



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Quinta de Decisión Laboral

## HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

### Magistrado ponente

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 14 2017 00315 01  
**DEMANDANTE:** JOSÉ EDGAR OLARTE  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

### SENTENCIA

Con la presente se da cabal cumplimiento al fallo de tutela STL10789-2020, radicado n.º 61312, proferido el 25 de noviembre de 2020, por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que dispuso “**SEGUNDO: Dejar sin efecto** la sentencia de 20 de febrero de 2020, para en su lugar, ordenar a la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, que en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha que reciba el expediente, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”

#### I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. En consecuencia, se ordene el retorno a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con el traslado de las cotizaciones y los rendimientos, se reconozcan los demás derechos a que haya en aplicación de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que, estuvo vinculada al régimen de prima media desde el 13 de mayo de 1980 hasta el 31 de marzo de 1997, cuando por no recibir información adecuada se trasladó al RAIS sin tener en cuenta las consecuencias de ello, por el contrario podría pensionarse antes de la edad requerida, tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad y recibiría una pensión mayor que en el Instituto de Seguros Sociales.

Adujo que la AFP Protección mediante escrito del 25 de marzo de 2016 resolvió la solicitud de traslado, en la que señaló que no era posible el respectivo traslado teniendo en cuenta la edad del demandante. En igual sentido, advirtió que en la misma misiva la AFP indicó que para los 62 años la mesada correspondería a la suma de \$1.149.728.

Expuso que solicitó el traslado pensional a la AFP Protección S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, quienes en sendas respuestas señalaron que no era posible por faltarle al promotor menos de diez años para pensionarse.

Finalmente, señaló que la mesada en el régimen de prima media con prestación definida corresponde a un monto mensual de \$3.958.276, la cual es un 300% superior a la que correspondería en el RAIS.

Al dar respuesta a la demanda, Protección S.A. se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente que el demandante no cuenta con quince años de servicios cotizados al 1º de abril de 1994. Señaló que el traslado de régimen del demandante se hizo en cumplimiento de los lineamientos legales, al igual se precisó que no existió ningún vicio en el consentimiento al demandante.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de nulidades por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, el saneamiento por ratificación de la nulidad, la prescripción y las demás declarables de oficio.

Por su parte, Colpensiones también se opuso al éxito de las pretensiones. Sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad anhelada, dado que la afiliación tiene plena validez y legalidad. Asimismo, advirtió que el accionante solicitó el traslado de régimen el 23 de enero de 2017, data para la cual contaba con 61 años de edad y con menos de 15 años de cotizaciones al 1º de abril de 1994, lo cual refleja la improcedencia del traslado. Finalmente, adujo que Colpensiones no tuvo nada que ver con el negocio jurídico celebrado entre el actor y Protección S.A.

Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de noviembre de 2018, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 153 y 154).

En sustento de su decisión, indicó que el demandante no era beneficiario del régimen de transición y que cuenta con 62 años de edad lo cual imposibilita el traslado a la luz de la Ley 797 de 2003. Asimismo, refirió que no se puede alegar el incumplimiento del deber de información como quiera que los beneficios y características del RAIS se encuentra en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, por lo que no puede el demandante alegar el desconocimiento de la norma, aunado a que ese argumento no vicia el consentimiento.

En igual sentido, adujo que la falta de proyecciones o estudios previos no quebranta el deber de información, pues para al momento en que se realizó el cambio de régimen no es posible estimar el monto de la mesada, como quiera que en el RAIS depende de variables como el rendimiento financiero del fondo sujetos al comportamiento fluctuante de la economía. Precisó que el deber de información se creó con la ley 1748 de 2014, por lo que no se puede predicar un incumplimiento de una norma que no existía.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación al argumentar que la vinculación al RAIS se hizo sin el cumplimiento de los requisitos legales, ya que no estuvo precedida del deber de información acerca de los beneficios y desventajas de pertenecer a ese régimen.

Asimismo, sostuvo que el cambio de régimen no se realizó de manera libre y voluntaria bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, toda vez que no se cumplió con la labor de asesoría y deber de información, lo cual constituye en un engaño para incurrir en un error.

Finalmente, advirtió que la carga de la prueba corresponde a la parte demandada con el fin de que acredite el cumplimiento del deber de información.

### **IV. DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Al conocer del asunto el Tribunal mediante sentencia del 20 de febrero de 2019, decidió confirmar la decisión absolutoria de primera instancia.

### **V. DE LA ACCIÓN DE TUTELA INTERPUESTA**

Inconforme, el demandante José Edgar Olarte, instauró acción de tutela ante la Sala de Casación Laboral, al argumentar la vulneración de sus derechos fundamentales.

Mediante fallo del 25 de noviembre de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, amparó sus derechos fundamentales y ordenó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dejar sin efecto la sentencia del 20 de febrero de 2019, para que profiera una nueva decisión con atención a la parte considerativa de la decisión de tutela.

Conforme a lo anterior, el Tribunal se dispone a dictar sentencia, de conformidad con lo ordenado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 25 de noviembre de 2020, dentro de la acción de tutela con radicación n.º 61312.

## VI. CONSIDERACIONES

Consideró la Corte Suprema de Justicia en la decisión de tutela que:

*“En este orden de ideas, se observa que el tribunal se apartó del criterio mayoritario de esta Sala de Casación Laboral, comoquiera que resolvió que no era procedente declarar la ineficacia de traslado porque no se demostró la existencia de un perjuicio. Así, el juez colegiado pasó por alto el contenido del precedente establecido por esta Corporación, entre otros, en fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL 1689-2019 y CSJ SL4426-2019, pues no podía desconocer que esta Corporación ha reiterado que los aspectos que se deben analizar respecto a la ineficacia de traslado, corresponden a:*

- 1) *la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinar quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado*

*Ahora, la regla jurisprudencial identificable en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447- 2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, de suerte que basta con el incumplimiento de este deber para que proceda la ineficacia del traslado, sin que se deba demostrar algún perjuicio adicional, tal y como entiende el tribunal, máxime que esta Sala de Casación ha fijado que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado; luego, sin ningún fundamento y bajo argumentos opuestos a la jurisprudencia de esta Sala, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desconoció el precedente.”*

*(...)*

*“A su vez, el tribunal omitió hacer un análisis sobre el cumplimiento o no del deber de información de la AFP, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, bajo el entendido de que la simple suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para probar que se satisfizo dicha obligación, tal y como tiene sentado la jurisprudencia. En efecto, en sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL19447-2017 y SL4964-2018, (...).”*

Pues bien, a efectos de dar cumplimiento a la decisión de tutela, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del

artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley n.º. 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la **obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria** con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4 Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previo que *“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.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la **ineficacia** o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma corporación indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión.

Pues ese deber de información según las reglas jurisprudenciales sentadas por la Corte Suprema en los radicados ya enunciados, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señala el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que **en todos los casos debe cumplirse** con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019. También la Corte Suprema de Justicia en

sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

### CASO CONCRETO

Pues bien, de conformidad con la copia de cédula de ciudadanía de folio 2, el demandante nació el 29 de mayo de 1955, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 38 años de edad y acreditaba 78,71 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, según reporte de folio 47. Por tanto, no es beneficiario del régimen de transición.

Ahora, revisado el formulario de folio 115, se tiene que el demandante solicitó el traslado a la AFP Protección el 26 de febrero de 1997, el cual se hizo efectivo el 1º de abril del mismo año, según reporte de Asofondos de folio 128.

Conforme a las pruebas antes indicadas, encuentra la Sala que la AFP Protección, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia, que ofreció una asesoría e información objetiva, suficiente y clara al demandante en atención a su situación personal sobre los efectos del traslado. En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información y al ser este un requisito de la esencia del acto de traslado deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional.

Resulta oportuno señalar que en alcance a lo sentado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1688-2019, en el presente asunto lo procedente es declarar la **ineficacia** de la afiliación al RAIS, adelantada por el actor el 26 de febrero de 1997, por lo que la decisión de primera instancia será revocada.

Ahora, la AFP Protección S.A., deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz del artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional, estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en SL361-2019 y SL1688-2019).

De conformidad con las consideraciones previas, la Sala revoca la decisión de primera instancia en los términos anunciados.

No se causan costas en la instancia.

#### **VII. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: DAR CUMPLIMIENTO** a la orden impartida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en decisión del 25 de noviembre de 2020, dentro de la acción de tutela con radicación n.º. 61312.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de noviembre de 2018, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por José Edgar Olarte del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

**TERCERO: ORDENAR** a Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones - los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de Protección S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

**QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

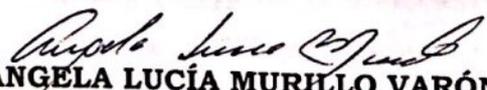
Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

  
**DAVID A. J. CORREA STEER**

Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada