

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada sustanciadora

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No. 010A

**I. AUTO**

**PRIMERO:** Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. NORTHEY ALEJANDRA HUÉRFANO HUÉRFANO, identificada con C.C. No. 53.074.475 y T.P. No. 287.274 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

**II. ACLARACIÓN PREVIA**

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, se encuentra posesionada en el cargo a partir del 19 de marzo del año que avanza, atendiendo la licencia otorgada a la Magistrada Dra. Rhina Escobar Barboza por la Sala de Gobierno de la H. Corte Suprema de Justicia.

**III. ASUNTO**

De conformidad con lo dispuesto en el fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela **STL 4831-2021** radicación **62792** el 21 de abril del 2021, notificado el 06 de mayo del mismo año, el cual dejó sin efecto la decisión tomada el 03 de septiembre de 2019 dentro del proceso No. **11001310503420180017401** que **HENRY GONZALO OVIEDO FRANCI** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

**PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a resolver el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la demandada **COLPENSIONES**, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** a favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de mayo de 2019 dentro del proceso reseñado en precedencia.

#### **IV. ANTECEDENTES**

##### **1. Hechos y pretensiones**

El actor demandó a Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a fin de que se ordene al fondo privado a realizar todas las gestiones pertinentes para trasladar al demandante a Colpensiones, y como consecuencia de ello Protección S.A. deberá trasladar la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual; que Colpensiones reciba sin solución de continuidad al demandante y que una vez reciba los aportes proceda a corregir y actualizar su historia laboral.

De manera subsidiaria solicita declarar la nulidad del traslado de régimen que realizó el demandante el 20 de diciembre de 1994 del RPM al RAIS por indebida y nula información suministrada por el fondo privado y como consecuencia de ello se ordene a Colpensiones y Protección realizar las gestiones administrativas encaminadas a anular dicho traslado, así como ordenar a esta última a trasladar a la primera la totalidad de los dineros que se encuentren en la cuenta individual de ahorro del demandante y a Colpensiones a recibir al mismo sin solución de continuidad.

Para fundamentar sus pretensiones relata los siguientes hechos: **1)** Nació el 12 de julio de 1957, **2)** Se afilió al ISS el 07 de febrero de 1977, cotizando al ISS 791 semanas, **3)** El 20 de diciembre de 1994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a ING (hoy Protección), **4)** Dicha decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo privado por lo que no existe consentimiento libre y voluntario, **5)** Desde su afiliación al RAIS hasta el 31 de marzo de 2018 cotizó 819 semanas, **6)** Hasta el 31 de marzo de 2018 tenía un total de 1.610 semanas cotizadas, **7)** Era obligación de las demandadas informar sobre el año de gracia concedido en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, situación que en el presente no aconteció, lo cual evidencia la mala fe de la administradora de pensiones, **8)** La anulación del traslado de régimen es viable por la indebida y nula información que suministró el fondo privado para convencerlo de que se trasladara de régimen,

evidenciándose el engaño en el que incurrió la administradora por vicio en el consentimiento por dolo, **9)** Los fondos accionados debieron informar antes del 12 de julio de 2009 sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, **10)** Protección le informó que para el año 2019, año en el cual cumplirá 62 años, su mesada pensional sería de \$1.817.034, **11)** Conforme historia laboral se puede establecer que en el RPM su mesada pensional para el 2019 correspondería a la suma de \$3.707.555, **12)** El 21 de febrero de 2018 elevó solicitud ante Protección S.A. solicitando la nulidad del traslado de régimen, **13)** El 22 de febrero de 2018 solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado efectuado.

## **2. Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES (fls. 101-124).** Se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

Adujo, que la Ley determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, la misma Ley limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo aquellos que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tuvieron 15 años de servicios cotizados, pues para estos afiliados se conservó el derecho a regresar al RPM en cualquier momento.

Indicó que en este caso el demandante presentó su solicitud de traslado a Colpensiones es 22 de febrero de 2018, fecha para la cual contaba con 61 años, por lo que se encontraba inmerso en la prohibición antes indicada, además que no cuenta con los 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994 con lo que tampoco puede regresar al RPM en cualquier momento.

Refirió que la Ley otorga el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, por cuyo ejercicio, el afiliado está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en el mismo y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este no es argumento suficiente para alegar la nulidad del traslado entre regímenes, especialmente porque la ignorancia de la Ley no sirve de excusa.

Finalmente, mencionó que el traslado efectuado por el demandante se hizo en el año 1994, época para la cual, la condición previa de brindar asesoría no estaba establecida dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A. (fls. 125-153)**, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las de validez de la afiliación a Colmena y Protección, incumplimiento de requisitos de cotización para el traslado de régimen, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derechos, prescripción y la innominada o genérica.

Indicó que el demandante tomó la decisión del traslado del RPM al RAIS de manera voluntaria, libre y sin presiones, como quiera que en ese momento Colmena, hoy Protección, entregó información objetiva sobre el RAIS y su comparación con el RPM con el fin de que el demandante tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo así solicitar su traslado al RAIS y permanecer en él.

Expuso que el formulario de afiliación cumplió con los requerimientos consagrados en la Ley para este, con lo que la voluntad expresada por el demandante en el formulario evidencia que su ingreso al RAIS cumplió las exigencias legales para tal fin y que conocía perfectamente las características de cada uno de los regímenes pensionales. Así las cosas, indica que no se está frente a la ineficacia de la afiliación del demandante, pues es claro que él mismo expresó su voluntad de traslado contando con toda la información que requería, con lo cual este es un negocio jurídico válido en el cual confluyeron todos los elementos necesarios para su existencia y validez, además de que el demandante no hizo uso del derecho de retracto que le asistía.

Finalmente indicó que no puede darse cabida a un vicio del consentimiento representado en el error en cuanto a un punto de derecho, como sería el entendimiento errado de las consecuencias de nivel normativo de la decisión que el demandante tomó libremente para trasladarse de régimen. Además, que si en gracia de discusión se aceptara que existe un vicio del consentimiento cualquier declaración de nulidad se encuentra prescrita a las luces del artículo 1750 del Código Civil.

### **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La **A quo** dictó sentencia condenatoria:

**PRIMERO. - DECLARAR** la nulidad del traslado realizado el día 20 de diciembre de 1994, por Henry Gonzalo Oviedo Franco, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones AFP Protección S.A.

**SEGUNDO. - DEJAR SIN EFECTOS** la afiliación efectuada por Henry Gonzalo Oviedo Franco a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones AFP Protección S.A.

Código Único de Identificación: 11001310503420180017401

Demandante: **HENRY GONZALO OVIEDO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

**TERCERO.** - **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones AFP Protección S.A., a reintegrar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de Henry Gonzalo Oviedo Franco, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

**CUARTO.** - **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Protección S.A., con motivo de la afiliación de Henry Gonzalo Oviedo Franco, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. (...)”

Para arribar a la anterior decisión, indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 otorga a los afiliados la opción de escoger el régimen pensional, siempre y cuando dicha decisión sea libre y voluntaria y que la misma será manifestada por escrito. Por lo anterior las AFPs deben garantizar que existió una decisión informada y que esta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado, lo cual debe ser objetivamente verificable en el entendido de que potencial afiliado debe conocer los riesgos, beneficios y desventajas del traslado pues de lo contrario no puede entenderse el cambio de régimen.

Refirió que la demandada Protección S.A. solamente presenta como prueba la solicitud o vinculación consistente en el formulario suscrito por el demandante el 20 de diciembre de 1994 y el cual carece de ilustración respecto de las condiciones por medio de las cuales el demandante entraría a ser parte del RAIS pues solamente contempla datos personales y laborales que no representa la información que debe brindársele a los usuarios del sistema pensional con las connotaciones de carácter serio y diáfano que debe comportar la decisión de traslado del régimen pensional, observándose así una falta directa al deber de información que las AFPs están llamadas a atender. Además mencionó que no puede perderse de vista que en el formulario de afiliación se especificó la manifestación libre, espontánea y sin presiones del afiliado, lo cual contrasta con el interrogatorio de parte rendido por el demandante respecto de la omisión de la información y al deber de suministrar la información completa respecto del modelo pensional.

Expuso que se remite a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia cuando menciona que a las AFPs les asiste el deber de brindar información suficiente sobre el traslado de régimen pensional, información que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, teniendo en cuenta que el deber de información siempre ha existido, con lo que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que aquella puede tener frente a sus

derechos pensionales y que la misma no puede estimarse satisfecha con la simple expresión genérica de aceptación.

Mencionó que, conforme lo antes dicho, corresponde en principio a las AFPs dar cuenta que documentaron clara y suficientemente al interesado de los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena de tenerse por ineficaz ese traslado.

Así, de las pruebas allegadas al presente proceso se infiere la falta de información al afiliado acerca de las consecuencias de abandonar el RPM y las condiciones que afrontaría a futuro frente al cambio de régimen, además, la demandada no presentó prueba de haber cumplido con la obligación de entregar al afiliado el reglamento de funcionamiento de la entidad y el plan de pensión, con lo cual se advierte que la AFP omitió la obligación de dar al demandante la información suficiente para que el mismo tomara una decisión de traslado de régimen de manera consciente.

Conforme lo antes indicado, indicó, que la AFP omitió el deber de suministrar al afiliado información valiosa y determinante del derecho pensional configurándose así un error de hecho al enseñar de manera distorsionada las calidades del producto que se ofrecía, al omitir los datos que enmarcan la condición prestacional presente y futura toda vez que resulta alterada la realidad del derecho al que se aspira.

Finalmente, expuso que el presente caso no se rige por el término previsto por la nulidad del acto jurídico propiamente dicho como quiera que el derecho afectado es de orden fundamental lo que lo hace irrenunciable y por ende imprescriptible.

#### **4. APELACIÓN**

##### **COLPENSIONES**

Indicó que, con las pruebas allegadas al plenario se encuentra probado que al demandante le fue suministrada la información necesaria con el fin de que su traslado no fuera viciado por alguno de los errores manifestados en la sentencia de primera instancia, pues tal y como el mismo demandante lo confeso en su interrogatorio de parte, suscribió el formulario de afiliación a la AFP hoy Protección en el año 1994 sin que hubiera mediado fuerza o dolo y que por el contrario lo hizo de forma voluntaria.

Argumentó que del interrogatorio de parte del demandante también se desprende que tuvo una asesoría de alrededor de 30 minutos de la AFP, en su momento Colmena, y que con ello tenía la facultad de realizar preguntas y objetar alguna situación, lo cual no aconteció en este caso, además porque

Código Único de Identificación: 11001310503420180017401

Demandante: **HENRY GONZALO OVIEDO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

se acogió a todas y cada una de las características del RAIS por más de 25 años.

Finalmente, expuso que debe tenerse en cuenta que el error de derecho no vicia el consentimiento en la medida que se encuentra acreditado que todas y cada una de las características propias del RAIS se encuentran contenidas en la Ley 100 de 1993 y que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, con lo cual, de existir algún error sería el de derecho.

### **5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 05 de agosto de 2019, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, mediante auto del 26 de agosto del 2019, se señaló el día 03 de septiembre del mismo año para llevar a cabo audiencia pública de que trata el artículo 82 del CPTSS.

Llegada la fecha señalada, se profirió fallo de instancia, en el cual, la mayoría de la Sala decidió:

**“PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y con ello se absuelve a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

**SEGUNDO.-** Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas. (...)”

Decisión que se tomó por la mayoría de la Sala, atendiendo los argumentos allí expuestos.

### **6. De la acción de tutela**

Interpone el señor Oviedo Franco acción de tutela contra este Tribunal, la cual fue conocida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia bajo el número de radicación 62792, dentro de la cual, se profirió fallo de fecha 21 de abril de 2021, en el que se dispone:

**“PRIMERO:** CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, acceso a la administración de justicia y debido proceso de HENRY GONZALO OVIEDO FRANCO.

**SEGUNDO:** DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 3 de septiembre de 2019, 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

Código Único de Identificación: 11001310503420180017401

Demandante: **HENRY GONZALO OVIEDO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

a partir de la fecha que reciba el expediente, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** EXHORTAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación. (...)"

Una vez notificada la anterior decisión, mediante auto del 06 de mayo del año en curso, se solicitó a la H. Corte Suprema de Justicia la remisión del expediente, como quiera que había sido remitido a dicha Corporación.

Allegado de manera física el expediente de la referencia, por auto del 28 de junio del 2021 se obedeció y cumplió lo resuelto por el Superior y, en aras de no incurrir en aquella causal de nulidad de que trata el numeral 7° del artículo 133 del Código General del Proceso y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr traslado a las partes por el término de 5 días para que expusieran sus alegaciones, iniciando por la parte apelante.

En uso de dicho término la apoderada de Colpensiones allegó alegatos.

## **V. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 la Sala procede a acatar el mandato realizado por vía de tutela, atendiendo los argumentos expuestos por el Superior, como a continuación se pasa a indicar.

### **De la ineficacia del traslado**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

**a) Sobre el deber de información**, en la sentencia citada quedó dicho:

*“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:*

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones,

	Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

*1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.*

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

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

*Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado".*

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003 por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

*2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado*

*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre U voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

*Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:*

*(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*

*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.*

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

*“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

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

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

**d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos,**  
la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

*“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.*

*De hecho, la regla jurisprudencial (...) 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 y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.*

*Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del

Código Único de Identificación: 11001310503420180017401

Demandante: **HENRY GONZALO OVIEDO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

e) En lo que respecta al tema de la **descapitalización del fondo y afectación al principio de sostenibilidad financiera**, a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».*

Por lo anterior, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de

Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

#### **IV. EL CASO CONCRETO**

Se encuentra probado en el expediente que: i) la activa se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del entonces I.S.S., el día 20/12/1982 (fls. 115); ii) que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy Protección S.A. el día 20/12/1994 (fl. 135), iii) que posteriormente efectuó traslados entre administradoras del RAIS a través de ING el 01/04/2000, Old Mutual el 30/05/2011 y a Protección S.A. el 26/03/2013 (fls. 134 y 136), y iv) que solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media los días 21 y 22 de febrero del 2018 (fl. 29 y 45) pero le fue negada la posibilidad por las demandadas.

A folio 135 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 20 de diciembre de 1994 con Colmena – hoy Protección S.A. el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*<sup>1</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Protección S.A. en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Código Único de Identificación: 11001310503420180017401

Demandante: **HENRY GONZALO OVIEDO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.*

*Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.*

*La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.*

*Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”*

Es por ello que se **modificará** la decisión de primer grado en tal sentido, para declarar la ineficacia de la afiliación del actor a la AFP Protección S.A. y no su nulidad, aclarando que, por esto, no se requiere que el demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el actor demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento, lo que da al traste con el argumento expuesto por COLPENSIONES al sustentar su recurso.

Código Único de Identificación: 11001310503420180017401

Demandante: **HENRY GONZALO OVIEDO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

En lo que respecta a la ratificación del accionante por haber pertenecido por más de 25 años al RAIS, otro de los argumentos presentados por COLPENSIONES en su apelación, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia antes citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado por el paso del tiempo o por los traslados que se efectuaron entre administradoras del RAIS.

Respecto de la orden de devolución de cuotas o gastos de administración o sumas adicionales de la aseguradora que ordenó efectuar la *a quo*, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse, no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los gastos de administración y comisiones que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES **se ADICIONARÁ** la sentencia del A Quo, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas la devolución de los gastos de administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado.

En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

De esta manera, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera a cargo de todas las entidades involucradas el deber de reintegrar los correspondientes valores que percibieron como cuotas de administración y comisiones, por lo que, en tal sentido se considera acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

#### **VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** –**ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a las AFP accionadas la devolución de los gastos de

Código Único de Identificación: 11001310503420180017401

Demandante: **HENRY GONZALO OVIEDO FRANCO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

administración, comisiones y cualquier otro recibido, debidamente indexado, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión. Con lo anterior, se da CUMPLIMIENTO a lo ordenado por la Sala de Casación Laboral de la H, Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de abril de 2021, proferida dentro de la acción de tutela con radicado No. 62792.

**SEGUNDO. - SIN COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

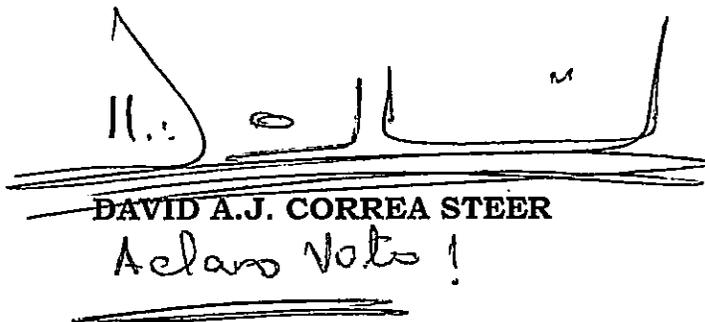
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**  
*Aclaro Voto!*