



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Radicación 03-2018-00536-01

DEMANDANTE: GUSTAVO ERAZO PINILLA
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, 05 de febrero de 2020.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 03-2018-00536-01

Bogotá D.C., feb. 5/20 de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: GUSTAVO ERAZO PINILLA.

DEMANDADO: COLPENSIONES.
AFP PROTECCION SA.

ASUNTO : CONSULTA A FAVOR DE 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 3° Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de MAYO 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) GUSTAVO ERAZO PINILLA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES , AFP PROTECCION SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 a 79 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 COLMENA SA el día 2 de febrero 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 PROTECCION SA a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, bonos pensionales y rendimientos.
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls.89 a 105), la AFP PROTECCION SA (f.113 a 170), de acuerdo al auto visible a folios 172. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El JUZGADO 3° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 13 de mayo de 2019, declaró nulo o ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS administrado

por AFP PROTECCION SA el 12 de FEBRERO de 1999 CON EFECTIVIDAD 1 DE ABRIL DEL MISMO AÑO, LO MISMO QUE LOS TRASLADOS EFECTUADOS A ING, Y A Protección SA, declarando como aseguradora del demandante a Colpensiones. Condeno a AFP Protección SA, a devolver la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros, y los gastos de administración a Colpensiones; costas a cargo de Protección SA.

Sin apelaciones.

Procede la sala a resolver 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 COLMENA SA efectuado por el (la) señor (a) GUSTAVO ERAZO PINILLA el día 2 de febrero 1999 con efectividad 1 de abril del mismo año ; **2.-** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PROTECCION SA (Fondo al que está afiliado actualmente) devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente 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 COLMENA SA, el 2 de febrero de 1999(fls. 143).

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 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 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 demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES (fls. 89 a 105), la AFP PROTECCION SA (f.113 a 170), no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 2 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 al menos igual a la que obtendría en el RPM, 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, 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.

Más grave en este caso, que solamente le hicieran la proyección de la mesada en el RAI y en el RPM ante derecho de petición en el año 2018 (f.159 a 163), y tan solo en esa fecha, le pudiesen manifestar que su pensión en el RAI sería al cumplir los 62 años de \$1.483.632. Y en el RPM sería de \$4.293.699, cuando han debido informarle este claro detrimento de su pesada y un perjuicio a sus derechos pensionales, el día que decidió trasladarse de régimen, con lo cual tendría claramente un consentimiento informado.

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 Elkin Echeverry, 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.

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.

En cuanto al grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, es claro que 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 Colmena SA el 2 de febrero 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.

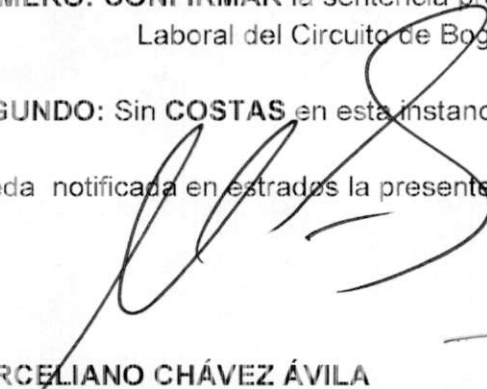
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de mayo de 2019 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

Queda notificada en estrados la presente decisión.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

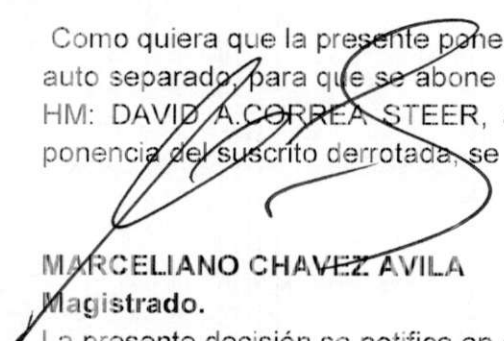

DAVID A. J. CORREA STEER
Salvamento de Voto

semanas colgadas al 1994?


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.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Magistrado

Sala Segunda de Decisión Laboral

Ref.: Expediente Rad-36-20170063601 Proceso: Ordinario Laboral

DTE: LUZ ÁNGELA CALDERÓN LÓPEZ .DDO: COLPENSIONES Y OTRO

MP: DAVID A. J. CORREA STEER /Fallo de 10 de marzo de 2020.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, me permito manifestar, que me aparto del respetable criterio jurídico del H. Magistrado Ponente y la H. Magistrada que acompaña la decisión mayoritaria, en este caso en mi criterio el fallo debió CONFIRMARSE accediendo a las suplicas de la demanda, por los siguientes motivos:

1-La línea jurisprudencial que nos ha fijado 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

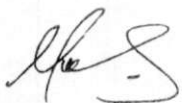
parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente, para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados, que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 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 de abril 3/19, SL1421-2019 de abril 10/19, SL1688-219 de mayo 8/19, SL1689-2019 de mayo 8/19.

Se dejó claro a manera de conclusión: Que el deber de información está establecido en la ley a cargo de los fondos privados; que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación; 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; que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo susceptibles de prescripción las mesadas; y 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.

3-En el caso presente el fondo demandado al contestar la demanda: Porvenir SA (folios 99-128), no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 24 de octubre de 1997(folio 109), 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 recibiría en el ISS hoy Colpensiones, la proyección de la mesada a percibir por 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, , encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Con el debido respeto, por la decisión mayoritaria, en los anteriores términos dejo salvado mi voto en este caso.

En la fecha, 10 de marzo de 2020.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Radicación 13-2017-00569-01

DEMANDANTE: DORIS PATRICIA PARDO BERMÚDEZ
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 diciembre de 2019.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación 13-2017-00569-01

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

DEMANDANTE: DORIS PATRICIA PARDO BERMUDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS PORVENIR SA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS
PROTECCION SA
ASUNTO : APELACION (Demandante)

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

En la fecha, se constituye la Sala 2° 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 13° Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de mayo 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

La señora **DORIS PATRICIA PARDO BERMUDEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCION SA** y la **AFP PORVENIR SA** debidamente sustentada como aparece a folios con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declarativas:

- 1) Declarar la nulidad y/o anulación del traslado de la demandante del régimen de prima con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION SA, así

como la nulidad o anulación de los posteriores traslado en el régimen y cambios de AFP.

- 2) Declarar que la demandante se encuentra afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y que es dicha entidad la que debe reconocer la pensión una vez la accionante cumpla con los requisitos legales para el efecto.

Condenatorias:

- 1) Ordenar a la AFP PORVENIR SA que efectúe la devolución y el traslado a COLPENSIONES, de todos y cada uno de los aportes para pensión y bonos de la demandante, que reposan en su cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos financieros y comisiones por administración.
- 2) Ordenar a COLPENSIONES como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.
- 3) Costas procesales.

PROTECCION SA contestó la demanda (fls. 140 a 145), así como la AFP PORVENIR SA (fls. 149 a 156) y COLPENSIONES (fls. 105 a 108) de acuerdo al auto visible a folios 203. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

En eacrito presentado el 2 de abril de 2018 la parte demandante presentó reforma de demanda, en el sentido de incluir 2 personas como prueba testimonial (fls. 205).

PORVENIR SA contestó la reforma de la demanda (fl. 207), de acuerdo al auto visible a folio 208. Mediante auto del 28 de mayo de 2018 se dio por no contestada la reforma de la demanda por parte de COLPENSIONES y la AFP PROTECCION SA.

El **JUZGADO 13° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 10 de mayo de 2019, **ABSOLVIÓ** a las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora DORIS PATRICIA PARDO BERMUDEZ. **COSTAS** a cargo del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**¹ presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia:

1. **NULIDAD DE TRASLADO:** Solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia, y en su lugar se accedan a las pretensiones invocadas en la demanda, teniendo en cuenta que no se probó por parte de la AFP PROTECCION SA que

¹ CD Folio 244 Record 01:27:37. para que sea revisado por el HTSBJ de la siguiente forma durante el transcurso del proceso es evidente que no se probó por parte de AFP PROTECCION de que se brindó de manera completa la información de una manera amplia y específica la información que debe contener el régimen de ahorro individual y no solo el régimen de ahorro individual sino el régimen de prima media se evidencio también una mal una no adecuada valoración probatoria concerniente a la carga probatoria la parte demandante si bien esta arguyendo no fue no se le brindo la información completa y sustancial sobre el régimen era deber como lo sitúa el precedente judicial probar por parte AFP PROTECCION que si brindo la información de manera completa comprensible cierta y clara situación que no se logró probar durante el proceso por valoración errónea del interrogatorio focalizado al representante legal de la AFP PROTECCION no hay ningún tipo de conocimiento ni de certeza de la situación suministrada queriendo decir esto el simple conocimiento de una o varias de las características no implica conocimiento específico y general de todo un régimen que debía ser en ese caso suministrado a través de la información que le diera el promotor comercial a mi representado de igual manera se infiere erróneamente que durante los traslados entre las AFP se convalido o se informó de manera amplia y suficiente la información correspondientes de los regímenes a mi representado por parte de los promotores en ese momento durante el transcurso del proceso no se probó tampoco por parte de las AFP que dicha información fue efectivamente suministrada la única calidad con la que la única información con la que mi representado contaba era un mejor rendimiento y una mejor pensión a futuro error que se ve en estos momento supuesto que no es la realidad de los hecho de igual manera arguye en primera instancia que no se vicia el consentimiento de mi representado por un voluntad específica es libre mi representado al firmar el formulario situación que es errónea como quiera que no solo se vicia por información errónea suministrada a mi representado sino por falta de información reitero que la información no fue completa y no se probó durante el transcurso del proceso que esa información se haya suministrado específicamente a mi representado reiterando que la carga de la prueba en este caso recae sobre mi representado situación que va en contravía del precedente.

efectivamente brindó a la demandante de manera completa la información de una manera amplia y específica que contiene el régimen de ahorro individual, por lo que considera que hubo una inadecuada valoración probatoria, pues debe invertirse la carga de la prueba a las AFP conforme lo establece el precedente judicial. Reitera que no existe prueba alguna que acredite la información suministrada a la demandante, teniendo en cuenta que ésta no tenía conocimiento ni certeza de lo que implicaba el traslado de régimen, por lo que no se puede inferir que efectivamente se le brindó toda la información a la actora por el hecho de que se firmó el formulario de vinculación, precisando que a pesar de que si bien se suscribió el formulario, en ese momento no se le brindó la información de manera completa.

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 PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) DORIS PATRICIA PARDO BERMUDEZ el día 26 de noviembre de 2010; **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 consecuencialmente 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 26 de noviembre de 2010, con efectividad 1 de enero de 2011 (fl. 159).

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. 105 a 108), la AFP PORVENIR SA (fls. 149 a 156) y la AFP

PROTECCION SA (f. 140 A 145), solo adjuntan como pruebas: certificación del estado activo y vinculada de la demandante a Porvenir SA, formato de solicitud a afiliación a la AFP Porvenir SA del año 2010 (fl. 158), certificado de ASOFONDOS, reporte de historia laboral, respuesta al derecho de petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de noviembre de 2010, 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 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 a la parte actora, solo aparece el formato de afiliación pero el mismo no es legible; 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 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, más aun en este caso, cuando la demandante tenía 41 años al momento del traslado, 26 de noviembre de 2010, segundo traslado efectuado por la demandante, y 885,57 semanas (fls. 113 y 114) faltándole para acceder a la prestación 300 semanas de cotización, situación que tampoco fue notificada a la actora.

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 día 20 DE NOVIEMBRE DE 2010, y en consecuencia se **REVOCARÁ** 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

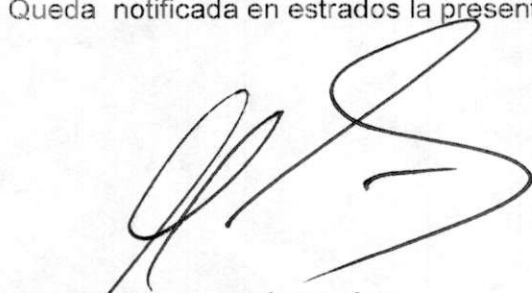
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de mayo de 2019 por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA** del traslado efectuado por DORIS PATRICIA PARDO BERMUDEZ del ISS hoy Colpensiones al AFP PORVENIR SA el día 20 de noviembre de 2010.

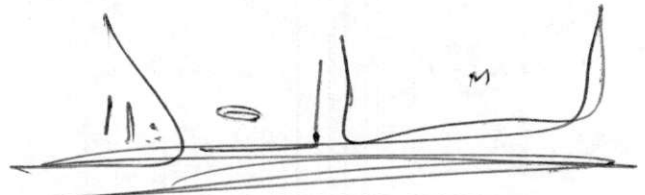
SEGUNDO: Condenar al AFP PORVENIR SA a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes efectuados por el demandante DORIS PATRICIA PARDO BERMUDEZ a dicho fondo, junto con los rendimientos y bonos pensionales, sin lugar a descuento alguno; y **ORDENAR** a COLPENSIONES a recibirlos, y reactivar la 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



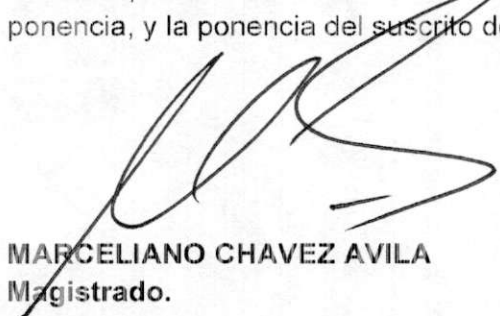
DAVID A. J. CORREA STEER
Salvamento de Voto



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.

