



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

Radicación 04-2018-00019-01

DEMANDANTE: JOSÉ RICARDO PÉREZ GÓMEZ  
DEMANDADO : COLPENSIONES  
ASUNTO : SALVAMENTO DE VOTO

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 03 de marzo de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación 04-2018-00019-01

Bogotá D.C., Septiembre 04 de dos mil diecinueve (2019)

DEMANDANTE: JORGE RICARDO PEREZ GOMEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR SA.

ASUNTO : APÉLACION PORVENIR-CONSULTA COLPENSIONES

**PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA  
SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.**

En la fecha, se constituye la Sala Segunda de Decisión Laboral en audiencia pública, a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, el cual se profirió fallo por el juzgado 04° Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de MARZO de 2019. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) JORGE RICARDO PEREZ GOMEZ, instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES , y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 A 24 Y 27 A 35 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o sin efecto el traslado efectuado, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad AFP PORVENIR SA el 1 de abril de 2001, por falta de información suficiente y vicios del consentimiento.
- Que se condene a Colpensiones a afiliar a la demandante en el RPM, y recibir los aportes.
- Que se condene a la AFP PORVENIR SA. a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, bonos pensionales y rendimientos sin descuento alguno.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 48 A 60), la AFP PORVENIR SA (fls. 64 a 83) de acuerdo al auto visible a folio 86. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 4 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 11 de marzo de 2019, declaró nulo el traslado efectuado por la demandante al RAI administrado por AFP PORVENIR SA, declarando como aseguradora del demandante a Colpensiones. Condeno a la AFP PORVENIR SA a devolver la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, junto con los gastos de administración a Colpensiones. Impuso costas a Porvenir SA.

Apelo el fallo Porvenir SA:

*PARTE DEMANDADA: (34:40) (PORVENIR)*

*Interpongo recurso de apelación en contra del fallo proferido por este despacho de primera instancia teniendo en cuenta las siguientes razones: En el presente proceso es evidente que la manifestación de voluntad para el traslado por parte del demandante fue hecha en forma libre, espontánea y sin presiones, así mismo no hay ninguna prueba de que ese consentimiento del traslado a porvenir hubiese sido ineficaz, hubiese estado viciado de nulidad como lo afirmó la parte demandante en razón a una deficiencia en la información por parte de la AFP porvenir.*

*En relación a la inversión de la carga de la prueba la misma no le es aplicable a porvenir y por ende a quien le correspondiera la parte actora en razón al art 167 del CGP como quiera que la jurisprudencia en relación a los casos de nulidad, tiene referencia en casos de estudio donde se ha aplicado en razón a que eran beneficiarios del régimen de transición y el aquí demandante para la época del traslado contaba con 33 años de edad y no logra acreditar las semanas requeridas, así mismo tampoco demostró que hubiese sufrido algún perjuicio en razón al acto jurídico del traslado de régimen y si quedo en evidencia que no es un afiliado lejos profesional en el área del derecho que a su vez si bien no tenía conocimientos en la parte del derecho laboral su formación como abogado si le permite establecer cuando se está ante situaciones como la del traslado del régimen que era un acto jurídico que afectaba para bien o para mal según lo establece la ley 100 del 93 su situación pensional, dentro del interrogatorio, también como lo había manifestado dentro de los alegatos el mismo fue respondido de manera evasiva y tratando de hacer ver situaciones que nada tiene que ver en que lo que se le brindo fue en razón a asesores que no estaban preparados y que no le brindaron suficiente información lo cual no hay lugar a obtener credibilidad como quiera que es el un profesional del derecho y puede de manera libre establecer que si en ese momento se le estaba dando información deficiente pues no le era conveniente realizar el traslado por lo cual se concluye que esta vinculación que significo el traslado de régimen si fue de manera voluntaria, consiente y por ende es completamente eficaz, sin que allé lugar a dejarla sin efecto."*

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

#### CONSIDERACIONES:

##### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el ( la) señor (a) **JORGE RICARDO PEREZ GOMEZ** el día 19 de FEBRERO de 2001 ; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA, el 26 de agosto de 1999 con fecha de efectividad el 1 de octubre de 1999 (fls. 75 vuelto y 81).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma fecha, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAI, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Esta línea jurisprudencial ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAI mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a

desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandado en la contestación de la demanda : COLPENSIONES (fls. 48 A 60), la AFP PORVENIR SA (fls. 64 a 83), solo adjuntan como pruebas: Colpensiones el reporte de semanas cotizadas; Porvenir SA: El formato de solicitud de afiliación a Colpatria y al AFP Horizonte, historia de vinculaciones del SIAFP, historia de novedades del SIAFP, relación de aportes, resumen de historia laboral de Minhacienda, historia laboral válida para bono pensional, relación de movimientos, relación de aportes a Porvenir SA, y edicto emplazatorio del tiempo;

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de agosto de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, tampoco le advierten que de continuar en el RPM con el salario que devengaba de \$1.315.000.00 en 1999, cuando el salario muno era de \$236.460.00, por lo cual al llegar a los 62 años en el 2021 conservando el salario que tenía, alcanzaría un IBC del 80% aproximadamente, y que para obtener una mesada similar en el RAI, debería efectuar aportes extraordinarios, pues con los aporte normales, solo obtendría una meada un poco mayor del salario mínimo; es decir que el fondo privado estaba en la obligación no solo de asesorar correctamente a la solicitante, en las ventajas y desventajas del RAI, sino a negar la afiliación que claramente le perjudicaba; tampoco le proyectaron la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAI como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAI, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante

la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Conforme lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

**“Artículo 12. OBLIGACION 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 con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

De manera que, la demostración de que el afiliado recibió toda la información requerida y necesaria para que su traslado del régimen de prima media al RAIS se produjera de forma suficientemente informada, es decir, con plena conciencia de sus alcances, es una carga que, tal como se dejó sentado en la jurisprudencia citada, se traduce en **un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada**, y no se suple con la mera constancia de que la selección del régimen se efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como lo pretende la parte demandada.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Al tenor de lo expuesto anteriormente, considera la Sala que a pesar de que la afiliación se realizó con el lleno de los requisitos legales, aportando para el caso en concreto el formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA (fl.81), *per se* no implica que se haya proporcionado a la parte demandante toda la información necesaria y relevante para adoptar una decisión suficientemente informada y documentada acerca de los alcances del traslado de régimen pensional, tal es el caso de suministrar ilustración suficiente acerca de los beneficios y desventajas de uno y otro régimen en cada caso particular, en tanto como lo señala la jurisprudencia en cita, la nulidad producto del engaño en el traslado del régimen pensional «no sólo 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» por quien manifiesta su interés en el traslado, lo que configura una anomalía de tal grado que vicia el consentimiento y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, máxime si se tiene en cuenta que no se acredita dentro del plenario que se le haya proporcionado información a la parte actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

De otra parte, el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que menoscabe dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Finalmente, en cuanto a la apelación de PORVENIR SA se encuentra totalmente infundada, pues su dicho corrobora totalmente los hechos de la demanda, pues afirma que el demandante tenía la carga de la prueba, que no probó la nulidad y que debía probar los vicios del consentimiento, y que por ser abogado debía saber sobre las consecuencias de su traslado; pues precisamente la carga de la prueba recaía en el fondo privado, al así disponerlo la ley y la jurisprudencia, y en cuanto al desconocimiento de la ley y que no demostró los vicios del consentimiento, es precisamente la ley que debía conocer el fondo apelante, para haberle explicado al demandante las incidencias de su traslado y el menoscabo de su futuro pensional; ahora, en cuanto a la condición de abogado del actor, que manifiesta el apelante, debía conocer las incidencias, es totalmente desafortunado el argumento, pues si así lo fuere, que no está demostrado, quien debe conocer y tiene el deber de informar al afiliado, es el fondo privado, pues es quien sabe las incidencias de un régimen u otro, pues es la especialista en este tema, y aun si el actor fuere abogado, esto no invierte el deber de probar del fondo, que está obligado a informar las ventajas y las desventajas, y aun a desanimar al solicitante, si encuentra que se perjudica con el cambio de régimen. En virtud de lo anterior se despacharan desfavorablemente las suplicas del apelante.

De igual manera el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, no es viable afirmar que sufra perjuicio alguno con la nulidad del traslado, pues indudablemente los dos regímenes pertenecen al sistema general de pensiones, y dentro de los mismos parámetros los fondos privados cuando asumen la administración del RAI lo hacen bajo las condiciones legales de prestar un servicio público esencial, que abarca derechos mínimos fundamentales e irrenunciables, como ya se dejó sentado, por lo que Colpensiones deberá recibir la totalidad de los aportes, que reposan en la cuenta individual del actor, junto con sus rendimientos y sin lugar a descuento alguno, continuando afiliado al RPM sin solución de continuidad.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 26 de agosto de 1999, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado

no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

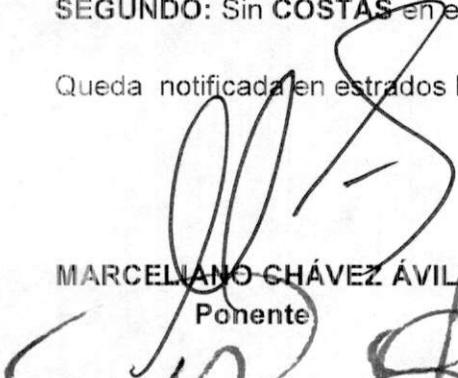
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

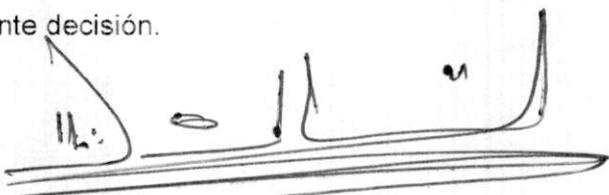
**RESUELVE**

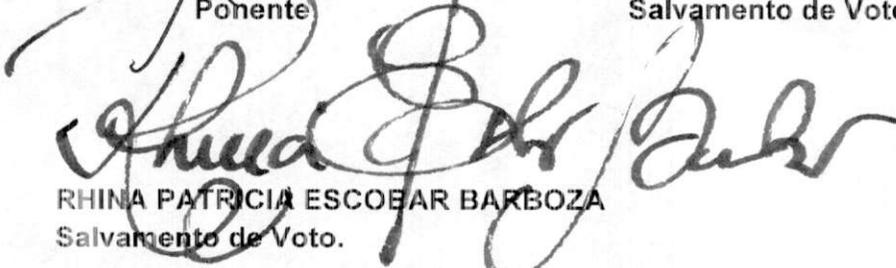
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de marzo de 2019 por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

Queda notificada en estrados la presente decisión.

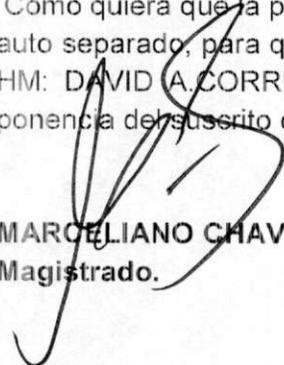
  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Salvamento de Voto

  
**RHINA PATRICIA ESCOEAR BARBOZA**  
Salvamento de Voto.

**AUTO:**

Como quiera que la presente ponencia ha sido derrotada, remítase a secretaria mediante auto separado, para que se abone el presente proceso al Magistrado que sigue en turno, HM: DAVID A. CORREA STEER, a quien corresponde presentar nueva ponencia, y la ponencia del suscrito derrotada, se constituirá en el salvamento de voto.

  
**MARCELIANO CHAVEZ AVILA**  
Magistrado.

La presente decisión se notifica en estrados.



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

Radicación 18-2017-00578-01

DEMANDANTE: MARTHA ROCÍO SÁNCHEZ DAZA  
DEMANDADO : COLPENSIONES Y OTROS  
ASUNTO : SALVAMENTO DE VOTO

**AUTO**

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 03 de marzo de 2020.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Chávez'.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado





REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación 18-2017-00578-01

Bogotá D.C., Septiembre 04 de dos mil diecinueve (2019)

DEMANDANTE: MARTHA ROCIO SANCHEZ DAZA.  
DEMANDADOS: AFP COLPENSIONES-AFP PROTECCION SA; Y AFP OLD MUTUAL SA.  
ASUNTO : APÉLACION DEMANDANTE

**PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.**

En la fecha, se constituye la Sala Segunda de Decisión Laboral en audiencia pública, a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, el cual se profirió fallo por el juzgado 18° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de ENERO de 2019. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) MARTHA ROCIO SANCHEZ DAZA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCION SA, Y AFP OLD MUTUAL SA. Debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 80 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media, al régimen de ahorro individual con solidaridad AFP Protección SA y posteriormente a OLD MUTUAL por vicio del consentimiento.
- Que se declare que la actora está debidamente afiliada al RPM.
- Que se condene a Colpensiones a afiliarse a la demandante en el RPM.
- Que se condene a la AFP Old Mutual SA, a trasladar a Colpensiones los aportes y rendimientos realizados desde su afiliación la fecha.
- Ultra y extrapetita.
- Costas procesales.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 167 a 196), así como la AFP PROTECCION SA (fls. 135 a 163), y OLD MUTUAL SA (f.95 a 129) de acuerdo al auto visible a folios 198. Se opusieron a las pretensiones de la demandante y propusieron excepciones de mérito.

**El JUZGADO 18 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de enero de 2019, **ABSOLVIO A las DEMANDADAS** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación. Con costas a cargo de la demandante.

En atención a que la sentencia fue apelada por la parte actora así:

"RECURSO DE APELACION - PARTE DEMANDANTE: (1.45.51)

De manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir y para el honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral con el fin de que sea revocada en todo aquello en lo que le fue desfavorable a mi representada y para que en su lugar accedan a todas y cada una de las pretensiones contenidas en el escrito de la demanda y fundamento y sustento el recurso de apelación en los siguientes términos:

El art 7 del CGP indica que los jueces unipersonales y colegiados, incluso la CSJ sala de casación laboral en este caso que nos ocupa en esta especialidad de la jurisdicción ordinaria, deben respetar el precedente jurisprudencial y la doctrina probable, pero también habilita a los jueces y a los tribunales para efectos en que el evento en que consideren apartarse de esos precedentes jurisprudenciales o de esa doctrina probable a efectos de tomar una decisión que no se encuentre en consonancia con los pronunciamientos que preceden y este como bien lo dijo el juez en su sentencia es uno en los casos en los cuales hay aparente no pacificidad en cuanto a la unidad de criterio que deben resolverse a la hora de plantearse temas como los relacionados por la señora Martha Roció Sánchez, en cuanto a la nulidad, ineficacia, invalidez o inexistencia de un traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y es este es uno de esos eventos en los cuales se amerita por parte del juez de primera instancia o de los jueces de segunda instancia la aplicación de esa excepción al deber o la obligación de ceñirse a la jurisprudencia o el precedente jurisprudencial o incluso a la doctrina probable.

Desde el punto de vista jurisprudencial cito la sentencia del 18 de mayo del 2016, del tribunal superior de Bogotá, en el cual se planteó una circunstancia o un hecho muy similar por no decir que idéntico al que se ha planteado por parte de la señora Martha Roció Sánchez, y en esa sentencia el Tribunal Superior de Bogotá, se recogen varios de los pronunciamientos jurisprudenciales de la CSJ que han servido de fundamento o por lo menos han sido mencionados por su señoría al proferir esta sentencia, dijo el tribunal en aquella oportunidad, con ponencia del Dr. diego Roberto Montoya Millán:

"Se recuerda además en el referido pronunciamiento es decir refiriéndose a la CSJ, que de acuerdo a la doctrina se ven adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe como son la transparencia, vigilancia y el deber de información, ultimo que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación, hasta la de terminación de las condiciones para el disfrute de la etapa pensional, de manera completa y comprensible en materia de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado aun que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculos y vitales como 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 le compromete un ejercicio más activo al proporcionar la información dando a llegar si ese fuera el caso a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica estimándose en el proveído, se produce engaño, no solo tenerla en sentido de proporcionar todo aquello que resulta relevante para toma de decisión que se persigue, de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba a cargo de la entidad demandada."

El despacho se equivocó de manera respetuosa, al decir que la demandante duro 18 años afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, tiempo en el cual según el juzgado ha debido informarse acerca de las consecuencia que tuvo para ella el trasladarse al régimen que hiciera en el año 1999, y resulta que considero que es equivocada esa apreciación del despacho porque, precisamente para que nazca las consecuencias jurídicas, bien sea de la nulidad, de la ineficacia, de la invalidez o de la inexistencia del traslado del régimen que en su momento hizo la señora Martha Roció Sandez, era necesario acudir a la fuente al momento en el cual la demandante escogió el régimen de ahorro individual con solidaridad. Aquí se encontró demostrado que la demandante claro que tomo la decisión voluntaria de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero también se encontraba demostrado y eso no lo tuvo en cuenta el despacho al momento de proferir su sentencia y evaluar la libertad de la demandante para tomar esa decisión, el señor representante legal de protección admitió y confeso que en su momento las afiliaciones de las personas que realizaron en particular la demandante, la escogencia del fondo privado protección se hizo de manera masiva es decir en un grupo de personas que fueron reunidas a instancias y por misma iniciativa del fondo privado que acudió a VELEZ STAR SA, empleador de la demandante para ese entonces y que lo sigue siendo hoy, quien acudió a la división de gestión humana o al área de gestión humana a efectos de lograr de que se conformara o que se hiciera una reunión con los trabajadores a efectos de poderlos ilustrar acerca de los beneficios muy someramente que traía para ellos cambiar del seguro social al fondo privado, esas circunstancia implica un error en la apreciación de las pruebas obrantes en el expediente, prueba de confesión por parte del representante legal de protección y prueba testimonial de Diana Ramírez que vino a ratificar lo que en su momento confeso el representante legal de protección en el sentido de que la decisión de afiliarse a un fondo privado no provino de la demandante si no una acción o un proceder premeditado que realizó el fondo privado en su momento que busco a la empresa para que le abriera los espacios para manifestarse frente a un grupo de trabajadores como finalmente ocurrió, óbviemele se equivocó el despacho en que primero al decir que la demandante fue quien tomo la iniciativa de afiliarse, y segundo en decir que tuvo 18 años para enterarse de los regimenes o de las diferencias de un régimen de prima media, un régimen de ahorro individual, para efectos de poder decidir trasladarse o pedir los cambios de régimen o incluso de traslado pensional o devolverse al seguro social.

También es cierto y aparece acreditado en el expediente como se probó, se demostró con las pruebas documentales que la demandante elevo una serie de documentos a protección solicitando que le fueran entregados aquellos que tienen que ver con la información que en su momento le fue suministrada a la demandante y vuelvo al error del despacho y es que en

su momento como lo dijo la CSJ, como lo ha dicho reiteradamente el TSB, la carga de la prueba en este caso le corresponde a las demandadas en este caso protección de haber informado correcta y adecuadamente a la demandante acerca de los beneficios o las diferencias que surgían en uno u otro régimen, vuelvo a citar la sentencia del 18 de mayo del 2016 del TSB, es un poco compilatoria en las posiciones jurisprudenciales de la Corte cuando dice: "así pues de manera alguna se encontró acreditado si quiera de manera sumaria que le hubieren informado las consecuencias del cambio de régimen y menos a un de las desventajas que traía dicho cambio, pues no se evidencia que al momento del traslado se hubiere presentado la proyección de su pensión en uno u otro régimen y si bien es cierto la demandante no es beneficiaria del régimen de transición conforme lo dicho también lo es que no se le brindó la información idónea al momento del traslado pues no se acreditó que se le hubiere informado en qué condiciones le sería reconocido su derecho pensional, esto es especificando el capital que debía ahorrar a efecto de cumplir con dicha expectativa, circunstancia que únicamente se hubiere podido determinar con la realización de una proyección de la pensión que le permitiera conocer las condiciones que debía cumplir para adquirir el derecho pensional, repite siendo de cargas de la administradora proporcionar la información de manera completa y comprensible atendiendo el deber del buen consejo, pues la especialista en estos temas."

Las argumentaciones que realizó el despacho en relación con la existencia o no existencia del régimen de transición, a favor de la demandante que no se puede negar no existe porque obviamente al momento en que entro en vigencia la ley 100 de 1993, primero de abril del año 94, no había acreditado si no simplemente las 435 semanas, solamente llevaba 13 años cotizando, 12 años cotizando, Colpensiones no era importante o relevante para efecto de determinar lo que verdaderamente debía verificar el despacho y era si existió o no un consentimiento informado, una información debidamente suministrada a la demandante, una proyección pensional de lo que sería su pensión en uno o en otro régimen o incluso la información relacionada con el capital que era necesario acumulara en el régimen de ahorro individual con solidaridad, para lograr una pensión que si quiera se llegara a asemejar a lo que en su momento le hubiere correspondido si hubiere permanecido afiliada al régimen que administra Colpensiones, nótese que el fondo de pensiones no acreditó ningún documento y precisamente debe indicar a la demandante esos cálculos económicos que le hubieren permitido a la actora tomar una decisión razonada y consiente acerca de su situación y tampoco nada tiene que ver que sea contadora publica o que tenga un grado profesional porque simplemente ella no es especialista y no se ha demostrado que sea especialista en temas pensionales, luego desde el punto de vista de la libertad de la decisión que no lo fue porque no fue debidamente informada, desde el punto de vista del deber que debía tener o que tenía el fondo privado de brindar adecuada o concienzudamente a la demandante acerca de las situación que le podía acarrear el traslado de régimen, la decisión del juzgado ha sido equivocada y por lo tanto abra de revocarse para en su lugar acceder a la nulidad del traslado o la ineficacia o la inexistencia o la invalidez de acuerdo como lo estime necesario y de acurdo con esa pacificada de la CSJ, para declarase entonces en su lugar que la demandante regresé al seguro social, hoy Colpensiones con el traslado de todos los dineros tal y como así ha sido pedido en el escrito de la demandada..".

La Sala procede a resolver la apelación conforme al principio de consonancia, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes,

#### CONSIDERACIONES:

##### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el ( la) señor (a) MARTHA ROCIO SANCHEZ DAZA el día 25 de febrero de 1999, con efectividad al 1 de abril de 1999; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que se le considere afiliada al RPM, y que la AFP Old Mutual SA devuelva todos los aportes y rendimientos a Colpensiones.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS solicitó trasladarse a la AFP Protección SA, el 25 de febrero de 1999, con efectividad 1 de abril de 1999 (fls.45-186).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.**

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma fecha, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAI, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Esta línea jurisprudencial ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAI mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas, que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

**3-En** el caso presente los fondos demandados, en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls.167 a 196), la AFP PROTECCION SA (fls. 135 a 163), y OLD MUTUAL SA (f.95 a 129). Solo adjuntan como pruebas: Colpensiones: El expediente administrativo y la historia Laboral de la demandante. Protección: Solicitud de afiliación de del 25 de febrero de 1999, solicitud d de vinculación a pensiones voluntarias, solicitud de retiro de pensiones voluntarias, historial de vinculaciones de Asofondos, respuesta dada por protección de marzo 13 de 2017, y del 5 de septiembre de 2016. Y Old Mutual: Historia laboral consolidado, estado de cuenta, formulario de afiliación, petición de agosto 2/17, respuesta del 23 de agosto de 2017, petición de febrero de 2017, y respuesta de marzo 13 de 2017.

En decir que el(os) fondo(s) demandado(s) no allega(n) ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 25 de febrero de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAI como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 (art.117) en cuanto regula el RAI, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Más grave aún, que no le informan que por el solo hecho de continuar el RPM, pues a abril del 94 solo tenía 30 años y 424.71 semanas, y a la fecha de traslado de régimen 35 años y 674.43, le era totalmente inconveniente el traslado , faltándole solamente 22 años para obtener la edad para su pensión de 57 años en 2021, y podía continuar en el régimen de prima media cotizando como en efecto lo hizo, de suerte que al 2018 ya tiene 1.634.43 semanas(folios 111 y 112), mas que suficientes para pensionarse cuando llegue a los 57 años, con una mesada muy superior a la que le pueda ofrecer el RAI.

Solo afirman que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, en el formulario existe en nombre de Jhon Jairo Luna(f.45), pero no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Conforme lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos: **“Artículo 12. OBLIGACION 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 con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*

*Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

De manera que, la demostración de que el afiliado recibió toda la información requerida y necesaria para que su traslado del régimen de prima media al RAIS se produjera de forma suficientemente informada, es decir, con plena conciencia de sus alcances, es una carga que, tal como se dejó sentado en la jurisprudencia citada, se traduce en **un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada**, y no se supe con la mera constancia de que la selección del régimen se efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como lo pretende la parte demandada.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

**4-AI** tenor de lo expuesto anteriormente, considera la Sala que a pesar de que la afiliación se realizó con el lleno de los requisitos legales, aportando para el caso en concreto el formulario de afiliación a la AFP Protección SA (fl. 45), *per se* no implica que se haya proporcionado a la parte demandante toda la información necesaria y relevante para adoptar una decisión suficientemente informada y documentada acerca de los alcances del traslado de régimen pensional, tal es el caso de suministrar ilustración suficiente acerca de los beneficios y desventajas de uno y otro régimen en cada caso particular, en tanto como lo señala la jurisprudencia en cita, la nulidad producto del engaño en el traslado del régimen pensional «*no sólo 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*» por quien manifiesta su interés en el traslado, lo que configura una anomalía de tal grado que vicia el consentimiento y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, máxime si se tiene en cuenta que no se acredita dentro del plenario que se le haya proporcionado información a la parte actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

De otra parte, el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata de unos derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, regulando los efectos de la falta de información, cuya violación afecta su validez en los artículos 13, 271 y 272, derecho pensional imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó LA DEMANDANTE del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA a la AFP Protección SA el 25 de febrero de 1999, y en consecuencia se REVOCARA en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

**EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se declarara no probada.

**COSTAS:**

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

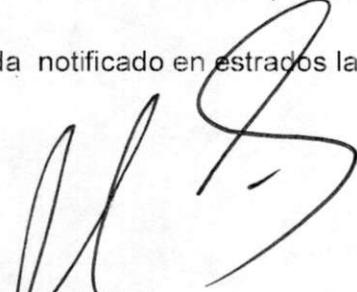
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia.

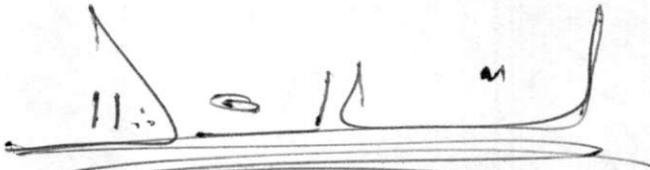
**SEGUNDO:** Declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó LA DEMANDANTE del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA a la AFP Protección SA el 25 de febrero de 1999, y en consecuencia **CONDENAR** a la AFP OLD MUTUAL SA (AFP al que esta actualmente afiliada) a devolver la totalidad de los aportes que haya efectuado la señora Martha Rocío Sánchez Daza, en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, sin lugar a descuento alguno, al igual que los bonos pensionales si los hubiere, dineros que deberán ser trasladados en su totalidad a la Administradora Colombia a de Pensiones Colpensiones, **COLPÉNSIONES**, a quien **SE ORDENA** recibirlos y reactivar la afiliación de la actora al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

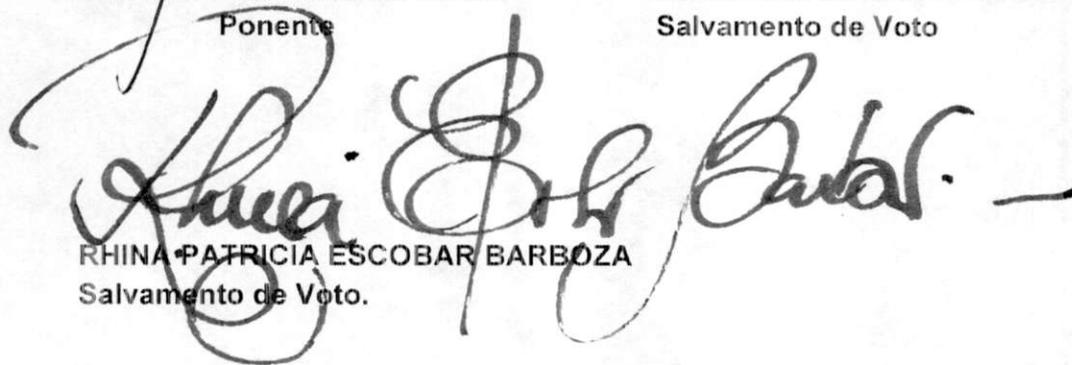
**TERCERO:** Declarar no probada la excepción de prescripción.

**CUARTO:** Sin **COSTAS** en esta instancia, las de primera a cargo de las demandadas y a favor de la parte actora.

Queda notificado en estrados la presente decisión.

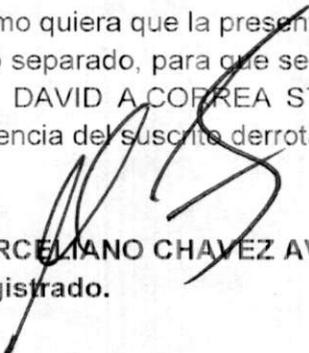
  
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Ponente

  
DAVID A. J. CORREA STEER  
Salvamento de Voto

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA  
Salvamento de Voto.

**AUTO:**

Como quiera que la presente ponencia ha sido derrotada, remítase a secretaria mediante auto separado, para que se abone el presente proceso al Magistrado que sigue en turno, HM: DAVID A. CORREA STEER, a quien corresponde presentar nueva ponencia, y la ponencia del suscrito derrotada, se constituirá en el salvamento de voto.

  
**MARCELIANO CHAVEZ AVILA**  
**Magistrado.**

La presente decisión se notifica en estrados.



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

Radicación 11-2017-00678-01

DEMANDANTE: MÓNICA CECILIA CARMONA  
DEMANDADO : COLPENSIONES Y OTRO  
ASUNTO : SALVAMENTO DE VOTO

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 03 de marzo de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado





REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación 11-2017-00678-01

Bogotá D.C., DC. 3/19 - de dos mil diecinueve (2019)

DEMANDANTE: MONICA CECILIA CARMONA VELLILLA.  
DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PROTECCION.  
ASUNTO : APÉLACION DEMANDANTE

**PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.**

En la fecha, se constituye la Sala Segunda de Decisión Laboral en audiencia pública, a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, el cual se profirió fallo por el juzgado 11° Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2019. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo: *Colpensiones*

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El (la) señor(a) MONICA CECILIA CARMONA VELLILLA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y AFP PROTECCION, debidamente sustentada como aparece a folios 3 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**Declarativas:**

1. Declarar nula o ineficaz la afiliación efectuada al RAIS a nombre de la actora, realizada y promovida por la AFP PROTECCION S.A., por el incumpliendo de los deberes legales de información a la demandante.
2. Determinar que todas la afiliaciones posteriores que hubiere efectuado la demandante en el RAIS carecen de validez jurídica.
3. Declarar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

**Condenatorias:**

1. Condenar a la AFP PROTECCION SA como la administradora de pensiones actual en la que se encuentra afiliada la demandante, a registrar en el sistema de información de los fondos de la afiliación al régimen de ahorro individual de la demandante estuvo viciada de nulidad o ineficaz.
2. Condenar a la AFP PROTECCION SA a trasladar a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos a que hubiere lugar.
3. Condenar a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones a ACTIVAR la afiliación en pensión de la actora.
4. Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 85 a 104), la AFP Protección SA (f.111 a 130), de acuerdo al auto visible a folio 131 y 132. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 11 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 30 de septiembre de 2019, **ABSOLVIÓ** a las demandadas AFP PROTECCION SA y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora MONICA CECILIA CARMONA VELLILA. **DECLARÓ PROBADOS** los hechos sustento de las excepciones de validez de afiliación a PROTECCION, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho propuestas por la AFP PROTECCION SA, y las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de causal de nulidad propuestas por COLPENSIONES. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

## RECURSO DE APELACION

La **parte demandante**<sup>1</sup> presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

<sup>1</sup> CD Folio 179. APELACIÓN DEL DEMANDANTE (19:17) con el fin de que el TSJB revoque la sentencia de instancia en el presente caso se probó que la AFP PROTECCION hizo incurrir a la demandante se evidencio que no le explicaron la naturaleza las características del régimen de ahorro individual con solidaridad lo requisitos para poderse pensionar en este régimen el monto mínimo que debería haber acreditado para lograr una pensión la fecha de redención normal del bono pensional y no le explicaron las variaciones que tenía el régimen de ahorro individual con solidaridad y los riesgos a los cuales se sometería para cuando se trasladó si manifestaron según directrices de la entidad los asesores tenían dicha obligación pero no evidenciaron ni siquiera las directrices no siquiera la idoneidad o la capacitación brindada al asesor motivo por el cual en el presente caso si brilla por su ausencia los deberes y obligaciones señalados en los art 97 98 del decreto 663 del 93 el art 4 15 y 16 del decreto 656 del 94 que en el art 15 señala que deberán entregar un plan pensional y un reglamento de funcionamiento del fondo del régimen de ahorro individual y estos no se evidencia que fueron entregados a la actora también el art 4 del decreto 720 del 94 donde se especifica que las AFP deben verificar idoneidad honestidad trayectoria especialización profesionalismo y conocimiento de las personas que se vinculen como asesores y el art 11 de este mismo decreto señala que cualquier infracción error u omisión en el especial aquellos que impliquen perjuicio intereses de cualquier afiliados serán responsables las AFP también en el presente caso se debe estudiar desde el punto de vista constitucional en los art 48 53 334 y 335 quien este último prevé que la actividad aseguradora se relaciona el manejo aprovechamiento generación de recursos de captación masiva se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente obligaciones entre particulares de igual manera el art 167 del CGP es claro en determinar que la carga de la prueba estará en la parte que se encue4ntre en mejor posición en virtud de la cercanía del material probatorio y por tener en su poder el objeto de prueba se evidencia que en este caso en específico por circunstancias técnicas se observa que los profesionales en el sector pensional son las AFP y no el afiliado y debe tenerse en cuenta que el representante legal de PROTECCION afirmo que efectivamente le habían asesorado a la actora sin allegar alguna prueba si quiera sumaria de dicha afirmación entonces desde el punto de vista técnico el que afirma prueba y en este punto no se logró probar estas afirmación es que el interrogatorio de parte el representante legal de PROTECCION afirmo también debe tenerse en cuenta todo el lineamiento jurisprudencial de la CSJ en donde es claro en señalar que las AFP desde un inicio tenían la obligación de asesorar con transparencia máxima y ejercer una actividad de carácter profesional y en el tema de la carga de la prueba no se invierte solamente para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición sino que esta carga de la prueba se estudió por parte de la honorable CSJ desde el punto de vista del profesional en el sector asegurador y por igualdad de cargas se presume como profesionales del sector de ben prever que la información brindada sea cierta y sea soportada en algún evidencia que permita afirmar que efectivamente si le fueron otorgadas lo mínimo de este régimen de ahorro individual como son la naturaleza del régimen los requisitos para poderse pensionar los riesgos a los que se sometería y en contrario sensu cuales eran los requisitos para pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida eso que en este proceso en específico no se probó el a quo tiene en cuenta solamente que hay un formulario de traslado donde está la obligación pre impresa de que

1. **NULIDAD DE TRASLADO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar, se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que la AFP Protección SA no acreditó la información completa a la demandante acerca de la naturaleza de las características del RAIS con solidaridad, los requisitos para pensionarse en ese régimen, así como tampoco le explicaron las variaciones que tenía el RAIS, por lo que en el presente proceso brilla por su ausencia la información que se le brindó a la actora., trayendo a colación sus obligaciones establecidos en los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993 y 4, 15 y 16 del Decreto 656 de 1994 que señala que deberán entregar un plan pensional y un reglamento de funcionamiento del fondo del régimen de ahorro individual y estos no se evidencia que fueron entregados a la actora también el art 4 del decreto 720 del 94 donde se especifica que las AFP deben verificar idoneidad honestidad trayectoria especialización profesionalismo y conocimiento delas personas que se vinculen como asesores y el art 11 de este mismo decreto señala que cualquier infracción error u omisión en el especial aquellos que impliquen perjuicio intereses de cualquier afiliados serán responsables las AFP, conforme el criterio jurisprudencias establecido por la CSJ en sentencias del 14 de noviembre del 2018 con radicación 541814 y la del 3 de abril del 2019 con radicación 6885.

Procede la sala a resolver la apelación, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

#### CONSIDERACIONES:

##### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION SA efectuado por el (la) señor (a) MONICA CECILIA CARMONA VELLILLA. El día 24 de agosto 2001; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PROTECCION SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la

---

se tomó una decisión libre espontánea y sin presiones cuando este asunto ha sido decantado por la misma CSJ en el sentido que este formulario no es garantía para evidenciar una debida asesoría y tomar una decisión debidamente informada también téngase en cuenta señores magistrados el art 4 de la ley 169 de 1896 la cual señala que 3 decisiones uniformes dadas por la corte suprema como unidad de casación sobre el mismo tipo de derecho constituyen doctrina probable motivo por el cual solicito se tenga en cuenta todo el lineamiento jurisprudencial que ha sido pacífico y reiterado en especial las sentencias del 14 de noviembre del 2018 con radicación 541814 y la del 3 de abril del 2019 con radicación 68852 la cual señala lo siguiente frente al tema puntual de a quién corresponde demostrarla debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió información debida cuando se afilio 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 suministro información veraz y suficiente pese a que debía hacerlo se dice con ello que la entidad incumplió involuntariamente con una gama de obligaciones de que depende la validez del contrato de aseguramiento entonces como el trabajador no puede acreditar que no recibió información corresponde a su contraparte demostrarla que si la brindo dado que es quien está en la posición de hacerlo el alcance de esta jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado no es necesario estar a portas de causar un derecho o tener un derecho causado tal argumento es equivocado puesto que ni la legislación ni ola jurisprudencia tiene como establecido que se debe contar una sola expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento en el deber de información estas sentencias ya han sido reiteradas y pacificas en pro de garantizar la igualdad de trato una confianza legitima en la conducta de las autoridades judiciales y se pretende darle un interpretación al ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido confrontándola continuamente con la realidad social que se pretende regular motivo por el cual estas AFP ejercieron una labor profesional pero en ningun momento hubo una preparación por parte de ellas para ofrecer esa asesoría y en este caso no se probó si quiera que el asesor tenía una idoneidad previa para brindar algún tipo de asesoría pensional que es un tema técnico que aquí la demandante no tiene un conocimiento si quiera sumario de lo que es el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual al igual no se pueden confundir los lineamientos jurisprudenciales de la CSJ con los de la corte constitucional porque son situaciones totalmente diferentes en lineamiento de la corte constitucional es específico en recuperar la transición mientras que aquí se está debatiendo es la ineficacia del traslado por una indebida información que efectivamente en este caso no se logró probar motivo por el cual solicito su señoría se conceda el recurso de apelación y al tribunal que comedidamente se revoque el mismo con los argumentos expuestos muchas gracias.

AFP PROTECCION, el 24 de agosto de 2001, con efectividad 1 de octubre de 2001 (fls. 120 y 121).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-La** línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de septiembre 9 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAI, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-Esta** línea jurisprudencial ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAI mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos, y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 85 a 100), la AFP PROTECCION (fls.111 a 130), solo adjuntan como pruebas: Colpensiones ninguna; PROTECCION SA: certificación expedido por ASOFONDOS, El formato de solicitud de afiliación del año 2001, estado de cuenta y la historia laboral consolidada.

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 24 de agosto de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAI como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAI art.117 al establecer la pensión de referencia para el cálculo del bono pensional, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5, solo aparece un formulario a folio 122 suscrito por la asesora, donde se le calcula supuestamente a la demandante que a los 57 años de edad recibiría una mesada pensional de \$356.000 y en Protección SA de \$495.000, esto es, aparentemente una mesada superior, sin embargo lo anterior se hace sin ningún sustento probatorio.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, sin allegar la hoja de vida de quien asesoro en la afiliación al actor, solo aparece como asesor un nombre no claro de Tanya Gómez; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Finalmente, no tienen respaldo probatorio las argumentaciones del fallador de primera instancia, en cuanto a que a la demandante le correspondía la carga de la prueba, y que la línea jurisprudencial de las nulidades o ineficacias de las afiliaciones o traslados de régimen, solo se aplica a quienes estuvieren en transición. Es totalmente infundada, puesto que la línea jurisprudencial por el contrario, obliga es a que los fondos privados brinden la información suficiente, tanto favorable como desfavorable, invirtiéndose la carga de la prueba, y en cuanto a que debe estar en transición para poder limitarse la afiliación, tampoco tiene asidero, pues precisamente lo que ha dicho nuestro tribunal de cierre, es que la nulidad está basada en la ley, exactamente en los artículos 13, 271 y 272, cuando establece meridianamente que la afiliación quedara sin efecto cuando se atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su libre e informada afiliación y selección de régimen, además cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana, o los derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores.

De igual manera Colpensiones que fue absuelta, y ahora al resolver la apelación resulta condenada, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas en este fondo público.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL (LA) DEMANDANTE de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP PROTECCION SA el 24 de agosto de 2001, y en consecuencia se REVOCARA en su integridad el fallo proferido en primera instancia, y en su defecto se accederá a las súplicas de la demanda.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se declarara no probada de la excepción de prescripción.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia, las de primera instancia a favor de la demandante y a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

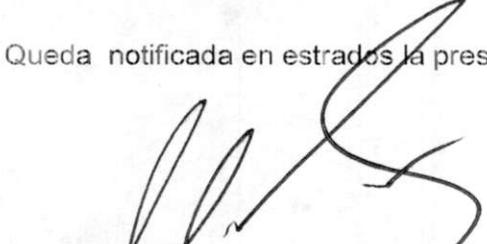
**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado 11° Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA** del traslado efectuado por **MÓNICA CECILIA CARMONA VELILLA** del ISS hoy Colpensiones al AFP Protección SA el día 24 de agosto de 2001.

**SEGUNDO:** Condenar al **PROTECCION SA** a devolver a Colpensiones, la totalidad de los aportes efectuados por el demandante **MÓNICA CECILIA CARMONA VELILLA** a dicho fondo, junto con los rendimientos y bonos pensionales, sin lugar a descuento alguno; y **ORDENAR** Colpensiones a recibirlos, y reactivar la afiliación al RPM sin solución de continuidad.

**TERCERO:** Sin **COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las demandadas y a favor de la demandante.

Queda notificada en estrados la presente decisión.

  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Salvamento de Voto

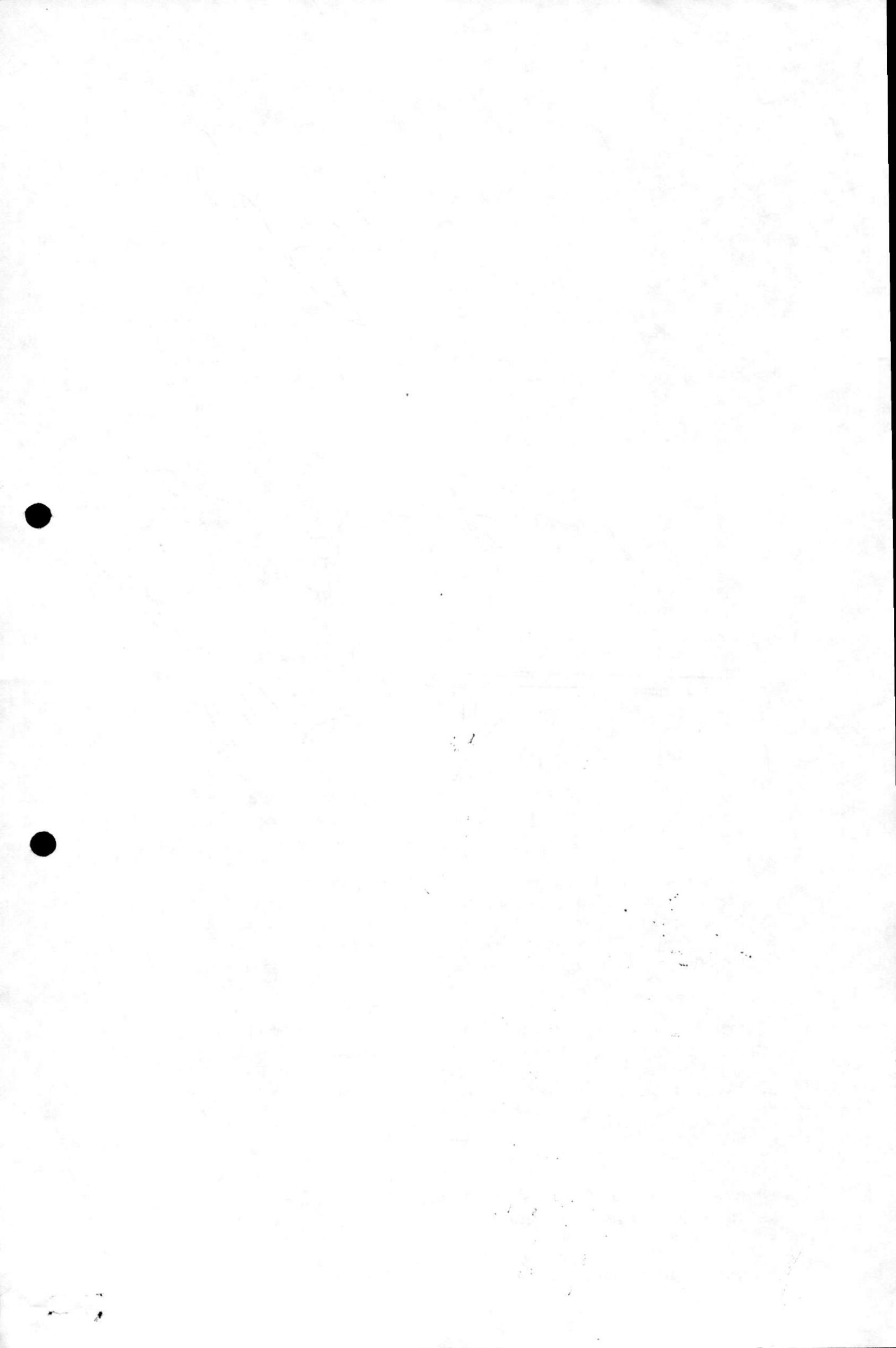
  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
Salvamento de Voto.

**AUTO:**

Como quiera que la presente ponencia ha sido derrotada, remítase a secretaria mediante auto separado, para que se abone el presente proceso al Magistrado que sigue en turno, HM: **DAVID A. CORREA STEER**, a quien corresponde presentar nueva ponencia, y la ponencia del suscrito derrotada, se constituirá en el salvamento de voto.

  
**MARCELIANO CHAVEZ AVILA**  
Magistrado

La presente decisión se notifica en estrados.





REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

Radicación 08-2018-00035-01

DEMANDANTE: **MARÍA EMILIA AYALA PUERTO**  
DEMANDADO : **COLPENSIONES Y OTRO**  
ASUNTO : **SALVAMENTO DE VOTO**

**AUTO**

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 03 de marzo de 2020.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Chávez'.

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Magistrado





REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación 08-2018-00035-01

Bogotá D.C., octubre 8 de dos mil diecinueve (2019)

DEMANDANTE: MARIA EMILIA AYALA PUERTO.

DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR SA. (ANTES HORIZONTE).

ASUNTO : APÉLACION PORVENIR/ CONSULTA COLPENSIONES

**PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA  
SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.**

En la fecha, se constituye la Sala Segunda de Decisión Laboral en audiencia pública, a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, el cual se profirió fallo por el juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de Marzo de 2019. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo:

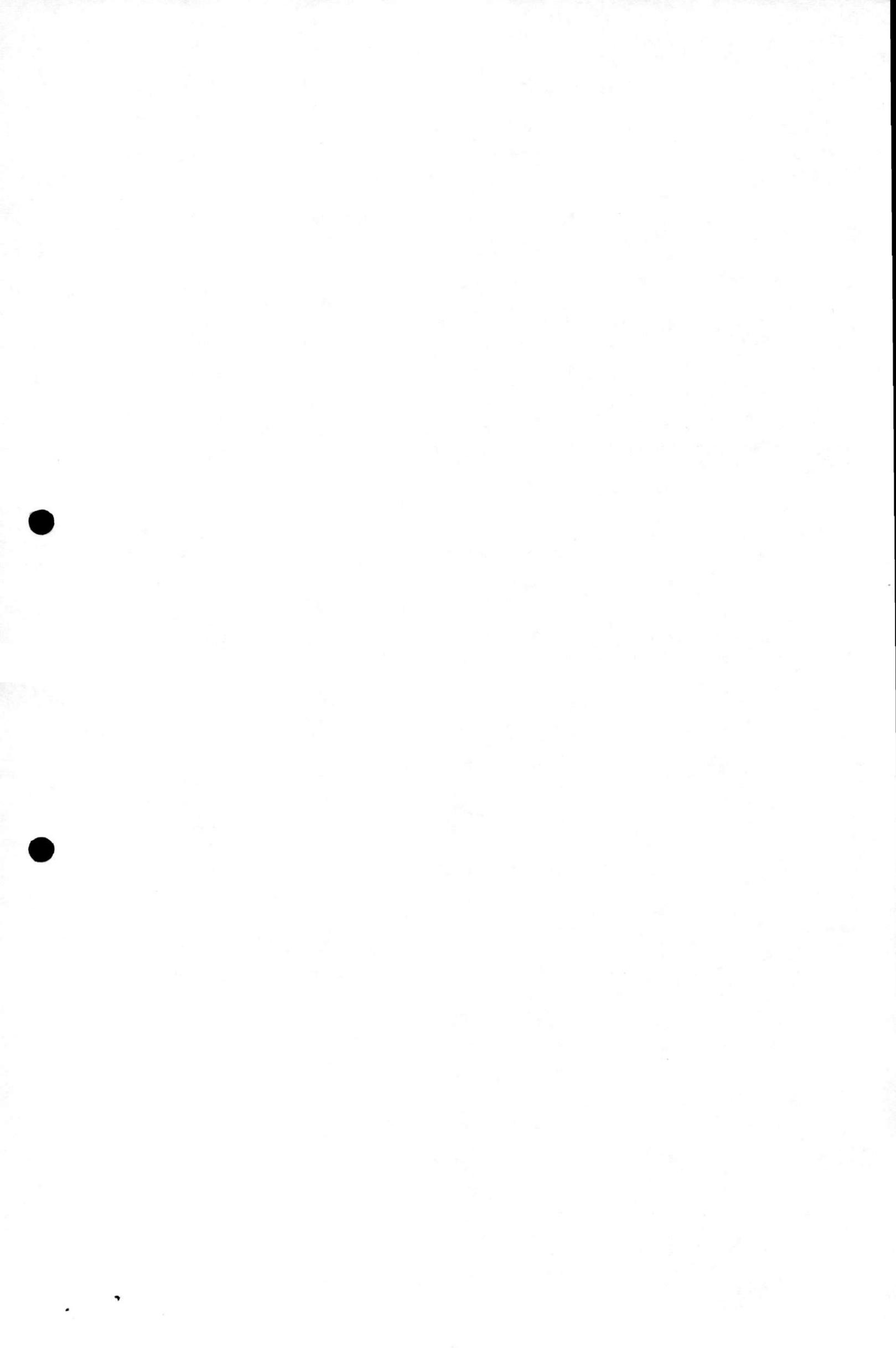
No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) MARIA EMILIA AYALA PUERTO instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES , AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 35 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o invalidez del traslado efectuado, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad AFP Horizonte- hoy PORVENIR- por vicios del consentimiento.
- Que se condene a Colpensiones a afiliarse a la demandante en el RPM, y recibir los aportes.
- Que se condene a la AFP Porvenir SA. a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, bonos pensionales y rendimientos.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 49 a 65), la AFP PORVENIR SA (fls. 67 a 99) de acuerdo al auto visible a folio 100. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.



El JUZGADO 8 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 4 de marzo de 2019, declaro nulo o ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAI administrado por AFP horizonte hoy PORVENIR SA, declarando como aseguradora del demandante a Colpensiones. Condeno a AFP Porvenir SA devolver la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, junto con los gastos de administración a Colpensiones; impuso costas a porvenir.

Apelo el fallo Porvenir SA:

RECURSO DE APELACION

PARTE DEMANDADA: (1.11.30) (PORVENIR)

Interpongo recurso de apelación para que los honorables magistrados del TSB revoquen la presente sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que:

La sentencia de primera instancia se da por hecho de que se probó dicho engaño y el vicio de consentimiento luego de analizar el interrogatorio de parte absuelto por la parte aquí demandante en la cual manifiesta en que no recuerda la información que se le dio al momento de la asesoría es decir para el año 1995, y que no recuerda mayor información más que hay que tener en cuenta y a juicio de los honorables magistrados que se le recuerda que le fueron respecto de una mejor pensión y que se pensionaría anticipadamente posteriormente dice que si se ofreció una pensión concorde a l estilo de vida para la fecha en la cual tuviera cumplir los requisitos para pensionarse, debe tener en cuenta magistrados que el hecho de afirmar unos hechos de la demanda no significa probar los mismos no están sustentado si quiera en prueba sumaria para acceder a las pretensiones de la demandante, máxima que es de tener en cuenta la vocación de permanencia en los cuales por mas de 23 años la aquí demándate cotizo de manera ininterrumpida al régimen de ahorro individual, igualmente es de tener en cuenta que la demandante recibía en su estado de cuenta y era conocedora de lo que tenía ahorrado en su cuenta de ahorro individual.

Por lo anterior esto debe tenerse como una ratificación e intención de permanecer al régimen de ahorro individual, puesto que si bien desde 1995 la aquí demandante cuando tuvo la oportunidad no presento siquiera incordiad respecto de esta afiliación de su afiliación de cambio de régimen.

Ahora la demandante conto con todo el tiempo suficiente, si fue por una mejor información en la cual pudo aclarar las dudas que tuviere respecto de su derecho de su expectativa pensional y no le hizo, pues no obra inconformidad alguna solo cuando ya se encuentra en una prohibición legal estando incurso antes de los 10 años antes para pensionarse.

Es de tener en cuenta que si bien es cierto que la demandante manifiesta que ella se siente engañada o pretende retornar al régimen de prima media es por la diferencia al monto pensional, ella manifiesta que se da cuenta de dicho error porque la simulación de la cual la administradora que represento representa el 25% de su salario y que en el régimen de prima media recibirá una mejor pensión lo cual señores magistrados nos encontramos no ante un error de hecho sino un tenor de derecho lo cual no vicio el consentimiento teniendo en cuenta que las mismas son de regimenes diferentes excluyentes entre sí.

Es de tener en cuenta que en sentencia de 1 instancia se hace alusión a que quedo acreditada la insuficiencia de la información en cuanto uno de los puntos de referencia fue a una mejor pensión y es de tener en cuenta la apreciación del caso que nos ocupa, que la demandante para el momento del traslado contaba con 32 años de edad es decir que todavía le quedaba un recorrido suficiente en la cual dependiendo de la planeación que hubiese hecho la aquí demandante hubiese logrado dichas expectativas que en un primer momento se le hizo referencia teniendo en cuenta que las cotizaciones no solo deben mantenerse en tiempo sino también en relación con el monto de los aportes, es de tener en cuenta que hace referencia a una pensión anticipada y a unos rendimientos de los cuales son características intrínsecas del régimen de ahorro individual por lo cual se ve beneficiados por los rendimientos.

Es de tener en cuenta que la demandante en sentencia de 1 instancia se hace referencia que ella manifestó que como ella estaba laborando para RCN televisión se encontraba relacionado con horizonte y en interrogatorio de parte al indagarse respecto si su empleador tuvo incidencia respecto de dicha afiliación ella manifiesta que no, que ella se afilio por lo que se le había ofrecido.

Es de tener en cuenta y estudiar la prescripción dado que ella manifiesta que quiso retornar a los 49 años de edad es decir aproximadamente 6 años de interponer la demanda, teniendo en cuenta que en 1 instancia se hace un estudio respecto de las pretensiones es de tener en cuenta que la misma no debe ser tomada como una prescripción al derecho pensional, pues no se le está negando que la demandante haga dicha solicitud si no respecto momento en el cual ella se da cuenta que debería retornar al régimen de prima media, para lo cual lo hace a sus 49 años y no hace uso de la acción de la nulidad si no años posteriores en el 2008.

Es de estudiar señores magistrados que en sentencia de 1 instancia se condena a mi representada en los gastos de administración y los seguros provisionales, es de tener en cuenta que si bien por más de 23 años de buena fe mi representada ha administrado el capital ahorrado por la aquí demandante haciéndole acreedora de unos rendimientos, los cuales justifican dichos gastos de administración.

Respecto de los seguros provisionales es de tener en cuenta señores magistrados que la demandante durante todo el tiempo que ha estado afiliada con mi representada estos gastos están cubriendo lo que son los riesgos de invalidez y muerte por lo cual es de tener en cuenta que los dichos se encuentran justificados ya que en un hipotético caso hubiese ocurrido algo ya sea cuestión de riesgo de invalidez o de muerte la demandante estaba cubierta con los mismos.

Es de tener en cuenta que si bien la aquí demandante pues no se hace un estudio en sentencia de 1 instancia por las condiciones que para el año 1995 dan lugar a dicha libertad a la libre escogencia teniendo en cuenta que si bien para el año las semanas cotizadas por la demandante no eran de una densidad apreciable y contaba con tiempo suficiente para poder haber planeado un ahorro que hubiese cumplido sus expectativas al cambio de régimen por lo cual señores magistrados solicito de manera respetuosa absuelva a la aquí demandada porvenir de cada una de las pretensiones aludidas en el escrito de la demanda esto es revocando la sentencia de primera instancia.."

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

### CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE/ HOY PORVENIR SA efectuado por el ( la) señor (a) **MARIA EMILIA AYALA PUERTO.** el día 11 de enero 1995 con efectividad 1 de febrero de 1995 ; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.



En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE/HOY PORVENIR SA, el 11 de enero de 1995 con fecha de efectividad el 1 de febrero de 1995 (fls. 76 y 77).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAI, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAI mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:



- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 49 a 65), la AFP PORVENIR SA (fls.67 a 99, solo adjuntan como pruebas: Colpensiones la historia laboral; y Porvenir SA: El formato de solicitud de afiliación a horizonte, historia de vinculaciones del SIAFP, historia de novedades del SIAFP para bonos, resumen historia laboral de Minhacienda., copia relación de aportes, copia comunicados enviados a la demandante en 2017, , y edicto del tiempo.

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 11 de enero de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAI como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAI, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Mónica Ochoa, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así



corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Finalmente, en cuanto a la apelación de Porvenir SA se encuentra totalmente infundada, pues argumentar que por no haberse presentado la demandante a pedir asesoría dentro de los términos anteriores a estar a menos de 10 a cumplir la edad, pues en eso consiste la asesoría que debió darle en el moneo del traslado de régimen, es más, está regulada en la misma ley 100/93, y debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo. Ahora, que no estaba en transición es algo suficientemente decantado por la jurisprudencia, y además de ser así, y tener los 15 años antes de la vigencia de la ley 100/93, no necesitaría demandar ineficacia del traslado, sino simplemente devolverse, ya que lo podría hacer en cualquier tiempo; las demás argumentaciones, como la prescripción, y devolución de gastos de administración, no son relevantes, dado el resultado de la alzada al confirmarse la ineficacia del traslado.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP HORIZONTE/HOY PORVENIR SA el 11 de enero de 1995, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.



**EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

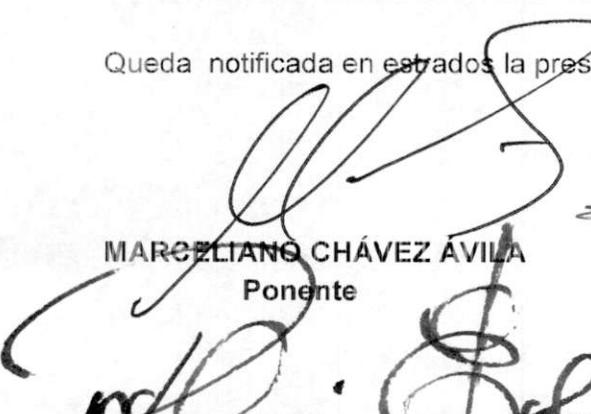
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 4 de Marzo de 2019 por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

Queda notificada en estrados la presente decisión.

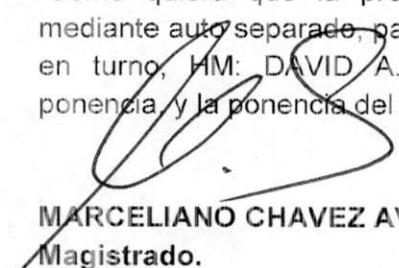
  
**MARCELIANO CHÁVEZ AVILA**  
Ponente

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Salvamento de Voto

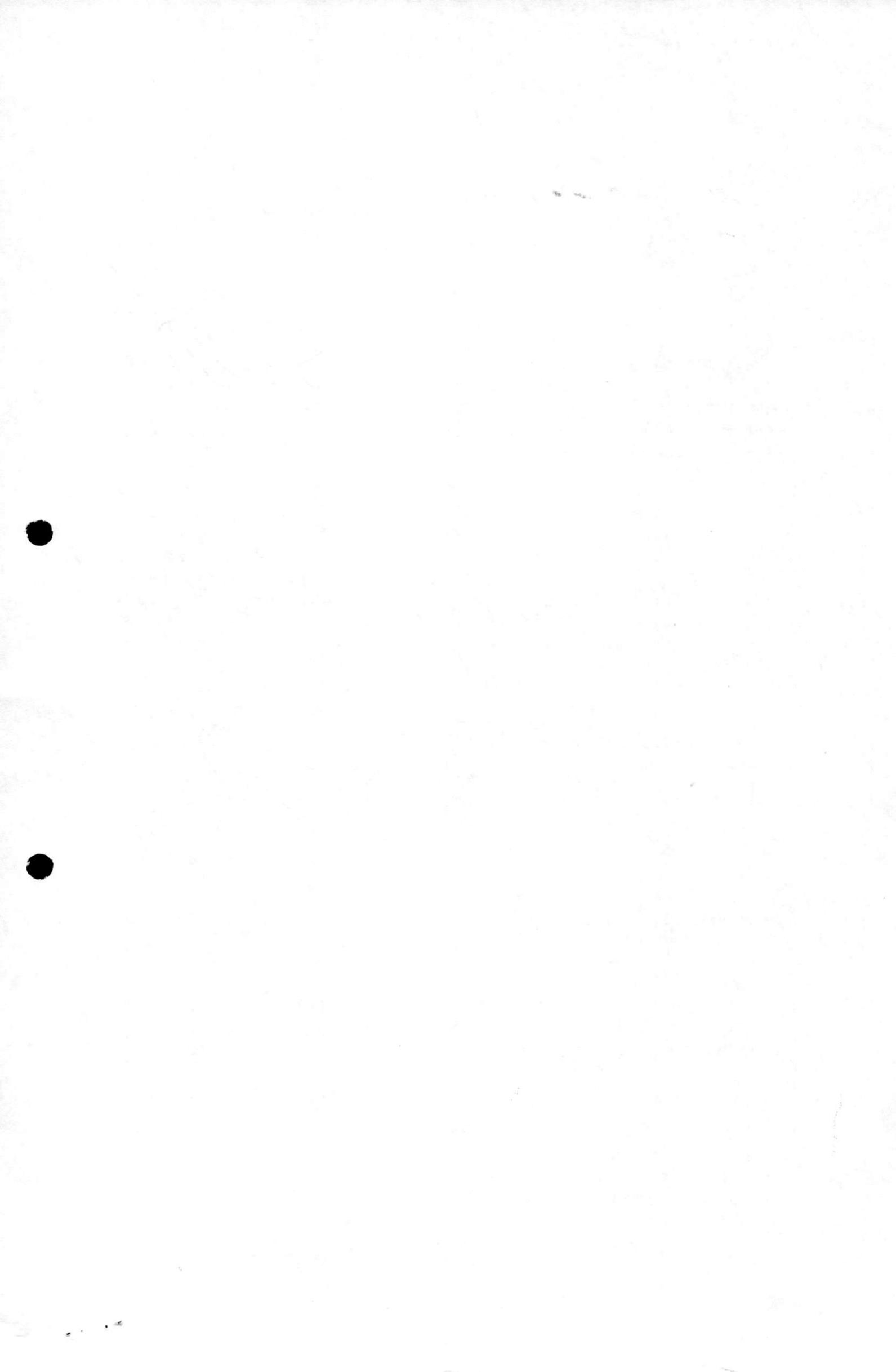
  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
Salvamento de Voto.

**AUTO:**

Como quiera que la presente ponencia ha sido derrotada, remítase a secretaria mediante auto separado, para que se abone el presente proceso al Magistrado que sigue en turno, HM: DAVID A. CORREA STEER, a quien corresponde presentar nueva ponencia y la ponencia del suscrito derrotada, se constituirá en el salvamento de voto.

  
**MARCELIANO CHAVEZ AVILA**  
Magistrado.

La presente decisión se notifica en estrados.





REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

Radicación 35-2017-00643-01

DEMANDANTE: CARLOS ANTONIO CORTÉS VIVAS  
DEMANDADO : COLPENSIONES Y OTRO  
ASUNTO : SALVAMENTO DE VOTO

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 10 de marzo de 2020.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Chávez'.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación 35-2017-00643-01

Bogotá D.C., Dic. 31/2019 de dos mil diecinueve (2019)

DEMANDANTE: CARLOS ALONSO CORTES VIVAS.

DEMANDADO: COLPENSIONES –AFP PORVENIR SA.

ASUNTO : APÉLACION DEMANDANTE

**PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.**

En la fecha, se constituye la Sala Segunda de Decisión Laboral en audiencia pública, a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, el cual se profirió fallo por el juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de Marzo de 2019. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) CARLOS ALONSO CORTES VIVAS instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 58 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o invalidez del traslado efectuado, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad al AFP Porvenir SA.
- Que se condene a Colpensiones a afiliarse a la demandante en el RPM, y recibir los aportes.
- Que se condene a la AFP Porvenir SA. a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados y rendimientos.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 80 a 91), y Porvenir SA (fls. 129 a 163), de acuerdo al auto visible a folio 166 y 171. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 35 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 5 de marzo de 2019, negó las suplicas de la demanda, no impuso costas.

Apelo el fallo la demandante:

*RECURSO DE APELACION  
Ver Record 39.24 del fallo de primera instancia.*

Procede la sala a resolver la apelación, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

### **CONSIDERACIONES:**

#### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA efectuado por el ( la) señor (a) CARLOS ALONSO CORTES VIVAS, el día 26 de agosto de 1994 ; **2-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la AFP Horizonte, hoy Porvenir SA, el 26 de AGOSTO de 1994 (fls. 139).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-La** línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de septiembre 9 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994

artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Esta línea jurisprudencial ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAI mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos, y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 80 a 91), y Porvenir SA (fls. 129 a 163), solo adjuntan como pruebas: Colpensiones: Expediente administrativo y reporte de semanas cotizadas ; y Porvenir SA: Certificado de afiliación, formulario de afiliación y traslado a Horizonte y a Porvenir SA, historia de vinculaciones, historia de novedades, copia bonos pensionales, historia laboral, relaciona de aportes a Porvenir SA, relación histórica de movimientos, oficio e respuesta de agosto 22 de 2017, y edicto del tiempo.

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de agosto de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS art.117 al establecer la pensión de referencia para el cálculo del bono pensional, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, sin allegar la hoja de vida de quien asesoro en la afiliación al actor, solo aparece como asesoro un nombre no claro de Rocío Peña; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Finalmente, no tienen respaldo probatorio las argumentaciones del fallador de primera instancia, sobre todo al cimentarse en el hecho de habersele informado al actor las ventajas del RAIS conforme lo expreso la demanda en la contestación de la demanda, cuando en realidad no allegan ninguna prueba documental que demuestre que realmente se le asesoro sobre las desventajas del cambio de régimen, habida consideración que al momento de

traslado tenía 13 años cotizados al RPM, y que en el evento de seguir cotizando regularmente en siete años más tendría las semanas suficientes para pensionarse una vez llegase a los 60 o 62 años eventualmente. Contrarió ostensiblemente la jurisprudencia antes referida al afirmar que al demandante le correspondía la carga de la prueba, y que la línea jurisprudencial de las nulidades o ineficacias de las afiliaciones o traslados de régimen, solo se aplica a quienes estuvieren en transición. Es totalmente infundada, puesto que la línea jurisprudencial por el contrario, obliga es a que los fondos privados brinden la información suficiente, tanto favorable como desfavorable, invirtiéndose la carga de la prueba, y en cuanto a que debe estar en transición para poder nulitarse la afiliación, tampoco tiene asidero, pues precisamente lo que ha dicho nuestro tribunal de cierre, es que la nulidad está basada en la ley, exactamente en los artículos 13, 271 y 272, cuando establece meridianamente que la afiliación quedara sin efecto cuando se atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su libre e informada afiliación y selección de régimen, además cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana, o los derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores.

De igual manera Colpensiones que fue absuelta, y ahora al resolver la apelación resulta condenada, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas en este fondo público.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP HORIZONTER HOY PORVENIR SA el 26 de agosto de 1994, y en consecuencia se REVOCARA en su integridad el fallo proferido en primera instancia, y en su defecto se accederá a las súplicas de la demanda.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se declarara no probada de la excepción de prescripción.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia, las de primera instancia a favor de la demandante y a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE**

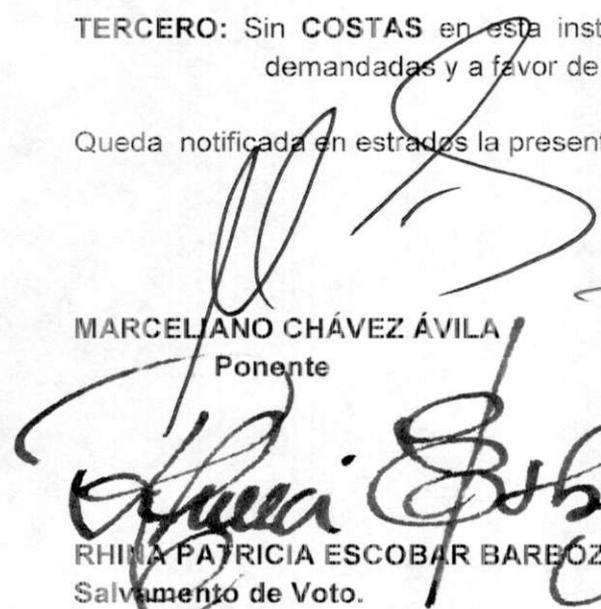
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 5 de marzo de 2019 por el Juzgado 35º Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA** del traslado efectuado CARLOS ALONSO CORTES VIVAS del ISS hoy Colpensiones al AFP Horizonte, hoy Porvenir SA el día 26 de agosto de 1994.

**SEGUNDO:** Condenar al AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones, la totalidad de los aportes efectuados por el demandante CARLOS ALONSO CORTES VIVAS

a dicho fondo, junto con los rendimientos y bonos pensionales, sin lugar a descuento alguno; y ORDENAR Colpensiones a recibirlos, y reactivar la afiliación al RPM sin solución de continuidad.

**TERCERO:** Sin **COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las demandadas y a favor de la demandante.

Queda notificada en estrados la presente decisión.

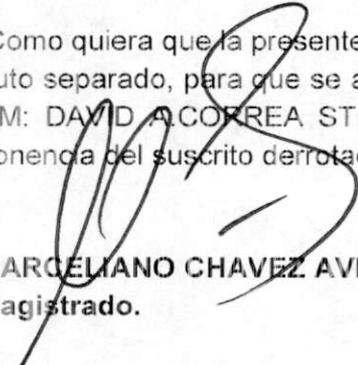
  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Salvamento de Voto

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BAREÑA**  
Salvamento de Voto.

**AUTO:**

Como quiera que la presente ponencia ha sido derrotada, remítase a secretaria mediante auto separado, para que se abone el presente proceso al Magistrado que sigue en turno, HM: DAVID A. CORREA STEER, a quien corresponde presentar nueva ponencia, y la ponencia del suscrito derrotada, se constituirá en el salvamento de voto.

  
**MARCELIANO CHAVEZ AVILA**  
Magistrado.

La presente decisión se notifica en estrados.



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

Radicación 29-2018-00130-01

DEMANDANTE: EFREN ULISES RUSINQUE BUSTOS  
DEMANDADO : COLPENSIONES Y OTRO  
ASUNTO : SALVAMENTO DE VOTO

**AUTO**

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 03 de marzo de 2020.

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación 29-2018-00130-01

Bogotá D.C., Dic. 3/2019 de dos mil diecinueve (2019)

DEMANDANTE: EFREN ULISES RUSINQUE BUSTOS.

DEMANDADO: COLPENSIONES Y  
AFP PORVENIR SA.

ASUNTO : APÉLACION DEMANDANTE

**PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA  
SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.**

En la fecha, se constituye la Sala Segunda de Decisión Laboral en audiencia pública, a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, el cual se profirió fallo por el juzgado 29° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de Noviembre de 2018. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo:

*(Firma manuscrita)*

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) EFREN ULISES RUSINQUE BUSTOS. instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 62 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o invalidez del traslado efectuado, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad al AFP Colpatria, hoy Porvenir SA el 30 de noviembre de 1999.
- Que se condene a Colpensiones a afiliar a la demandante en el RPM, y recibir los aportes.
- Que se condene a la AFP Porvenir SA. a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, intereses, bonos pensionales y rendimientos.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 84 a 96), y Porvenir SA (fls. 109 a 133), de acuerdo al auto visible a folio 135. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 29 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 27 de Nov. de 2018, negó las suplicas de la demanda, no impuso costas.

Apelo el fallo la demandante:

*RECURSO DE APELACION*

*Ver Record 1.04.46 del fallo de primera instancia.*

Procede la sala a resolver la apelación, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

### **CONSIDERACIONES:**

#### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA HOY PORVENIR SA efectuado por el ( la) señor (a) EFREN ULISES RUSINQUE BUSTOS, el día 30 de Noviembre 1999 ; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la AFP COLPATIA HOY PORVENIR, el 30 de Noviembre de 1999 (fls. 119 y 137).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de septiembre 9 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que

tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Esta línea jurisprudencial ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAI mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos, y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 84 a 96), y Porvenir SA (fls. 109 a 133), solo adjuntan como pruebas: Colpensiones: Reporte de semanas cotizadas (f.90 a 96); y Porvenir SA: Certificado de egreso, formulario de afiliación y traslado a Porvenir de nov.30/99, historia de vinculaciones, historia de novedades, relación de aportes Porvenir, relación histórico de movimientos Porvenir, y edicto del tiempo.

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de noviembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS art.117 al establecer la pensión de referencia para el cálculo del bono pensional, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, sin allegar la hoja de vida de quien asesoro en la afiliación al actor, solo aparece como asesoro un nombre no claro de Nancy Cruz Barrera; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Finalmente, no tienen respaldo probatorio las argumentaciones del fallador de primera instancia, sobre todo al cimentarse en el interrogatorio de parte y las declaraciones e los testigos, pues se torna evidente que los testigos al igual que el actor desconocían la terminología de la garantía de pensión mínima, o de la pensión de referencia, pues lo único que manifestaron se les había informado era que el seguro se acababa, dándoles a entender que con ello el régimen de prima media también se acababa, pero nada le dijeron sobre los beneficios que tenía al permanecer en el RPM, pues solo tendría que tener las

semanas(1000) y la edad requerida, sin tener que hacer cuantiosos aportes para poder obtener siquiera una mesada igual a la del RPM; tanto que a la fecha de traslado tenía cotizadas 975.86 semanas, y solo le faltaban 24.14 semanas para tener derecho a la pensión al completar los 60 años en el 2018( o 62 en 2020), fecha para la cual tendría(como en efecto las tiene) muchas más semanas de las que necesita para su pensión de vejez en el RPM .En cuanto a que al demandante le correspondía la carga de la prueba, y que la línea jurisprudencial de las nulidades o ineficacias de las afiliaciones o traslados de régimen, solo se aplica a quienes estuvieren en transición. Es totalmente infundada, puesto que la línea jurisprudencial por el contrario, obliga es a que los fondos privados brinden la información suficiente, tanto favorable como desfavorable, invirtiéndose la carga de la prueba, y en cuanto a que debe estar en transición para poder nulitarse la afiliación, tampoco tiene asidero, pues precisamente lo que ha dicho nuestro tribunal de cierre, es que la nulidad está basada en la ley, exactamente en los artículos 13, 271 y 272, cuando establece meridianamente que la afiliación quedara sin efecto cuando se atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su libre e informada afiliación y selección de régimen, además cuando menoscabe la libertad, la dignidad humana, o los derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores.

De igual manera Colpensiones que fue absuelta, y ahora al resolver la apelación resulta condenada, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas en este fondo público.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 30 de Noviembre de 1999, y en consecuencia se REVOCARA en su integridad el fallo proferido en primera instancia, y en su defecto se accederá a las súplicas de la demanda.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se declarara no probada de la excepción de prescripción.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia, las de primera instancia a favor de la demandante y a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

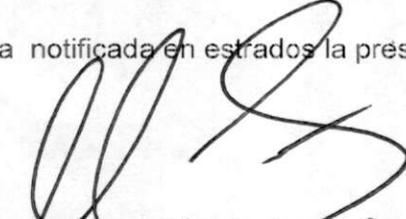
#### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 27 de Noviembre de 2018 por el Juzgado 29º Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA** del traslado efectuado EFREN ULISES RUSINQUE BUSTOS del ISS hoy Colpensiones al AFP Colpatria Hoy Porvenir SA el día 30 de Noviembre de 1999.

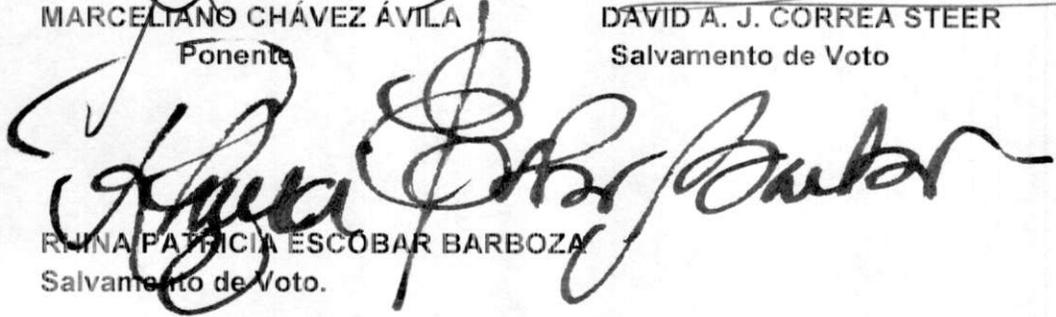
**SEGUNDO:** Condenar al AFP PORVENIR SA a devolver a Colpensiones, la totalidad de los aportes efectuados por el demandante EFREN ULISES RUSINQUE BUSTOS a dicho fondo, junto con los rendimientos y bonos pensionales, sin lugar a descuento alguno; y **ORDENAR** Colpensiones a recibirlos, y reactivar la afiliación al RPM sin solución de continuidad.

**TERCERO:** Sin **COSTAS** en esta instancia, las de primera instancia a cargo de las demandadas y a favor del demandante.

Queda notificada en estrados la presente decisión.

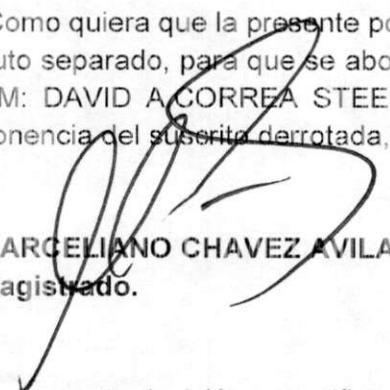
  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Salvamento de Voto

  
**PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
Salvamento de Voto.

**AUTO:**

Como quiera que la presente ponencia ha sido derrotada, remítase a secretaria mediante auto separado, para que se abone el presente proceso al Magistrado que sigue en turno, HM: DAVID A. CORREA STEER, a quien corresponde presentar nueva ponencia, y la ponencia del suscrito derrotada, se constituirá en el salvamento de voto.

  
**MARCELIANO CHAVEZ AVILA**  
Magistrado.

La presente decisión se notifica en estrados.



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

Radicación 10-2017-00197-01

DEMANDANTE: MARÍA DEL ROSARIO PILAR RUBIO  
DEMANDADO : COLPENSIONES Y OTRO  
ASUNTO : SALVAMENTO DE VOTO

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 18 de febrero de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación 10-2017-00197-01

Bogotá D.C., AGO 28/19 de dos mil diecinueve (2019)

DEMANDANTE: MARIA DEL ROSARIO DEL PILAR RUBIO R.

DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR SA. AFP PROTECCION SA.

ASUNTO : APÉLACION COLPENSIONES

**PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.**

En la fecha, se constituye la Sala Segunda de Decisión Laboral en audiencia pública, a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, el cual se profirió fallo por el juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de OCTUBRE de 2018. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) MARIA DEL ROSARIO DEL PILAR RUBIO R instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES , AFP PROTECCION SA, y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 40 a 53 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o invalidez del traslado efectuado, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad AFP PORVENIR SA por vicios del consentimiento.
- Que se condene a Colpensiones a afiliarse a la demandante en el RPM, y recibir los aportes.
- Que se condene a la AFP PORVENIR SA. a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, bonos pensionales y rendimientos.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 59 a 64), la AFP PORVENIR SA (fls. 74 a 92), y AFP PROTECCION SA (folios 108 a 143) de acuerdo al auto visible a folio 94 y 145. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 10 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 31 de octubre de 2018, declaró nulo el traslado efectuado por la demandante al RAI administrado por AFP PORVENIR SA el, declarando como aseguradora del demandante a Colpensiones. Condono a AFP Protección SA devolver la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, junto con los gastos de administración a Colpensiones; ordeno a Colpensiones actualizar la historia laboral del actor, una vez ingresen los valores girados por Protección SA, para garantizar el derecho pensional. Impuso costas a Porvenir SA.

Apelo el fallo Protección SA:

#### RECURSO DE APELACION

PARTE DEMANDADA PROTECCION 01:36:40

*Gracias señora juez, siendo la oportunidad procesal pertinente interpongo recurso de apelación ante la sentencia que acaba de dictar su despacho y para ello se tiene en cuenta lo siguiente:*

*Hay que recordar o no es de recibo por la parte de mi representada de que se de aplicación en esa medida a la sentencias de la Corte Suprema de Justicia. En la medida en que es claro que para los casos en los cuales se dio el traslado, la carga de la prueba, fue para casos en los cuales se encontraba un daño o un posible daño a un derecho cierto como son las personas que tenían régimen de transición para la fecha del traslado, para el caso en particular no se evidencio que efectivamente ese postulado se diera y luego entonces no se podría aplicar dicha línea jurisprudencial y por ende sería la parte demandante la que tiene que probar que efectivamente se dio por medio de un error.*

*El traslado. En segunda medida hay que tener muy claro que se dio fue una nulidad y por medio de la nulidad no se consideró lo expresado por las normas civiles en cuanto al artículo 9no y el artículo 1509, en cuanto a que el régimen o los regímenes están totalmente regulados en la ley 100 de 1993, luego entonces no se puede evidenciar de que por el desconocimiento de una ley que fue publicada, que es de público conocimiento, que se pueda dictar una nulidad pues porque no se evidencia que el error de derecho como lo que nosotros argumentamos no vicia el consentimiento. Al igual que el artículo 9no habla acerca de que el desconocimiento de ley no sirve como excusa, y pues por los anteriores postulados también se interpone el recurso de apelación en debida forma y le pido al Tribunal de Bogotá – Sala Laboral que revoque la sentencia que acaba de dictar la juez su presente sentencia. Muchas gracias."*

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

### CONSIDERACIONES:

#### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el ( la) señor (a) **MARIA DEL ROSARIO DEL PILAR RUBIO R** el día 5 de julio de 1996 ; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PROTECCION SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 5 de julio de 1996 con fecha de efectividad el 1 de septiembre de 1996 (fls. 82 y 85).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma fecha, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAI, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Esta línea jurisprudencial ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAI mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le

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

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 59 a 64), la AFP PORVENIR SA (fls. 74 a 92), y AFP PROTECCION SA (folios 108 a 143), solo adjuntan como pruebas: Colpensiones el reporte de semanas cotizadas; Porvenir SA: El formato de solicitud de afiliación, historia de vinculaciones del SIAFP, historia de novedades del SIAFP, copia de novedades traslado de aportes, relación de movimientos comunicado de noviembre 23/16, edicto del tiempo; Protección SA: historia laboral expedid en marzo 12 de 2018, respuesta a petición de dic.20/16, respuesta a petición de feb.16/17, respuesta a petición de marzo 1/17, formulario de afiliación al AFP Santander de febrero de 2003, historia laboral ING, e histórico de traslados de la demandante.

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 5 de julio de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAI como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAI, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Conforme lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

**“Artículo 12. OBLIGACION 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 con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

De manera que, la demostración de que el afiliado recibió toda la información requerida y necesaria para que su traslado del régimen de prima media al RAIS se produjera de forma suficientemente informada, es decir, con plena conciencia de sus alcances, es una carga que, tal como se dejó sentado en la jurisprudencia citada, se traduce en **un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada**, y no se suple con la mera constancia de que la selección del régimen se efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como lo pretende la parte demandada.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Al tenor de lo expuesto anteriormente, considera la Sala que a pesar de que la afiliación se realizó con el lleno de los requisitos legales, aportando para el caso en concreto el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR SA (fl.82), *per se* no implica que se haya proporcionado a la parte demandante toda la información necesaria y relevante para adoptar una decisión suficientemente informada y documentada acerca de los alcances del traslado de régimen pensional, tal es el caso de suministrar ilustración suficiente acerca de los beneficios y desventajas de uno y otro régimen en cada caso particular, en tanto como lo señala la jurisprudencia en cita, la nulidad producto del engaño en el traslado del régimen pensional «*no sólo 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*» por quien manifiesta su interés en el traslado, lo que configura una anomalía de tal grado que vicia el consentimiento y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, máxime si se tiene en cuenta que no se acredita dentro del plenario que se le haya proporcionado información a la parte actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

De otra parte, el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Finalmente, en cuanto a la apelación de PROTECCION SA se encuentra totalmente infundada, pues su dicho corrobora totalmente los hechos de la demanda, pues afirma que el demandante tenía la carga de la prueba, que no probó la nulidad y que la ignorancia en la ley no es excusa; pues precisamente la carga de la prueba recaía en el fondo privado, al así disponerlo la ley y la jurisprudencia, y en cuanto al desconocimiento de la ley, es precisamente la ley que debía conocer el fondo apelante, para haberle explicado al actor las incidencias de su traslado y el menoscabo de su futuro pensional, lo que hace, totalmente inviable las argumentaciones del fondo apelante, por lo que se despacharan desfavorablemente.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 5 de julio de 1996, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

**EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

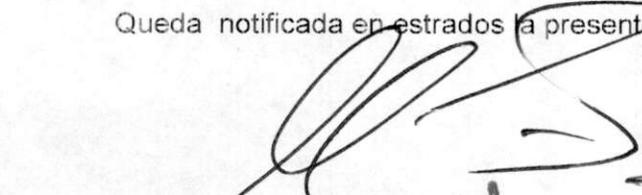
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

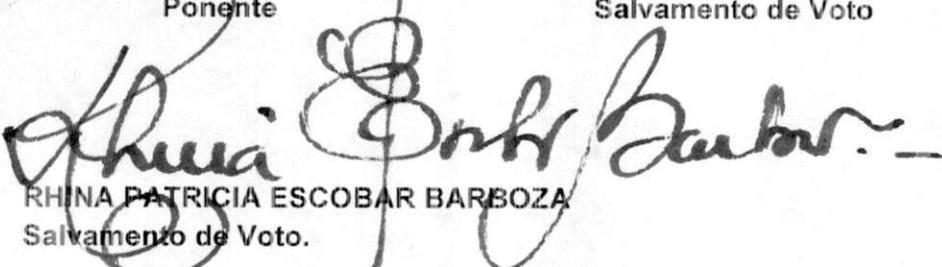
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de octubre de 2018 por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

Queda notificada en estrados la presente decisión.

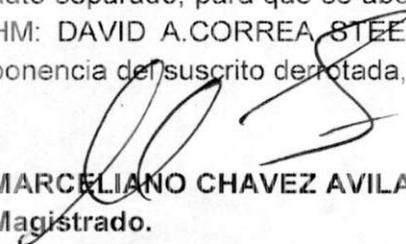
  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Salvamento de Voto

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
Salvamento de Voto.

**AUTO:**

Como quiera que la presente ponencia ha sido derrotada, remítase a secretaria mediante auto separado, para que se abone el presente proceso al Magistrado que sigue en turno, HM: DAVID A. CORREA STEER, a quien corresponde presentar nueva ponencia, y la ponencia del suscrito derrotada, se constituirá en el salvamento de voto.



**MARCELIANO CHAVEZ AVILA**  
Magistrado.

La presente decisión se notifica en estrados.



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

Radicación 39-2018-00053-01

DEMANDANTE: NANCY CRISTANCHO GONZÁLEZ  
DEMANDADO : COLPENSIONES Y OTRO  
ASUNTO : SALVAMENTO DE VOTO

AUTO

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 03 de marzo de 2020.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. Chávez'.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación 39-2018-00053-01

Bogotá D.C., ENERO 22 de dos mil diecinueve (2019)

DEMANDANTE: NANCY CRISTANCHO GONZALEZ.

DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR SA.

ASUNTO : APÉLACION PORVENIR/ APEL. Y CONSULTA COLPENSIONES

**PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA  
SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.**

En la fecha, se constituye la Sala Segunda de Decisión Laboral en audiencia pública, a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, el cual se profirió fallo por el juzgado 39° Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de Abril de 2019. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) NANCY CRISTANCHO GONZALEZ. instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES , AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 35 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o invalidez del traslado efectuado, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad AFP PORVENIR SA.
- Que se condene a Colpensiones a afiliarse a la demandante en el RPM, y recibir los aportes.
- Que se condene a la AFP Porvenir SA. a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, bonos pensionales y rendimientos.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 83 a 99), la AFP PORVENIR SA (fls. 51 a 82) de acuerdo al auto visible a folio 101. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 39 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 5 de abril de 2019, declaro nulo o ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS administrado por AFP PORVENIR SA, declarando como aseguradora del demandante a Colpensiones. Condeno a AFP Porvenir SA devolver la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, junto con los gastos de administración a Colpensiones; impuso costas a porvenir.

Apelo el fallo Porvenir SA y Colpensiones:

*RECURSO DE APELACION*

*PARTE DEMANDADA: Ver Record (1.02.26) (PORVENIR); y record (1-08.55) Colpensiones.*

Procede la sala a resolver las apelaciones, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el ( la) señor (a) **NANCY CRISTANCHO GONZALEZ** el día 24 de abril 1996 con efectividad 1 de junio de 1996 ; **2-**. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 24 de abril de 1996 con fecha de efectividad el 1 de junio de 1996 (fls. 61 y 62).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-La** línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de septiembre 9 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de

1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 83 a 99), la AFP PORVENIR SA (fls.51 a 82), solo adjuntan como pruebas: Colpensiones la historia laboral; y Porvenir SA: Certificación de afiliación, formato de solicitud de afiliación, historia de vinculaciones del SIAFP, historia de novedades del SIAFP para bonos, resumen historia laboral de Minhacienda,, copia relación de aportes, copia relación de movimientos, y edicto del tiempo.

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 24 de abril de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión al menos igual a la que obtendría en el RPM, la proyección de la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, allí en el formulario aparece el nombre de Héctor Español, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, estableciendo claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Finalmente, en cuanto a la apelación de Porvenir SA está totalmente infundada, pues argumentar que era a ella, a la actora a quien correspondía la carga de la prueba, y que

la simple leyenda en el formulario era prueba plena de la asesoría completa que se le brindó, arguyendo que no existía exigencia legal para esa época de brindar asesoría; pues precisamente esa es la asesoría que echo de menos el a quo, que debió darle en el momento del traslado de régimen, es más, está regulada en la misma ley 100/93, y debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo. Ahora, que no estaba en transición es algo suficientemente decantado por la jurisprudencia, y además de ser así, y tener los 15 años antes de la vigencia de la ley 100/93, no necesitaría demandar ineficacia del traslado, sino simplemente devolverse, ya que lo podría hacer en cualquier tiempo; las demás argumentaciones no son relevantes, dado el resultado de la alzada al confirmarse la ineficacia del traslado.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 24 de abril de 1996, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

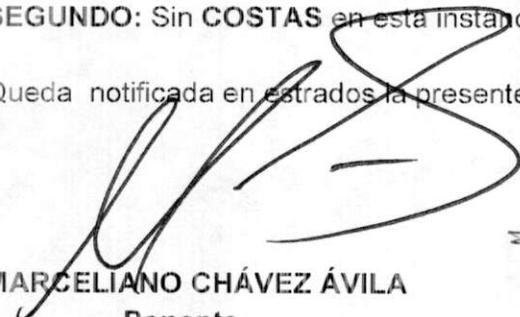
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

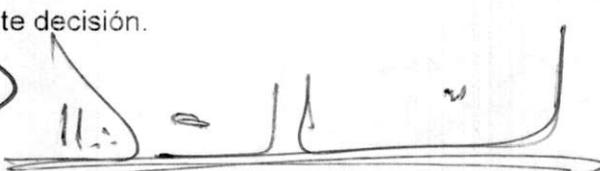
#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de abril de 2019 por el Juzgado 39º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

Queda notificada en estrados la presente decisión.

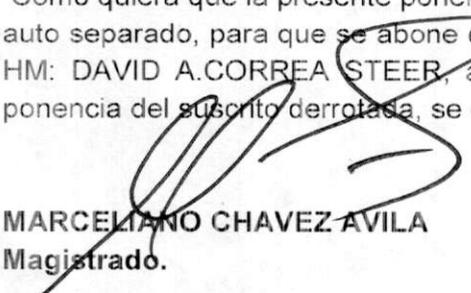
  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Salvamento de Voto

  
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA  
Salvamento de Voto.

**AUTO:**

Como quiera que la presente ponencia ha sido derrotada, remítase a secretaria mediante auto separado, para que se abone el presente proceso al Magistrado que sigue en turno, HM: DAVID A. CORREA STEER, a quien corresponde presentar nueva ponencia, y la ponencia del suscrito derrotada, se constituirá en el salvamento de voto.

  
MARCELIANO CHAVEZ AVILA  
Magistrado.

La presente decisión se notifica en estrados.



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

Radicación 15-2018-00273-01

DEMANDANTE: DONAR ALFONSO GÓMEZ MARIÑO  
DEMANDADO : COLPENSIONES Y OTRO  
ASUNTO : SALVAMENTO DE VOTO

**AUTO**

Con el debido respeto, las razones por las cuales discrepo de la decisión tomada por la mayoría de la Sala, están consignadas en la ponencia que anexo a la presente.

En la fecha, 03 de marzo de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador

Radicación 15-2018-00273-01

Bogotá D.C., Septiembre 4 de dos mil diecinueve (2019)

DEMANDANTE: DONAR ALFONSO GOMEZ MARIÑO.

DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PORVENIR SA.(ANTES HORIZONTE)

ASUNTO : APÉLACION PORVENIR-CONSULTA COLPENSIONES

**PROYECTO DE SENTENCIA, PRESENTADO POR EL SUSCRITO PONENTE A LA SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL.**

En la fecha, se constituye la Sala Segunda de Decisión Laboral en audiencia pública, a fin de proferir sentencia de segunda instancia sobre el proceso de la referencia, el cual se profirió fallo por el juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de febrero de 2019. Presentes en la audiencia: 1-Dte: 2-Apdo: 3-DDo. 4-Apdo:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El(la) señor(a) **DONAR ALFONSO GOMEZ MARIÑO**, instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES , y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 65 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Declarar la nulidad o sin efecto el traslado efectuado, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad AFP PORVENIR SA el 1 de abril de 2001, por falta de información suficiente y vicios del consentimiento.
- Que se condene a Colpensiones a afiliar a la demandante en el RPM, y recibir los aportes.
- Que se condene a la AFP PORVENIR SA. a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, bonos pensionales y rendimientos.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 105 a 119), la AFP PORVENIR SA (fls. 71 a 102) de acuerdo al auto visible a folio 122. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El **JUZGADO 15 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de febrero de 2018, declaró inválida la afiliación efectuada por el demandante al RAI administrado por AFP PORVENIR SA el 20 de marzo de 2001 al igual que los traslados efectuados dentro del RAIS, declarando como aseguradora del demandante a Colpensiones. Condeno a la AFP PORVENIR SA a devolver la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, junto con los gastos de administración a Colpensiones; ordeno a Colpensiones actualizar la historia laboral del actoral. Impuso costas a los demandados.

Apelo el fallo Porvenir SA:

*PARTE DEMANDADA: (1.02.30) (PORVENIR)*

*Interpongo recurso de apelación solicitándole me lo conceda y a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revoque la decisión aquí proferida por 3 aspectos que voy a entrar a señalar para sustentar el presente recurso:*

*El primero de ellos es que mediante sentencia se ordena por parte del despacho declarar la nulidad del traslado que efectuó el demandante de régimen en cabeza de mi representada porvenir en el año 2001 y dentro de las razones que motivaron al despacho a tomar esta decisión, únicamente se indicó que porvenir no cumplió con la carga de la prueba en cuanto a demostrar que le dio una información veraz, eficiente y oportuna, sin embargo señores magistrados, pues únicamente el despacho apunta a decir que mi representada no cumplió con la carga de la prueba de demostrar sin embargo no indica en qué sentido demostrar que le dio la información, es decir hace una afirmación sin señalar cuales fueron esos aspectos o de la situación que rodeo el caso para que se llegara a concluir por parte del fallo de primera instancia que no se había cumplido con el deber de la información y así decide condenar en este sentido al fondo que represento sin entrar a exponer o tener otras consideraciones adicionales en las que verdaderamente pueda sustentarse la decisión que se toma.*

*En segundo aspecto el fallo resulta contradictorio en el sentido en que en las consideraciones indica que conforme a la carga de la prueba que establece el CGP mi representada no demostró que se hubiera dado la información, sin embargo más adelante en las mismas consideraciones dice que en cuanto al vicio del consentimiento que las n demandadas se tiene que mi representada no acredito que hubiera dado la información conforme a la inversión de la carga de la prueba que ha señalado la jurisprudencia en ese sentido honorables magistrados, en un aspecto se dice que correspondía a mi representada según lo establece el CGP demostrar que se había dado la información al momento del traslado del demandante pero más adelante dice que lo que hace es que se invierte la carga de la prueba siendo estos dos aspectos distintos en cuanto al aspecto probatorio y en este sentido pues no se comprende finalmente en asuntos como la demostración por medio de las pruebas que fueron decretadas y las pruebas que se allegaron en la etapa probatoria pertinente, bajo cual es la que se está condenando a mi representada como sustento de la nulidad que se decreta.*

*Frente al tercer aspecto se guarda relación con el segundo aspecto del presente recurso, el juzgado igualmente al no indicar, cuál había sido esos aspectos que tuvo por probados para concluir que mi representada no dio ningún tipo de información al demandante, pues debe decirse que no hizo ninguna valoración, no tuvo pronunciamiento alguno, respecto al interrogatorio efectuado por el demandante, teniendo en cuenta que esta prueba fue decretada y fue legalmente evacuada en esta misma audiencia y en tal sentido pues carece de fundamentación, en las consideraciones que como ampliamente lo he indicado conllevaron al sentenciador de primera instancia a que se decretara la nulidad, en ese sentido honorables magistrados no se comprueba que le asista razón a las peticiones del demandante en ese sentido solicito que se revoque en su integridad el fallo proferido."*

Procede la sala a resolver la apelación, además el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

#### **CONSIDERACIONES:**

#### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el ( la) señor (a) DONAR ALFONSO GOMEZ MARIÑO el día 20 de marzo de 2001 ; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA, el 20 de marzo de 2001 (fl.80).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-La** línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos del precedente con razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma fecha, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAI, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-**Esta línea jurisprudencial ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAI mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- 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.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

En el caso presente los fondos demandado en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 105 a 119), la AFP PORVENIR SA (fls. 71 a 102), solo adjuntan como pruebas: Colpensiones el expediente administrativo; Porvenir SA: Certificación de afiliación al RAI, el formato de solicitud de afiliación inicial, historia de vinculaciones del SIAFP, historia de novedades del SIAFP, relación de aportes, resumen de historia laboral de Minhacienda, historia laboral válida para bono pensional, certificación de afiliación a porvenir, y edicto emplazatorio del tiempo;

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de marzo de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener la pensión, tampoco le advierten las graves consecuencias de no poder pensionarse a los 60 años, el 4 de enero de 2017, cuando ya tendría de seguir cotizando, como en efecto lo hizo, las 1300 semanas que exige el RPM, es decir que el fondo privado estaba en la obligación no solo de asesorar correctamente a la solicitante, en las ventajas y desventajas del RAI, sino a negar la afiliación que claramente le perjudicaba; tampoco le proyectaron la mesada a percibir por el(la)la demandante tanto en el RAI como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAI, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, pero no dicen quién era el asesor, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante

la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Conforme lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

**“Artículo 12. OBLIGACION 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 con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.*

*Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”*

De manera que, la demostración de que el afiliado recibió toda la información requerida y necesaria para que su traslado del régimen de prima media al RAIS se produjera de forma suficientemente informada, es decir, con plena conciencia de sus alcances, es una carga que, tal como se dejó sentado en la jurisprudencia citada, se traduce en **un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada**, y no se supe con la mera constancia de que la selección del régimen se efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como lo pretende la parte demandada.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Al tenor de lo expuesto anteriormente, considera la Sala que a pesar de que la afiliación se realizó con el lleno de los requisitos legales, aportando para el caso en concreto el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR SA (fl.80), *per se* no implica que se haya proporcionado a la parte demandante toda la información necesaria y relevante para adoptar una decisión suficientemente informada y documentada acerca de los alcances del traslado de régimen pensional, tal es el caso de suministrar ilustración suficiente acerca de los beneficios y desventajas de uno y otro régimen en cada caso particular, en tanto como lo señala la jurisprudencia en cita, la nulidad producto del engaño en el traslado del régimen pensional *«no sólo 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»* por quien manifiesta su interés en el traslado, lo que configura una anomalía de tal grado que vicia el consentimiento y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, máxime si se tiene en cuenta que no se acredita dentro del plenario que se le haya proporcionado información a la parte actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, *“dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)”* por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

De otra parte, el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo

que cualquier norma que menoscabe dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Finalmente, en cuanto a la apelación de PORVENIR SA se encuentra totalmente infundada, pues su dicho corrobora totalmente los hechos de la demanda, pues afirma que el demandante tenía la carga de la prueba, que no probó la nulidad y que debía probar los vicios del consentimiento, y que el juez de instancia no dijo que información debía dar, en la contradicción que dice incurrió el a quo, al invertir la carga de la prueba; pues precisamente la carga de la prueba recaía en el fondo privado, al así disponerlo la ley y la jurisprudencia, y en cuanto al desconocimiento de la ley y que no demostró los vicios del consentimiento, es precisamente la ley que debía conocer el fondo apelante, para haberle explicado a la demandante las incidencias de su traslado y el menoscabo de su futuro pensional, expectativa tan legítima como que al haber nacido el 4 de enero de 1957, para el 4 de enero de 2017 tendría 60 años, que le permitiría pensionarse en el RPM con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, y una tasa de reemplazo aproximada al 80% del IBC, contrario a la expectativa pensional en el fondo, en el cual debería acumular un capital grande, y que tendría que hacer cuantiosos aportes extraordinarios, para alcanzar una mesada similar a la del RPM, lo que hace, totalmente inviable las argumentaciones del fondo apelante, por lo que se despacharan desfavorablemente.

En cuanto al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en nada le es desfavorable el fallo a Colpensiones, por el contrario al recibir de nuevo al actor como su afiliado sin solución de continuidad, y percibir la totalidad de los aportes y rendimientos sin descuento alguno, sus recursos no sufren ninguna merma, y simplemente continuara percibiendo los aportes, y eventualmente reconocerá el derecho pensional si hay lugar a ello.

Bajo las anteriores consideraciones, conllevará a declarar la **NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó EL(LA) DEMANDANTE de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 20 de marzo de 2001, y en consecuencia se **CONFIRMARÁ** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

#### **EXCEPCION DE PRESCRIPCION:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada de la excepción de prescripción, conforme lo indicó el *A quo*.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia.

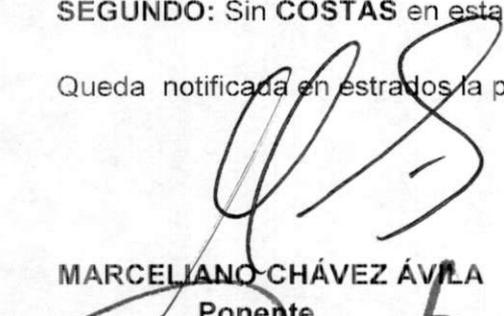
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

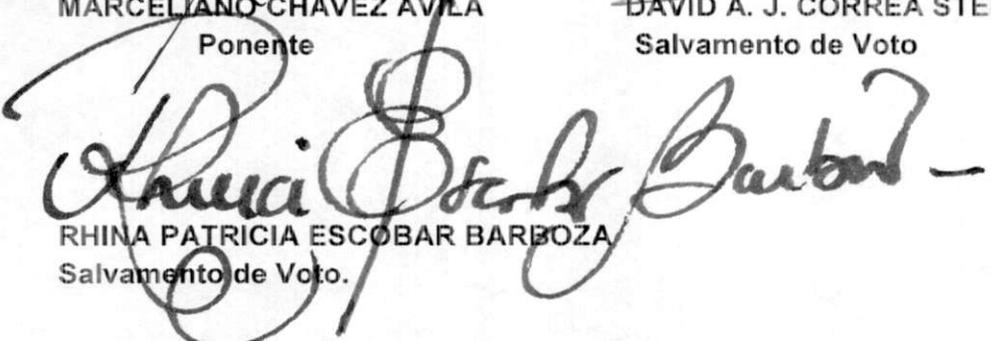
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de febrero de 2019 por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

Queda notificada en estrados la presente decisión.

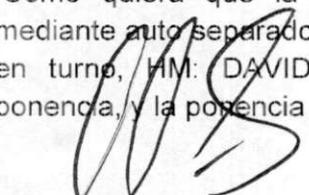
  
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**  
Salvamento de Voto

  
**RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**  
Salvamento de Voto.

**AUTO:**

Como quiera que la presente ponencia ha sido derrotada, remítase a secretaria mediante auto separado, para que se abone el presente proceso al Magistrado que sigue en turno, HM: DAVID A. CORREA STEER, a quien corresponde presentar nueva ponencia, y la ponencia del suscrito derrotada, se constituirá en el salvamento de voto.

  
**MARCELIANO CHAVEZ AVILA**  
Magistrado.

La presente decisión se notifica en estrados.