



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Radicación 34-2018-00146-01

DEMANDANTE: JOSÉ GUILLERMO RUBIO BEDOYA
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.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 34-2018-00146-01

Bogotá D.C., ENERO 22 de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE: JOSE GUILLERMO RUBIO BEDOYA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
ASUNTO : APÉLACION DEMANDADAS 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 34° Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 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) JOSE GUILLERMO RUBIO BEDOYA instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA, debidamente sustentada como aparece a folios 72 y 73 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

- Declarar la nulidad de afiliación efectuada al RAIS, realizada y promovida por la AFP COLFONDOS SA, por incumplimiento de los deberes legales de información al demandante.
- Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia determinar que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado el demandante en el RAIS carecen de validez jurídica.
- Declarar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPM administrador por COLPENSIONES.

CONDENATORIAS:

- Condenar a la AFP Colfondos SA como administradora de pensionales actual en la que se encuentra afiliado el demandante, a registrar en el sistema de información de los fondos que la afiliación al RAIS del demandante estuvo viciada de nulidad y/o ineficacia.

- Condenar a la AFP Colfondos SA a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos gastos de administración y demás.
- Condenar a COLPENSIONES a activar la afiliación en pensión del demandante,
- Costas procesales.

Contestaron la demanda: COLFONDOS SA (fls. 108 a 133) y COLPENSIONES (fls. 134 a 156) de acuerdo al auto visible a folio 157. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

El JUZGADO 34° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ en sentencia del 20 de marzo de 2019, Declaró la nulidad del traslado realizado el 11 de julio de 1995 por el demandante del RPM al RAIS, efectuado a través de la afiliación a la AFP Colfondos SA. Dejó sin valor y efecto la afiliación efectuada por el demandante a la AFP Colfondos SA. Condenó a la AFP Colfondos SA a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimiento que se hubiere causado. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la AFP Colfondos SA, con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. Costas a cargo de la AFP Colfondos SA, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV.

Apeló el fallo **Colfondos SA**, solicitando que se revoque el fallo proferido en primera instancia, toda vez que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por vigilancia y control sobre las que ella ejerce la Superfinanciera, por lo tanto las reglas y condiciones estuvieron sujetas a las reglas legales establecidas, por lo que no puede argumentar que el demandante fue engañado, pues recibió toda la información y asesoría, y suscribió el formulario de afiliación de forma inequívoca, además de tener la oportunidad de leer el formulario y hacer preguntas al asesor comercial, por lo que no puede endilgársele la responsabilidad a la AFP, trayendo a colación la Ley 1328 de 2009 y el Decreto reglamentario 2555 de 2010, por lo tanto, con el formulario de afiliación y la asesoría brindada, tenía conocimiento de las implicaciones que el traslado traía. Respecto de la carga de la prueba, es importante señalar que de conformidad con la Ley 1328 de 2009, para aplicar a situaciones que tuvieron ocurrencia 10 años atrás no recibe un análisis ponderado, toda vez que la actividad procesal impone a las partes el deber de acreditar la veracidad de los hechos que sustentan en sus pretensiones, por lo que en casos como el presente el Juez no puede suplir negligencias de la demanda, lo que conlleva a la responsabilidad del artículo 835 del CCo, principio que es acogido por la jurisprudencia constitucional, entre otras, en sentencia C 083 – 1995, T 213 de 2008, T 1231 de 2008, por lo tanto el demandante no puede alegar su propia culpa, máxime si se tiene en cuenta que el demandante es conocedor de las implicaciones del sistema de capitalización que realiza Colfondos SA, pues actualmente está vinculado con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, más aun cuando el actor manifestó que la selección del RAIS fue una decisión libre y voluntaria, por lo cual suscribió el formulario de afiliación. De otro lado, en relación a la devolución de las sumas adicionales, como frutos e intereses, ha de precisar que esos dineros no los tiene la AFP, sino que dichas sumas fueron trasladadas a las aseguradoras.

A su vez, **Colpensiones** apeló el fallo, señalando que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, conforme el artículo 9 del CC, máxime si se tiene en cuenta que dentro del presente asunto quedó demostrado que el demandante es abogado y por lo tanto tenía conocimiento de las implicaciones que conlleva el traslado. Sin embargo, si llegare existir un vicio del consentimiento, el mismo sería un error de hecho, que no vicia el consentimiento conforme el artículo 1509 del CC, toda vez que las características propias

y modalidades de pensionarse se encuentran contenidas dentro de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, por lo que no es admisible que el demandante use su propia culpa en su favor, en la medida que no tenía conocimiento de las implicaciones de trasladarse de régimen.

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 COLFONDOS SA efectuado por el (la) señor (a) **JOSE GUILLERMO RUBIO BEDOYA** el día 17 de julio de 1995 con efectividad 1 de agosto de 1995; 2-. En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP COLFONDOS 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 COLFONDOS SA, el 17 de julio de 1995 con fecha de efectividad el 1 de agosto de 1995 (fls. 131).

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 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 demandado en la contestación de la demanda COLFONDOS SA (fls. 108 a 133) y COLPENSIONES (fls. 134 a 156), solo adjuntan como pruebas: Colpensiones la historia laboral; y Colfondos SA: El formato de solicitud de afiliación a Porvenir SA, resumen historia laboral, historia de vinculaciones del SIAFP, comunicado de prensa.

En decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día **17 de julio 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) 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 Rafael Leonidas Lugo Pérez, 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 Colpensiones se encuentra totalmente infundada, pues argumentar que era el demandante quien tenía la carga de la prueba, pues de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes debieron acreditar la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo.

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 del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS SA el 17 de julio 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

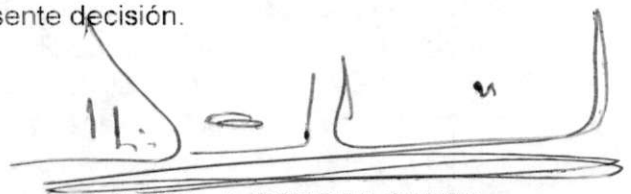
RESUELVE

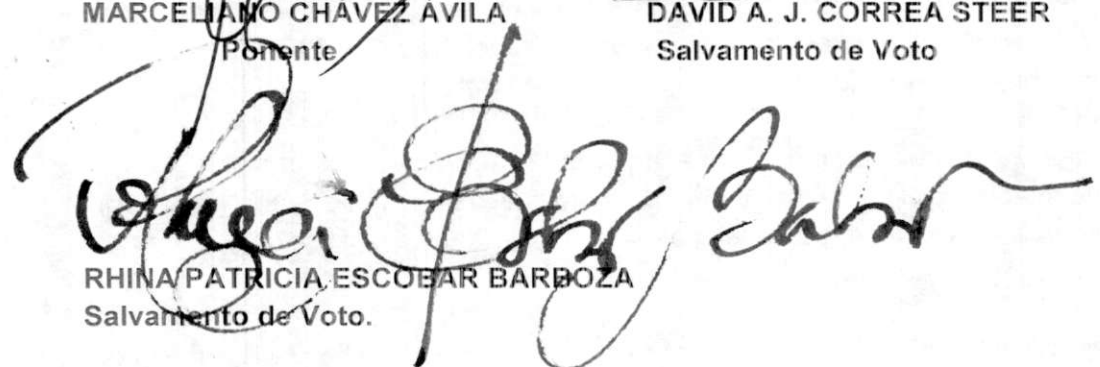
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de marzo de 2019 por el Juzgado 34° Laboral del Circuito de Bogotá.

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

Queda notificada en estrados la presente decisión.

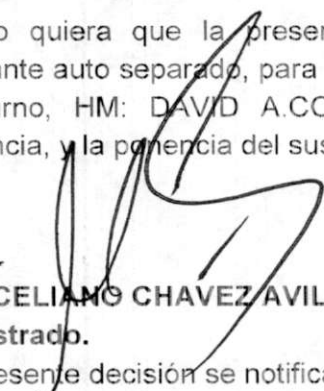

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente


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.