialmente,

Carlos A. Ballesteros B.

C.C. No. 70'114.927

T.P. No. 33.513 del CSJ.